

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO, ESTADO E
SOCIEDADE**

Francisco Pizzette Nunes

**PLURALISMO JURÍDICO E PARTICIPAÇÃO POPULAR EM
SAÚDE: do público ao privado.**

Dissertação submetida ao Curso de
Mestrado em Direito, Estado e
Sociedade da Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do
Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. José Isaac Pilati

Florianópolis
2011

Francisco Pizzette Nunes

**PLURALISMO JURÍDICO E PARTICIPAÇÃO POPULAR EM
SAÚDE: do público ao privado.**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre, e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Direito, Estado e Sociedade.

Florianópolis, 04 de abril de 2011.

Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr. José Isaac Pilati (UFSC)

Membro: Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC)

Membro: Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold (UNIVALI)

Dedico este trabalho a todos os familiares, amigos, colegas e mestres que contribuíram em minha vida pessoal e acadêmica. Eles sabem quem são.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Criador pela determinação, perseverança e força de vontade nos momentos mais árduos.

Agradeço a todos os funcionários e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - PPGD/UFSC, bem como aos colegas da Turma de Mestrado de 2009, por todas as experiências e conhecimentos compartilhados ao longo destes dois anos.

Agradeço ao Prof. Dr. José Isaac Pilati, orientador deste trabalho, por toda sua disposição, paciência e compreensão para com este orientando, bem como por sua prontidão e brilhantismo ao guiar as linhas-mestras desta dissertação.

Agradeço aos demais membros desta banca, Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer e Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold, por gentilmente aceitarem o convite e assim poderem contribuir com seu vasto conhecimento e experiência para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Agradeço ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, por financiar esta pesquisa, incentivo sem o qual seria impossível ao pesquisador dedicar-se exclusivamente a este trabalho com o fim de primar por sua qualidade e consecução em tempo hábil.

Agradeço à minha noiva, Gabriela Rejane Vilaça, pelo carinho, amor, companheirismo, confiança e apoio a mim despendidos e cujos quais sempre retribuirei da mesma forma e com a mesma disponibilidade e dedicação incondicional.

Agradeço aos meus pais, Odilon Nunes e Eliane Pizzette Nunes, e aos demais familiares, pela atenção e educação dedicada à minha pessoa e por sempre acreditarem em minhas metas e potenciais.

Agradeço aos amigos de Criciúma pela amizade e confiança as quais sempre buscarei corresponder à altura.

Agradeço aos professores, MSc. Reginaldo de Souza Vieira, Dr. André Viana Custódio, MSc. Carlos Magno Spricigo Venerio e MSc. Ismael Francisco de Souza, pelo incentivo à pesquisa e apoio à opção acadêmica desde a Graduação.

A todas estas pessoas e entidades, bem como aquelas que por ventura tenha esquecido, mas que fizeram parte de minha trajetória pessoal e acadêmica, dedico minha sincera gratidão.

RESUMO

Este trabalho trata-se de pesquisa bibliográfica de método dedutivo que tem como objetivo verificar se, no âmbito da historicidade e do ordenamento jurídico brasileiro, o Direito à Saúde, tanto em seu viés público como privado, constitui-se, ou não, dentro da lógica de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório. O estudo foi dividido em três partes. Inicialmente se expôs a crise dos paradigmas jurídico-políticos da Modernidade e a emergência do pluralismo jurídico como um fenômeno capaz de superar as deficiências da Modernidade e contribuir para a construção de um projeto pós-moderno de base democrático-participativa. Num segundo momento observou-se como a dinâmica existente entre monismo e pluralismo influenciou o desenvolvimento das políticas de saúde pública e privada no Brasil, dando margem a organização do Movimento Social em Saúde e ao início do processo de Reforma Sanitária que culminaria na criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Por fim, analisou-se a estrutura e funcionamento dos instrumentos de democracia participativa institucionalizados no direito oficial, tanto aqueles oriundos do SUS, como aqueles atinentes ao setor suplementar, observando se tais mecanismos podem ou não representar fontes de pluralismo jurídico no âmbito da saúde. A última parte do estudo finaliza expondo a necessidade de conciliar público e privado através do reconhecimento da saúde como um direito coletivo extrapatrimonial que enseja uma tutela coletiva de caráter democrático-participativo. Nesse sentido, mais do que o próprio Direito à Saúde, esta pesquisa tem como foco central a democracia em seu aspecto participativo, construtivista e emancipatório, o qual pode ser resgatado mediante a observância de um pluralismo jurídico de teor emancipatório e do reconhecimento da natureza coletiva extrapatrimonial de determinadas garantias fundamentais, dentre estas a saúde.

Palavras-chave: Pluralismo Jurídico, Democracia, Direito à Saúde, SUS, Saúde Suplementar; Tutela Coletiva.

ABSTRACT

This work is a literature of deductive method that aims to determine whether, under the Brazilian historicity and legality, the Right to Health, in both its public and private aspects, is made up or not within the logic of a legal pluralism, of participatory and emancipatory character. The study was divided into three parts. Initially exposed the crisis of the legal and political paradigms of modernity and the emergence of legal pluralism as a phenomenon capable of overcoming the shortcomings of modernity and contribute to the construction of a post-modern project endowed with a democratic-participatory basis. In a second phase was observed how the dynamics between monism and pluralism influenced the development of public and private health policies in Brazil, which leads to the organization of the Social Movement in Health and the beginning of the process of health reform that would culminate in the creation of the Unified Health System (SUS). Finally, was analyzed the structure and functioning of the instruments of participatory democracy institutionalized in the official law, both those from the SUS, such as those pertaining to the supplementary sector, observing whether or not such mechanisms may represent sources of legal pluralism in health. The last section concludes the study showing the need to reconcile the private and public sectors through the recognition of health as a extrapatrimonial collective right which entails a collective protection of democratic-participatory basis. Accordingly, more than the right to health, this research focuses on the democracy in its participatory, constructivist and emancipatory aspect, which can be redeemed through the observance of a emancipatory legal pluralism and the recognition of the collective nature of certain fundamental guarantees, among them health.

Keywords: Legal Pluralism, Democracy, Right to Health, SUS, Health Insurance, Collective Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

II PND - II Plano Nacional de Desenvolvimento
ABRAMGE - Associação Brasileira de Medicina de Grupo
ALAMES - Associação Latinoamericana de Medicina Social
ANEPS - Articulação Nacional de Movimentos e Práticas de Educação em Saúde
AIS - Ações Integradas de Saúde
ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar
CAMSS - Câmara de Saúde Suplementar
CAP – Caixa de Aposentadorias e Pensões
CASSI - Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil
CDC – Código de Defesa do Consumidor
CDS - Conselho de Desenvolvimento Social
CEBES - Centro Brasileiro de Estudos da Saúde
CEF - Caixa Econômica Federal
CGT - Confederação Geral dos Trabalhadores
CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde
CIMS - Comissão Interinstitucional Municipal de Saúde
CNPS - Conselho Nacional de Seguros Privados
CNRS - Comissão Nacional de Reforma Sanitária
CNS - Conferência Nacional de Saúde
CNSP - Conselho Nacional de Seguros Privados
CONAM - Confederação Nacional de Associações de Moradores
CONASEMS - Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASP - Conselho Consultivo de Administração da Previdência Social
CONASS - Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CONSU - Conselho de Saúde Suplementar
CONTAG - Confederação dos Trabalhadores da Agricultura
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CUT - Central Única dos Trabalhadores
DESAS - Departamento de Saúde Suplementar
DICOL - Diretoria Colegiada
DIDES - Diretoria de Desenvolvimento Setorial
DIFIS - Diretoria de Fiscalização
DIGES - Diretoria de Gestão
DIOPE - Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras

DIPRO - Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos
DMP - Departamentos de Medicina Preventiva
DNS - Departamento Nacional de Saúde
DNSP - Departamento Nacional de Saúde Pública
DOU - Diário Oficial da União
EC – Emenda Constitucional
ENEMC - Encontro Nacional de Experiências de Medicina Comunitária
ESF - Estratégia Saúde da Família
FAS - Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social
FENASEG - Federação Nacional de Seguradoras
FNM - Federação Nacional dos Médicos
GEAP - Grupo Executivo de Assistência Patronal
IAP – Instituto de Aposentadorias e Pensões
IAPI - Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários
IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
INPS - Instituto Nacional de Previdência Social
LOAS - Lei Orgânica de Saúde
MES - Ministério da Educação e Saúde
MESP - Ministério da Educação e Saúde Pública
MOC - Projeto Montes Claros
MPAS - Ministério da Previdência e Assistência Social
NOB - Norma Operacional Básica
OMS – Organização Mundial da Saúde
ONU – Organização das Nações Unidas
PACS - Programa de Agentes Comunitários de Saúde
PAIS - Programa de Ações Integradas de Saúde
PIASS - Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento
PLUS - Plano de Localização de Unidade de Serviços
PMS - Plano Municipal de Saúde
PPA - Plano Plurianual
PROCON - Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor
RAP - Relatório da Audiência Pública
RCP - Relatório da Consulta Pública
RN – Resolução Normativa
SNS - Sistema Nacional de Saúde
SUDS - Sistema Unificado Descentralizado de Saúde
SUS – Sistema Único de Saúde

SUSEP - Superintendência de Seguros Privados
TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
1. PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: PARA ALÉM DE UMA PRÁXIS MONISTA E REPRESENTATIVA EM DIREITOS HUMANOS.....	25
1.1. A Crise dos Paradigmas Jurídicos-Políticos da Modernidade	25
1.2. A Alternativa Pluralista: o resgate da democracia participativa e da construção e tutela coletiva dos direitos humanos.....	50
2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL.....	78
2.1. Monismo, autoritarismo, centralização e seletividade: o avanço do sistema médico-previdenciário e o início da Reforma Sanitária.	79
2.2. Pluralismo, participação popular, descentralização e universalidade: a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a sombra neoliberal à espreita.....	102
3. O CONTROLE SOCIAL NAS POLÍTICAS DE SAÚDE: POSSIBILIDADES E DESAFIOS PARA A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE.	126
3.1. A estrutura organizacional e os desafios para a participação popular no SUS.	136
3.2. A participação da ANS no SUS.....	160
3.3. Interfaces entre o público e o privado: a natureza coletiva do Direito à Saúde.....	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	186
REFERÊNCIAS	195

INTRODUÇÃO

O conceito de saúde tende a oscilar de acordo com as relações sócio-culturais do momento histórico vivenciado, sendo um reflexo de concepções diferenciadas sobre o ser humano, a sociedade e o papel do cidadão na conjuntura política, econômica e social.

Inicialmente, de concepções que contemplavam a saúde como um estado de equilíbrio entre o corpo a alma, a natureza e a organização social na qual o ser humano se situava, a saúde passou a ser compreendida dentro de um viés místico no qual era observada como um estado de pureza do corpo e da alma, tendo tal conteúdo místico perdurado até o Renascimento¹, quando então se iniciou um processo de ruptura para com o misticismo da Idade Média que perdurou até o advento do Iluminismo (DALLARI, 2003, p. 39-40).

Com o Iluminismo² a razão se sobrepôs ao misticismo medieval, dando margem ao desenvolvimento de uma práxis sanitária caracterizada pelo controle exercido pelo Estado sobre a medicina e higiene da população (DALLARI, 2003, p. 41). Porém, a concepção contemporânea de saúde passou a ganhar seus primeiros contornos a partir da Revolução Francesa³, com a Declaração de Direitos de 1789⁴ e as constituições liberais do século XVIII.

Tais documentos reconheceram a existência de direitos

-
- ¹ Período da história que da início ao processo de ruptura com o misticismo medieval, possibilitando a transformação e o avanço de vários setores da vida e ciência, marcando o final da Idade Média e início da Modernidade.
 - ² Período da história que teve seu apogeu no século XVIII, conhecido como século das luzes, cujos pensadores acreditavam que o pensamento racional deveria sobrepor-se ao misticismo, uma vez que este representava um entrave a evolução do homem, o qual deveria buscar a resposta para questões que até então eram justificadas somente pela fé.
 - ³ Ocorrida na França entre 1789 e 1799, sob a influência do Iluminismo e Independência dos Estados Unidos da América da foi uma das maiores revoluções da história da humanidade, tendo alterado o quadro político e social da França, contestando o Antigo Regime e os privilégios políticos do clero e da nobreza.
 - ⁴ Documento que sintetiza os ideais liberais da primeira fase da Revolução Francesa, tendo proclamado direitos e liberdades fundamentais de todo o ser humano, liberdades negativas que consistem em direitos de defesa exigíveis contra o Estado.

humanos⁵ e direitos fundamentais⁶, de caráter individualista e fundados no princípio da liberdade; direitos de defesa que consagraram uma parcela de autonomia individual frente ao Estado Leviatã; dentre estes a vida, fonte de todos os demais direitos, motivo pelo qual a saúde pode estar implicitamente reconhecida na primeira dimensão dos direitos fundamentais, uma vez que esta trata-se do próprio sustentáculo do direito à vida (SARLET, 1998, p. 48).

Com o fim da Primeira Guerra Mundial⁷ os direitos econômicos, sociais e culturais foram consagrados pela Constituição Mexicana de 1917 e pela Constituição Alemã de 1919, dando início ao processo de constituição da segunda dimensão dos direitos fundamentais, fundados no princípio da igualdade (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 92), assim vindo a saúde a ser reconhecida como um direito social do cidadão, abrangendo tanto prestações individuais como ações coletivas (DALLARI, 2003, p. 43).

Por sua vez, ao término da Segunda Guerra Mundial⁸ a

5 São direitos indispensáveis à condição humana, cujo todo homem é titular, independentemente de sua condição social, são direitos de caráter supranacional (válidos para todos os povos e em todos os tempos) e pré-positivo (anteriores ao Estado), podendo ser considerados como expressão do jusnaturalismo (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 40-45).

6 São direitos humanos reconhecidos pelos Estados e positivados no ordenamento jurídico destes através de suas Constituições, Leis e Tratados Internacionais, considerados fundamentais para o homem na vida em sociedade, porém limitados no tempo e espaço, assim sendo afetos ao juspositivismo (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 41-47).

7 Conflito internacional ocorrido entre 1914 e 1918, onde se confrontaram as nações que fizeram parte da Tríplice Entente (Império Britânico, França, Império Russo [até 1917], e os Estados Unidos da América [após 1917]) e a coligação das Potências Centrais (lideradas pelo Império Alemão, Império Austro-Húngaro e Império Turco-Otomano) tendo causado o colapso de grandes impérios e remodelado o mapa geopolítico da Europa e do Oriente Médio.

8 Conflito internacional ocorrido entre 1939 e 1945 entre os Aliados (tendo como maiores expoentes a União Soviética, Estados Unidos da América e o Império Britânico) e as Potências do Eixo (lideradas pela Alemanha, Itália e Japão), tendo alterado a política e a estrutura social global, dando margem ao surgimento de suas grandes potências: os Estados Unidos da América e a União Soviética.

necessidade de reorganização das relações internacionais e de promoção do respeito à dignidade da pessoa humana levaram à criação da Organização das Nações Unidas (ONU) durante a Conferência de São Francisco, em 1945, vindo a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)⁹ a consagrar a saúde definitivamente como um direito humano (COMPARATO, 1999, p. 200-202).

Todavia, o conceito atual de saúde que vigora na ordem internacional é aquele desenvolvido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), criada em 1946; que no preâmbulo de sua Carta de Constituição atribui à saúde o status de princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”, afirmando que esta é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 2011).

No plano constitucional brasileiro, o artigo 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) consagrou a saúde como direito social, cujos serviços são de relevância pública, geridos através de um Sistema Único de Saúde (SUS), pautado por princípios e diretrizes de universalidade, igualdade, integralidade e participação social que se harmonizam com o conceito de saúde estampado pela OMS (PIOVESAN, 2003, p. 286). Entretanto, o art. 199 da CRFB permitiu a exploração econômica da saúde pela iniciativa privada, dentro das modalidades complementar e suplementar (BRASIL, 2010a).

A assistência à saúde suplementar ocorre mediante convênios firmados entre o SUS e instituições privadas de atenção à saúde, dando-se preferências àquelas de caráter filantrópico e as sem fins lucrativos, vindo tais entidades a operarem em observância aos princípios e diretrizes do SUS (BRASIL, 2010a). Por sua vez, a assistência à saúde suplementar se dá através de hospitais, clínicas, laboratórios e planos e seguros privados que não possuem uma vinculação direta para com o SUS, operando de acordo com as

⁹ Art. 25 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, 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 em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 2011).

diretrizes estabelecidas pela agência reguladora do setor.

Dentro da lógica conceitual atribuída ao Direito à Saúde pela OMS e pela CRFB, esta pesquisa volta-se ao aspecto social e participativo do Direito à Saúde no Brasil, desde seu desenvolvimento sócio-histórico, até sua dinâmica sistêmica de tutela e promoção, tanto sob o viés da saúde pública como pelo da saúde privada.

Bem por isso, mais do que o próprio Direito à Saúde, esta dissertação tem no foco central a democracia¹⁰ em seu aspecto participativo, construtivista e emancipatório.

Ao longo da Modernidade, a democracia participativa, ou democracia direta, tem sido obscurecida por sua outra face, a democracia representativa, ou democracia indireta, a qual foi impulsionada pelo ideário liberal-burguês e que, apesar de ser um sistema fechado e elitista, camufla-se como uma produção coletiva, de caráter participativo (PILATI, 2011, p. 31), criando, assim, uma ilusão de soberania popular, quando na verdade o que existe é o monopólio da soberania por uma parcela diminuta de grupos e indivíduos instituídos na dinâmica estatal (KOSELLECK, 1999, p. 144).

Essa hegemonia do modelo de democracia liberal - impulsionado pelo capitalismo e marcado pela predominância do aspecto representativo - acabou por racionalizar e despersonalizar os procedimentos normativos, fazendo com que a validade das normas não resulte de sua aceitação espontânea pela coletividade, mas do fato de serem elaboradas de acordo com procedimentos formais oficializados pelo poder público, assim dando margem ao desenvolvimento de um monismo jurídico¹¹ que consiste numa doutrina de negação da soberania popular e sacralização do Estado como única via capaz de criar legalidade e tutelar o direito

¹⁰ Regime de governo onde controle sobre as decisões políticas não esta fora do alcance do povo, nem restringir-se à uma elite seleta, mas é exercido pelo povo através de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente pelo povo mediante instrumentos de participação direta, como: audiências públicas, consultas públicas, plebiscitos, referendos, conselhos, conferências, etc. (democracia participativa).

¹¹ Doutrina a qual atribui ao Estado Moderno o monopólio da produção das normas jurídicas, fazendo deste a única entidade capaz de criar legalidade e reduzindo a democracia à esfera estatal (WOLKMER, 2001, p. 53).

(WOLKMER, 2001, p. 48, 53).

Entretanto, ao mesmo tempo em que o monismo concentra a produção e tutela do direito na figura do Estado, este não veda a autotutela da iniciativa privada na gestão de seus negócios, sendo que, apesar de impor algumas restrições a esta, muitas vezes a produção do direito mediante instrumentos de democracia representativa acaba subordinando-se aos interesses retroalimentados pelo mercado, vindo os direitos sociais e as instâncias de democracia participativa a serem reduzidos e cederem espaço aos intentos de uma ordem econômica e de uma elite política que desvirtua preceitos democráticos para atender aos seus interesses particulares.

Porém, à medida que a democracia representativa e os demais aparatos institucionais liberais mostram-se insuficientes para tutelar a diversidade de interesses da sociedade, manifestações sociais inauguram uma política pluralista, promovendo uma práxis democrática descentralizada e participativa que não coincide necessariamente com os espaços de democracia direta criados pelo Estado, ampliando o marco político para além da distinção promovida pelo ideário liberal-burguês entre Estado e Sociedade (WOLKMER, 2001, p. 139).

Nesse viés, apesar de coincidir com o aspecto participativo da democracia, o pluralismo jurídico¹² não importa na submissão da democracia representativa à democracia participativa, mas na construção de uma nova alternativa que, aliando Estado e Sociedade, promova uma nova articulação entre democracia direta e indireta; garantindo o potencial emancipatório do Estado e da Sociedade diante de interesses alheios ao coletivo e promovendo uma construção plural e coletiva dos Direitos Humanos que se instaure dentro de uma perspectiva sócio-histórica e não sob uma ótica meramente econômica e formal (SANTOS, 2008, p. 366).

Dessa forma, buscando conciliar as temáticas de saúde e democracia, esta dissertação tem como objetivo verificar se, no âmbito da historicidade e do ordenamento jurídico brasileiro, o Direito à Saúde, tanto em seu viés público como privado, constitui-

¹² WOLKMER (2001, p. 219) designa o pluralismo jurídico como sendo “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

se, ou não, dentro da lógica de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório. Assim sendo, a problemática desta pesquisa assim pode ser resumida: o Direito à Saúde pública e privada, sua historicidade e operacionalizabilidade, podem ou não ser considerados fruto e fonte de pluralismo jurídico? Para responder a esta questão foram elaboradas quatro hipóteses que comportam possíveis respostas absolutas ou relativas a serem observadas ao final do estudo:

- a) Sim, o Direito à Saúde, tanto em seu viés público como privado são fruto e fonte de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório;
- b) Não, o Direito à Saúde, tanto em seu viés público como privado não são fruto e fonte de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório;
- c) Sim, o Direito à Saúde, em seu viés público, é fruto e fonte de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório, porém, o mesmo não se observa em relação ao seu viés privado;
- d) Não, o Direito à saúde, em seu viés público, não é fruto e fonte de um pluralismo jurídico de caráter participativo e emancipatório, porém, assim o pode ser considerado em relação ao seu viés privado.

Para determinar qual destas hipóteses mostra-se coerente para com a realidade brasileira, foi realizada pesquisa bibliográfica e documental de método dedutivo, a fim de reunir um acervo teórico e a partir dele questionar a realidade legal e testar as hipóteses, valendo-se do pluralismo jurídico como marco teórico, tendo a pesquisa dividido o estudo em três capítulos de temáticas diferenciadas, porém interligadas.

O primeiro capítulo tem como objetivo traçar as bases da teoria pluralista que servirão de referência para esta dissertação, inicialmente expondo a crise dos paradigmas jurídico-políticos da Modernidade; assentados no monismo jurídico e no modelo de democracia liberal; para então apresentar o pluralismo jurídico como um novo paradigma capaz de promover uma renovação no plano da democracia e tutela dos direitos humanos, verificando se este pode corresponder melhor às reais necessidades e carências da população.

O segundo capítulo passa a analisar o desenvolvimento

histórico das políticas de saúde pública e privada no Brasil, situando-as na dinâmica existente entre monismo e pluralismo, autoritarismo e democracia, centralização e descentralização, seletividade e universalidade. Num primeiro momento, discorre sobre os avanços dos setores público e privado de saúde desde o Brasil Colônia, tendo como foco principal as políticas de saúde do século XX, caracterizadas pelo predomínio da medicina previdenciária sobre a saúde pública. Num segundo momento analisa o processo de Reforma Sanitária protagonizado pelo Movimento Social em Saúde junto à população a partir da década de 70, culminando na consagração do Direito à Saúde na CRFB, criação do SUS, e na regulação do setor suplementar.

Finalizando a pesquisa, o último capítulo abordou o controle social nas políticas de saúde, analisando a estrutura e funcionamento das instâncias de participação popular em saúde, tanto no âmbito do SUS como no do setor suplementar, buscando verificar se estas correspondem, ou não, à espaços plurais de democracia participativa dentro do direito oficial. Para tanto, inicialmente, se analisou as instâncias de democracia participativa do SUS, as Conferências e os Conselhos de Saúde, assim como os limites e desafios para a participação popular no SUS. Num segundo momento, verificou-se a estrutura deliberativa da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e os canais de participação popular desta. Por fim, o capítulo finaliza expondo a possibilidade de intermediação entre o SUS e o setor suplementar mediante o reconhecimento da natureza coletiva extrapatrimonial do Direito à Saúde, e da Sociedade como sua legítima titular na tutela e construção coletiva das políticas de saúde.

Portanto, à luz do pluralismo jurídico e do princípio da democracia, trata-se de uma pesquisa interdisciplinar que busca conciliar conhecimentos de Direito, História, Sociologia, Filosofia e Saúde Pública com o fim de reforçar o aspecto social e participativo do Direito à Saúde, fomentando o redimensionamento das dinâmicas de democracia direta no âmbito da saúde, assim como a promoção de sua natureza e titularidade coletiva.

1. PLURALISMO JURÍDICO E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: PARA ALÉM DE UMA PRÁXIS MONISTA E REPRESENTATIVA EM DIREITOS HUMANOS.

Este trabalho busca analisar a dinâmica existente entre os setores público e “privado” de saúde no Brasil no que diz respeito ao alcance e forma de suas instâncias participativas. Dessa forma, tendo em vista que a pesquisa privilegia o aspecto participativo das políticas de saúde, optou-se por assentar-se no pluralismo jurídico como teoria de base, buscando afastar-se de uma perspectiva monista, individualista, universal e abstrata no que tange à tutela e construção dos direitos humanos, fruto de uma Modernidade protagonizada por uma elite liberal-capitalista. Optou-se, portanto, por uma aproximação em relação ao pluralismo e à democracia em seu aspecto participativo como forma de resgatar uma concepção sócio-histórica em matéria de direitos humanos, capaz de apontar para um novo marco, Pós-Moderno, que observe determinadas garantias fundamentais sob um viés coletivo-participativo.

Para tanto, inicialmente analisou-se o processo de crise dos paradigmas jurídico-políticos da Modernidade, para então, num segundo momento, verificar-se a emergência de um pluralismo de cunho emancipatório-participativo, capaz de responder aos anseios populares e satisfazer as necessidades e carências fundamentais do povo, as quais, dentre estas, destaca-se a saúde. Todavia, também atentou-se para o risco do pluralismo jurídico tomar um rumo diferente daquele tido como emancipatório, tornado-se, sob a influência do neoliberalismo e do capitalismo globalizado, um pluralismo possessivo, pautado pelo livre-mercado e apropriação, e pela concentração do potencial democrático nas mãos de um número reduzido de grupos privados.

1.1. A Crise dos Paradigmas Jurídicos-Políticos da Modernidade

Em seus primórdios, a civilização ocidental fora caracterizada por estruturas jurídico-políticas de caráter pluralista. Roma não era a república de Roma, mas dos romanos, o Estado romano consistia nos cidadãos reunidos como povo (PILATI, 2010, p. 03). Nesse viés, o

mundo clássico antigo pôde, através do exemplo Romano, captar os primeiros indícios de uma práxis legal espontânea oriunda da coletividade, sem reduzir-se a um único poder centralizador, mas caracterizando-se por uma pluralidade de sistemas jurídicos, sendo que até o final da fase imperial os romanos não chegaram a dar importância ao monopólio jurídico estatal (WOLKMER, 2001, p. 184).

Já na Idade Média, os limites políticos e jurídicos do sistema feudal baseavam-se na propriedade da terra e nas relações de dependência e de vínculos comunitários, o que também conferia às estruturas medievais um determinado caráter pluralista e corporativista em face da multiplicidade de centros internos de poder político e da valorização dos fenômenos coletivos e dos múltiplos corpos sociais, os quais preservavam sua autonomia jurídica e política interna, mas colaboravam solidariamente em prol do conjunto de instituições e corpos sociais (WOLKMER, 2001, p. 27).

Todavia, na medida em que organizaram o Estado político, os intelectuais voltaram-se para o Estado econômico, buscando transferir para o plano nacional os princípios que deram origem à riqueza das grandes cidades (HUBERMAN, 1986, p. 108). Assim, ao final da Idade Média, a necessidade de auto-suficiência e prosperidade do comércio interno, aliada à disseminação do uso da moeda e a descoberta de reservas de ouro no ocidente, impulsionaram a expansão colonial dos Estados nacionais emergentes e intensificaram as rivalidades econômicas entre as grandes nações, o que levou ao necessário desenvolvimento de novas concepções e teorias que suplantassem àquelas empregadas durante o período feudal (BRUE, 2006, p. 13-14).

Diante disso, os intelectuais da época passaram a escrever teorias e os governos a editarem leis de âmbito nacional que visavam a expansão da riqueza e poder de toda a nação, moldando e regulando todas as atividades dos governados conforme seu intento econômico, vindo esse conjunto de teorias e práticas de intervenção estatal na economia a ser denominado como “mercantilismo” (HUBERMAN, 1986, p. 108).

Aliado ao intento protecionista das práticas mercantilistas, que visavam consolidar a auto-suficiência e soberania estatal perante as demais nações, na Inglaterra, a secularização das funções da Igreja fez com que o Estado passasse a zelar pelo cumprimento de uma ética

cristã paternalista que propunha que as atividades dos comerciantes fossem supervisionadas e controladas em prol do bem-estar de toda a comunidade (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 41-46). Nesse viés, as vítimas dos vícios do sistema econômico viriam a ser socorridas por aqueles que fossem beneficiados pelo mesmo através da instituição de impostos compulsórios e leis de caráter assistencial, sendo que, ao condenar o comportamento aquisitivo e o desejo de acumular riquezas, tal ética paternalista rejeitava aquilo que seria o fundamento e motivação dominantes do sistema capitalista (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 41-46).

Entretanto, da mesma forma que o catolicismo influenciou o Estado a adotar uma postura paternalista em relação às camadas desfavorecidas, a Reforma Protestante propiciou o desenvolvimento de uma ideologia individualista que, além de libertar a classe capitalista emergente de uma censura moral e restrição econômica, converteu em virtudes valores antes estigmatizados pela Igreja medieval, espiritualizando processos econômicos ao ponto de, com o tempo, o lucro e a riqueza passarem a ser observados como prova da generosidade de Deus para com aqueles que fizessem bom uso da vocação que escolheu para si mesmo (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 48-50).

Contrariando as crenças católicas medievais, que condenavam toda espécie de lucro e pregavam o desprendimento para com os bens materiais mundanos, os princípios ético-teológicos do Protestantismo valorizaram a suposta vocação humana natural para o trabalho e para um esforço físico que seria capaz de conduzir o ser humano à riqueza e à salvação individual (WOLKMER, 2001, P. 32). Ai reside a lógica do paradoxo, pois aquilo que os moralistas medievais consideravam como vícios (o desejo de adquirir riquezas, o egoísmo, a avareza) tornou-se o imperativo que impulsionou o capitalismo (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 51).

Diante da dificuldade de se imaginar como o indivíduo poderia se envolver em relações de troca sem se envolver em relações de dependência ou corrupção, a concepção de virtude; que era contemplada como uma qualidade moral quase indistinguível da propriedade; passou a ser redefinida através do conceito de “maneiras”, cabendo ao comércio a função de refinar e polir tais maneiras (POCOCK, 2003, p. 96-97). Tal mudança levou os indivíduos a sentirem-se confortáveis em trocar a antiga virtude pelo

enriquecimento de sua personalidade, de modo que o pensamento político do século XVII fora afetado por uma crescente percepção da propriedade como algo negociável no mercado (POCOCK, 2003, p. 96-97, 111).

Nessa esteira, a propriedade passou a ser menos identificada como aquilo que preenche a essência do ser humano do que com aquilo a que este tem direito, o que levou a uma relação entre as noções de direito e propriedade, de forma que, de pré-requisito para as relações políticas entre pessoas, a propriedade passou a constituir-se num sistema de relações juridicamente tuteladas entre pessoas e coisas (POCOCK, 2003, p. 142-143). Além disso, à medida que o processo de transição para o capitalismo se desenvolveu, a noção de aquisição ilimitada fugiu a quase todas as antigas restrições morais tradicionais, e as relações econômicas passaram a superar em importância as relações políticas entre pessoas, ao passo que as relações políticas tornavam-se relações especulativas entre credores e devedores (POCOCK, 2003, p. 152).

Diante de tais fatos, WOLKMER (2001, p. 28) discorre a respeito da transição do modelo feudal descentralizado de administração e produção do direito para um sistema mercantilista centralizador de tais atividades:

Não há dúvida de que se deve reconhecer, quanto à produção jurídica, num primeiro momento, a existência do pluralismo normativo das corporações em cujos marcos ocorre uma justiça administrada em tribunais criados pelo senhor feudal e pelo proprietário nominal da terra. Posteriormente, em face das exigências de regulamentação e controle da nova ordem econômica mercantilista e da proteção aos intentos imediatos da nascente burguesia comercial, a antiga estrutura descentralizada de produção jurídica é sucedida pela consolidação mais genérica sistemática e unitária de um Direito Mercantil.

Assim, à medida que a Europa Ocidental desagregou-se do feudalismo, esta deu espaço para que o capitalismo viesse a instaurar-se como novo modelo econômico e social hegemônico, em que o capital tornou-se o fundamento da produção material, vindo o

capitalismo a possibilitar a formação de uma nova classe social monopolizadora dos meios de produção, que garantiria seus direitos através da plena participação e controle das novas formas de organização do poder (WOLKMER, 2001, p. 29, 34). Consequentemente, essa mudança no quadro de relações sociais propiciou um novo panorama no qual o controle político-econômico, uma vez assentado na autoridade de uma aristocracia proprietária de terras, passa a ser compartilhado por uma burguesia emergente proprietária de bens móveis (WOLKMER, 2001, p. 34).

Com o tempo, a filosofia individualista (que pregava a o direito do ser humano à independência, autodeterminação, autonomia e liberdade, primando pela valorização de um ser humano individualizado) passou a conquistar o pensamento econômico, e inclusive os próprios mercantilistas, que passaram a enxergar as premissas capitalistas como universais (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 47-48). Tornou-se inviável conciliar as antigas restrições econômicas paternalistas com as necessidades de um novo sistema econômico que se baseava não mais em vínculos tradicionais, mas em obrigações contratuais que exigiam uma nova sociedade que protegesse a propriedade privada e zelasse pelo cumprimento de tais compromissos contratuais de caráter impessoal estabelecidos entre indivíduos que já não podiam mais contar com a força dos costumes para proteger seus investimentos (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 51-52).

A partir da filosofia individualista, o liberalismo floresceu como uma concepção política que contempla o indivíduo como um ser privado, primando por metas e liberdades que seriam só suas e observando o governo, acima de tudo, como uma entidade responsável por preservar e proteger sua atividade individual ao ponto de rejeitar uma postura intervencionista por parte do Estado para com a maior parte de sua esfera de personalidade (POCOCK, 2003, p. 112).

Assim, os primeiros individualistas econômicos eram teóricos da soberania, quer acreditassem que o soberano deveria regular os atores da economia, quer acreditassem que ele deveria manter-se a parte desta, o que fez com que a propriedade sempre fosse discutida no contexto político da autoridade versus liberdade, propriedade esta que era a base da personalidade e a qual caberia verificar se esta deveria firmar-se na liberdade ou ser governada pela autoridade

(POCOCK, 2003, p. 125, 133).

Diante disso, torna-se evidente a evolução de uma dupla relação entre um novo pensamento econômico e uma teoria política que busca definir os princípios de uma organização política legítima, duplicidade a qual a escola fisiocrática francesa testemunhou claramente, indicando ações a serem empreendidas para remediar a pobreza do Estado ao mesmo tempo em que buscava restringir a intervenção estatal a uma ordem natural das coisas, não devendo o governo intervir nas relações econômicas, mas, por outro lado, adotar uma atitude despótica no que tange à defesa da propriedade e punição daqueles que representassem um entrave para dita ordem natural das coisas (CHÂTELET, DUHAMEL, PISIER-KOUCHNER, 2000, p. 68-69).

Assim, o *Laissez-faire*¹³ seria uma doutrina que reforçaria o princípio de uma ordem natural, uma vez que, segundo este, o grau de intervenção governamental nos assuntos econômicos jamais deveria exceder aquilo que fosse essencial para a proteção da vida e propriedade, bem como para a manutenção da liberdade de adquirir, o que levou os fisiocratas a adotarem uma postura que se opunha a quase todas as restrições mercantilistas e governamentais, favorecendo o livre-comércio interno e externo (BRUE, 2006, p. 35).

Contudo, o entrave entre a regulação estatal do mercado e o livre-comércio tomou uma nova dimensão a partir das contribuições de Adam Smith.

Smith parte do pressuposto de que o ser humano é necessariamente sociável, dependendo de um sistema de trocas de bens, idéias e ações benéficas para perpetuar tal harmonia, o que faria do comércio um pré-requisito tanto para as maneiras quanto para a moral (POCOCK, 2003, p. 373). Dessa forma, o livre mercado seria uma pré-condição para o bem-estar social, pois, ao buscarem seu enriquecimento pessoal, os indivíduos acabam contribuindo inconscientemente para o enriquecimento da Nação, de modo que a sociedade poderia desenvolver-se pacificamente sem a necessidade da intervenção direta de uma suposta vontade geral (LOURENÇATO,

¹³ Os fisiocratas franceses, sob a presidência de François Quesnay, adotaram como lema a frase criada por um comerciante francês chamado Vicent Gournay: “Laissez-faire!” - “Deixem-nos em paz!” (HUBERMAN, 1986, p. 126).

2005, p. 31). Dessa forma, a atividade econômica conduzida pelas forças impessoais do mercado produziria a melhor sociedade possível, ao contrário dos governos intervencionistas, que ao interferirem na consecução dos interesses particulares, e, concomitantemente, na maximização do bem-estar social, acabariam representando um perigo maior à desestabilização da sociedade (LOURENÇATO, 2005, p. 31).

Nesse viés, SMITH (1996a, p. 437) defende que uma sociedade regulada pelos próprios indivíduos em prol de seus interesses pessoais promoveria mais o interesse comum do que uma Nação na qual o emprego do capital ficasse restrito à direção de determinado indivíduo, conselho ou assembléia:

Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo[...] É evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo. O estadista que tentasse orientar pessoas particulares sobre como devem empregar seu capital não somente se sobrecarregaria com uma preocupação altamente desnecessária, mas também assumiria uma autoridade que seguramente não pode ser confiada nem a uma pessoa individual nem mesmo a alguma assembléia ou conselho, e que em lugar algum seria tão perigosa como nas mãos de uma pessoa com insensatez e presunção suficientes para imaginar-se capaz de exercer tal autoridade.

Contudo, em que pese ser um defensor do *laissez-faire*, Smith admitia um grau mínimo de intervencionismo estatal, sobretudo no que diz respeito à proteção da sociedade de ameaças estrangeiras, administração da justiça e instituições públicas, bem como a supervisão do Estado sob a execução dos contratos e o controle sobre a taxa de juros (BRUE, 2006, p. 72). Em uma das passagens de sua

principal obra, “A Riqueza das Nações”, SMITH (1996b, p. 360) explicita tal preocupação acerca da necessidade de certa esfera de intervenção estatal nas relações sociais para a prosperidade do comércio:

O comércio e as manufaturas raramente podem florescer por muito tempo em um país que não tenha uma administração de justiça normal, no qual as pessoas não se sintam seguras na posse de suas propriedades, no qual a fidelidade nos contratos não seja garantida por lei e no qual não se possa supor que a autoridade do Estado seja regularmente empregada para urgir o pagamento das dívidas por parte de todos aqueles que têm condições de pagar. Em suma, o comércio e as manufaturas raramente podem florescer em qualquer país em que não haja um certo grau de confiança na justiça do Governo.

Sob tal perspectiva, o Estado teria o dever de servir à sociedade através da construção e preservação do mercado, porém de forma limitada, não intervindo na vida econômica e tendo seu campo de atuação cada vez mais reduzido após a instauração do mercado, que deveria reinar por si só, sendo desnecessárias quaisquer mediações a respeito da demanda e produção que não aquelas estabelecidas pelo próprio mercado, onde cada qual atuaria como motor do desenvolvimento social, segundo seu próprio interesse orientado pela “mão invisível” do mercado e contribuindo para a organização e bem-estar social (LOURENÇATO, 2005, p. 32-33).

No campo político, o Liberalismo adquiriu um aspecto revolucionário através das grandes revoluções burguesas, de modo que a burguesia, acompanhada pelas parcelas economicamente menos favorecidas, e movida pelos intentos liberais-individualistas de uma economia capitalista emergente, e por concepções jusnaturalistas-contratualistas - que advogavam a necessidade de um pacto social através do qual cada indivíduo abdicasse de sua liberdade natural e ilimitada em troca de uma liberdade civil que garantisse a propriedade de seus bens, estando cada um desses indivíduos sob a direção de uma vontade geral materializada na figura do Estado (ROUSSEAU, 2003, p. 32-35) - acabou deslocando a soberania da pessoa de um monarca absoluto para o Estado, vindo o governo a

configurar uma espécie de corpo intermediário entre o Estado e o povo, para a mútua correspondência entre estes e a devida execução das leis e manutenção das liberdades civis (ROUSSEAU, 2003, p. 64).

Porém, ao invés de submeter-se ao povo, o governo acabou por ocupar o lugar do soberano e subjugar o povo (NASCIMENTO, 2003, p. 197).

Apesar do pensamento liberal clássico propor a substituição do modelo intervencionista por outro no qual o Estado passaria a adotar uma postura neutra que contribuiria para a conciliação dos interesses de classe através do livre mercado e do processo de produção, tal crença na neutralidade do Estado acabou por ocultar o papel deste enquanto agente de dominação de classe e disseminador dos interesses capitalistas, que passaram a utilizar o Estado como mecanismo de coerção e garantia da propriedade privada, impedindo o acesso dos trabalhadores aos meios de produção e representação, assim mantendo uma estrutura de dominação sobre estes (LOURENÇATO, 2005, p. 34-40).

Dessa forma, em que pese a cultura liberal-individualista ter surgido como um novo paradigma constituído por valores, crenças e interesses de uma classe social burguesa emergente empenhada na luta contra as estruturas de dominação de um Feudalismo aristocrático-fundiário e contra o Antigo Regime Absolutista, quando o Capitalismo começou a caminhar em direção a sua etapa industrial, a elite burguesa; uma vez tendo assumido o poder político e econômico; passou a aplicar somente os aspectos da teoria liberal que mais lhe interessavam, frustrando a distribuição social da riqueza e excluindo o povo do acesso ao governo (WOLKMER, 2001, p. 38).

Diante de um sistema econômico capitalista, da hegemonia social burguesa e dos pressupostos liberal-individualistas, a nascente sociedade moderna européia necessitava de uma estrutura político-institucional que reproduzisse e assegurasse seus interesses, o que deu margem à formação de uma organização estatal caracterizada por uma centralização do poder que tem como traços político-jurídicos o monopólio da soberania, secularização, separação dos poderes, burocracia administrativa, democracia representativa formal, direitos civis e políticos, entre outros aspectos (WOLKMER, 2001, p. 40, 43).

É essa confluência histórica - que engloba a passagem de uma sociedade feudal caracterizada por um pluralismo corporativista e

pela influência de uma aristocracia proprietária de terras, para um Estado absolutista mercantilista, culminando na Revolução Francesa e ascensão de uma elite burguesa liberal-individualista pautada por ideais jusnaturalistas que moldariam as estruturas jurídico-representativas da modernidade ocidental - que caracteriza os primórdios da doutrina monista a qual atribui ao Estado Moderno o monopólio da produção das normas jurídicas, fazendo deste a única entidade capaz de criar legalidade, reduzindo a democracia à esfera estatal (WOLKMER, 2001, p. 46, 49-53).

No que tange a seara jurídica, por edificar-se a partir de uma dinâmica que circundou a legalidade estatal e a centralização burocrática, o Direito moderno assumiu um aspecto formalmente positivo através de um conjunto de leis gerais, abstratas e sistematizadas (sobretudo através das codificações), que acabaram conduzindo à uma despersonalização do poder e racionalização dos procedimentos normativos, de modo que a validade dessas normas não resulta da aceitação espontânea da coletividade, mas do fato de terem sido produzidas em conformidade com os mecanismos processuais oficiais provenientes do poder público (WOLKMER, 2001, p. 48).

Consequentemente, ao respeitar determinadas liberdades individuais naturais e limitar sua autoridade à um Direito Positivo constituído formalmente através de mecanismos processuais oficiais, o Estado Moderno acaba adquirindo a condição permanente de “Estado de Direito”, o que acabou por lhe conferir a legitimidade necessária para constituir-se como poder soberano máximo, controlado e regulado pelo Direito (WOLKMER, 2001, p. 49).

Nesse sentido, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e as sucessivas cartas constitucionais, na medida em que consagraram a divisão dos poderes, o princípio da legalidade e os direitos fundamentais de natureza negativa (liberdades), acabaram por limitar a soberania, de modo que, para FERRAJOLI (2007, p.28-33), a doutrina liberal do Estado de Direito, uma vez tendo subordinado o próprio poder legislativo e os demais poderes ao direito, equivale a uma doutrina de negação da soberania popular; nas palavras do autor:

A bem da verdade, as constituições continuam falando em “soberania popular”; porém, isso não passa de uma simples homenagem verbal ao

caráter democrático-representativo dos atuais ordenamentos. “A soberania pertence ao povo”, está escrito no primeiro artigo da Constituição italiana; mas, acrescenta-se imediatamente, o povo “a exerce nas formas e nos limites da Constituição”. Logo, nem mesmo o povo é soberano no antigo sentido de *superiorem non recognoscens* ou de *legibus solutus*; e menos ainda o é a maioria, pois a garantia dos direitos de todos – até mesmo contra a maioria – tornou-se o traço característico do estado democrático de direito (FERRAJOLI, 2007, p. 33).

Ao passo que, antigamente, a soberania popular era invocada a partir de pressupostos democráticos que se opunham a regimes despóticos encarnados nas figuras do rei, clero e nobreza, com o avanço do Estado Liberal, essa soberania despersionalizou-se e deixou de confrontar obstáculos genuinamente políticos para afrontar imperativos sistêmicos oriundos de um modelo de Estado que limita as fontes de produção de juridicidade àquelas previstas pelo direito positivado (HABERMAS, 1997, p. 256).

Disso se apreende que “a soberania do povo retira-se para o anonimato de processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente” (HABERMAS, 1997, p. 24). Ou seja, a soberania popular encontra-se limitada a um modelo de democracia representativa imposto pelo Estado e que faz valer-se como uma produção coletivo-comunicativa, quando na verdade trata-se de um sistema fechado e elitista, de forma que, segundo PILATI (2011, p.31), “qualquer tentativa de participação efetiva da Sociedade, de retomada da soberania para o exercício dos direitos coletivos – é vista com desconfiança, pois o sistema tende a resolver as suas crises ao seu modo, sem participação, pela via estatal individualista representativa”.

Em que pese ROUSSEAU (2003, p. 42, 91-92) afirmar que a vontade geral não pode ser representada; de modo que os membros do legislativo não seriam representantes do povo, mas intermediários seus, sendo nulo qualquer ato legislativo que não seja retificado pelo povo; a visão liberal supostamente pretende superar a separação entre Estado e sociedade através de um processo democrático representativo que tem como função única a legitimação do exercício

do poder político, ao invés de primar por um processo participativo que materialize a vontade e soberania popular (HABERMAS, 1997, p. 20-22).

Concomitantemente, o modelo liberal de democracia representativa acaba criando nos cidadãos uma ilusão de soberania, quando na verdade quem dispõe desta são determinados grupos e indivíduos instituídos na dinâmica estatal, e que tendem a ocultar o monopólio da soberania e conduzir as massas a um conformismo, sendo que nem sempre os interesses da coletividade e a política do Estado são congruentes (KOSELLECK, 1999, p. 144).

O modelo de democracia liberal burguesa que fora impulsionado pelo capitalismo concorrencial/industrial emergente, mais do que uma via participativa de auto-organização política da sociedade, mostra-se um mecanismo de normatização constitucional desta (HABERMAS, 1997, p. 20). Tal normatização da sociedade opera através de um sistema representativo que monopoliza a soberania e encontra no Estado de Direito o argumento necessário para a validade e legitimidade de seus atos, o que resultou no monopólio da soberania pela máquina estatal e na diluição do coletivo dentro dos ordenamentos jurídicos, em benefício do privado e de uma dita segurança jurídica, como bem discorre PILATI (2011, p. 33):

O jurídico na Modernidade, pois, não consagra o coletivo como bem autônomo, mas o dilui nos meandros do ordenamento. Em benefício do privado, desclassifica o coletivo na substância. Proclama-o como direito, mas lhe dá a forma jurídica de dever. Negando-lhe autonomia jurídica como bem, despersonaliza-o na esfera do sujeito, suprimindo a participação efetiva da Sociedade; sonega-lhe a tutela específica de processo coletivo – para relegá-lo ao faz-de-conta de uma segurança jurídica praticamente nula por ineficaz e inoperante.

Uma vez tendo observado que os primórdios da doutrina monista se identificam com os esforços de uma burguesia emergente movida pelos interesses de um capitalismo concorrencial/industrial e por princípios liberais-individualistas em elaborar um projeto político-jurídico centralizador que se estende do século XVIII e

consolida-se no século XIX; um novo ciclo monástico se desenvolve no início do século XX, influenciado pela passagem de um capitalismo industrial para um capitalismo monopolista “organizado” e por rígidas pretensões de cientificidade do direito (WOLKMER, 2001, p. 56-57).

Em que pese a cidadania ter se desenvolvido inicialmente com a conquista de direitos civis que, a princípio, não entravam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista, mas, muito pelo contrário, formavam o núcleo da cidadania nessa fase do capitalismo e eram indispensáveis para uma economia de mercado competitivo que permitisse a cada indivíduo a capacidade de participar como uma entidade independente na concorrência econômica, negando qualquer espécie de proteção social sob o pretexto de que o ser humano era capaz de subsistir tão somente através de seus esforços e trabalho, de forma que, procurava-se o progresso social mediante o fortalecimento dos direitos civis e não pelo estabelecimento de direitos sociais, ou seja, através do livre mercado e não pela adoção de uma seguridade social (MARSHALL, 1967, p. 79, 85), tal quadro começa a sofrer alterações com o avanço do capitalismo industrial ao final do século XIX.

No plano econômico, quando o capitalismo industrial alcançou seu auge, os avanços tecnológicos e inovações no processo de produção aliado à crescente concentração de renda na mão de poucos industriais, acabou elevando o pressuposto da livre concorrência à níveis destrutivos, de modo que, aos poucos, as empresas menores foram eliminadas ou viam-se obrigadas a se associar ou fundir-se para garantir sua sobrevivência no mercado, o que acabou concentrando o monopólio do poder econômico nas mãos de um número reduzido de empresas (HUNT; SHERMAN, 2000, p. 108).

A substituição da livre concorrência pela concentração de capital modificou a ótica da classe capitalista com relação ao poder do Estado, de modo que a burguesia, que antes era avessa à intervenção estatal no domínio econômico, passou a perceber a importância desta para sua própria manutenção; uma vez que o Estado precisaria ser politicamente poderoso para garantir o mercado nacional, assim como para expandir este através de uma política imperialista; o que levou os grandes cartéis industriais a unificarem o poder econômico e elevar sua eficácia política perante o Estado (BERCOVICI, 2003, p. 40-41).

Além disso, a concentração de capital nas mãos de poucas empresas possibilitou a estas o controle dos mercados, ao invés de por estes serem controladas, o que fez com que a prerrogativa liberal de uma sociedade auto regulada pelo mercado viesse a perder seu pressuposto de validade, uma vez que já não era mais possível dizer que o mercado tratava igualmente compradores e vendedores, ou que toda troca era uma troca justa (MACPHERSON, 1991, p. 29-33).

Assim, tendo em vista a necessidade de proteger-se de mercados oligopolistas e que a via mais plausível para a conquista de direitos sociais, e, concomitantemente, para a subordinação do princípio do livre mercado pela justiça social, seria o exercício do poder político (MARSHALL, 1967, p. 86, 103), bem como diante do aumento da esfera de intervenção estatal no domínio econômico, o proletariado buscou conquistar seu espaço dentro do Estado, uma vez que este seria o veículo ideal para a classe proletária lutar pela substituição da economia hierarquicamente organizada, por uma economia democraticamente organizada (BERCOVICI, 2003, p. 41).

Daí advém o chamado “Capitalismo Organizado”, que consistiria na substituição do princípio capitalista da livre concorrência pelo princípio socialista da produção planejada, mediante um processo político democrático, não necessariamente revolucionário¹⁴, que teria como consequência inadiável uma democracia econômica, ou seja, a transformação de todos os órgãos econômicos que atuavam em prol dos interesses capitalistas em órgãos que atuassem de acordo com o interesse geral (BERCOVICI, 2003, p. 41-47).

Foi a partir destes pressupostos que industriais capitalistas e trabalhadores, adeptos das teorias liberal e socialista, chegaram a uma espécie de consenso pelo qual entenderam que a formação de um Estado de Bem-Estar seria a alternativa mais plausível diante das circunstâncias sociais e econômicas que permeavam as sociedades ocidentais do pós-guerra do início do século XX, nesse viés ZAPATERO discorre:

As três orientações ideológicas mais importantes de nosso século chegaram a conclusão de que o Davi que melhor podia vencer este Golias de

¹⁴ A conquista do poder estatal se daria através da democracia, que seria arrancada da burguesia pelo proletariado (BERCOVICI, 2003, p. 44).

cinco cabeças era uma ordem social baseada na democracia, por um lado, e numa combinação proporcionada, por outro, de mercado e Estado, do público e do privado. Estavam pois, então, de acordo – em que pese hoje algumas delas não se recordarem, não sabem, ou simplesmente renegam este – em consolidar o denominado Estado de Bem-Estar (ZAPATERO apud BUEN L., 1997, p. 05-06).¹⁵

No plano jurídico, a Constituição alemã de Weimar, de 1919, representou uma das primeiras “Constituições Econômicas” que buscou operar dentro da ótica do Estado de Bem-Estar e de um Capitalismo Organizado, inaugurando o chamado Estado Democrático e Social de Direito, prevendo não apenas direitos sociais, mas instrumentos de democracia direta, que possibilitavam a participação do povo na formação da vontade do Estado, não apenas através da eleição dos representantes do povo, mas também da administração pública, como é o caso do Conselho Econômico¹⁶ e dos Conselhos e Assembléias de Fábrica (ou Empresa)¹⁷ (BERCOVICI, 2003, p. 24-34). O primeiro tinha o poder de examinar projetos de lei que tivessem relevância nos aspectos econômico e social, enquanto que os últimos conferiam aos trabalhadores o direito de expressar sua vontade coletiva nas questões

¹⁵ Las tres orientaciones ideológicas más importantes de nuestro siglo llegaron a la conclusión de que el David que mejor podía vencer a este Goliat de cinco cabezas era un orden social basado en la democracia, por un lado, y en una combinación proporcionada, por otro, de mercado y Estado, de lo público y lo privado. Estaban, pues, entonces de acuerdo - pese a que hoy algunos de ellos no lo recuerden, o no lo sepan o simplemente renieguen de ello – en consolidar el demominado Estado de Bienestar.

¹⁶ O Concelho Econômico nunca foi instituído, tendo sido criado mediante um decreto que lhe conferia natureza provisória, assim como também não era um órgão representativo, mas meramente consultivo, não podendo se contrapor ao Parlamento (BERCOVICI, 2003, p. 32).

¹⁷ Embora os Conselhos possibilitassem aos trabalhadores participarem, em igualdade, com os industriais da direção da economia, suas deliberações restringiam-se às finalidades da empresa, não podendo participar da luta sindical, pois pertenciam a todos os integrantes da empresa (BERCOVICI, 2003, p. 34).

atinentes às condições de trabalho, salário e sua participação dentro da empresa (BERCOVICI, 2003, p. 24-34).

Contudo, em que pese a estrutura dos Conselhos representar um avanço no que tange à democracia participativa, os membros do proletariado equivocaram-se ao acreditar que os interesses dos industriais não seriam apenas aqueles atinentes ao Capitalismo, mas também os coletivos (RITTER, 1991, p. 153).

A colaboração entre trabalhadores e empresários através dos conselhos e acordos, que tornou a democracia de Weimar possível e auxiliou o sistema políticos em anos de crise, viu suas condições de colaboração desaparecerem no final de 1923, com a estabilização da moeda, que realocou a economia alemã na forte concorrência internacional, resultando numa nova e mais forte polarização entre trabalhadores e empresários, obrigando o Estado a exercer um papel cada vez maior na vida econômica e social, sobretudo através da arbitragem dos conflitos laborais, vindo a Justiça Trabalhista a voltar-se contra a democracia participativa, restringindo a autonomia dos sindicatos e dando mais ênfase à medidas de proteção do trabalhador individual do que aos interesses coletivos (RITTER, 1991, p. 153-155).

Dessa forma, ao invés da democracia econômica, o que os setores capitalistas buscaram foi um Estado forte que não interferisse demasiadamente no domínio econômico, sobretudo com a crise econômica de 1929, quando então a República de Weimar ficou sem margem de manobra para manter a proposta de um Estado Social, vindo o Capitalismo Organizado alemão a deixar de caminhar em direção ao socialismo democrático, para voltar-se ao Estado Total (BERCOVICI, 2003, p. 49).

Nessa esteira, mais do que um instrumento de conquista da justiça econômica, o Estado de Bem Estar, segundo ZAPATERO (apud BUEN L., 1997, p. 06), foi um mecanismo que visou corrigir as externalidades dos efeitos não desejados do sistema capitalista, para que assim fosse possível assegurar a continuidade do sistema.

O controle centralizado da economia pelo Estado substituiu a autoridade privada do capital pela autoridade burocrática do governo (PRZEWORSKI, 1989, p. 50). No âmbito da teoria do Direito, tal centralização burocrática encontra respaldo no formalismo dogmático da Escola de Viena, possibilitando ao monismo estatal novos patamares de legitimidade, sobretudo através de Hans Kelsen e sua

“Teoria Pura do Direito”, que pôs fim ao dualismo Estado-Direito, fundindo estes de modo que o Direito passou a ser identificado como Estado, e o Estado como Direito Positivo (WOLKMER, 2001, p. 57).

Nesse sentido, KELSEN (2001, p. 139-140) contrapõe-se à Teoria do Direito e do Estado tradicionais; que buscam legitimar o Estado como um Estado de Direito; aludindo que estas revelam-se concepções redundantes, uma vez que todo o Estado deve ser necessariamente um Estado de Direito, cujo fundamento de sua legitimidade encontra-se no fato deste possuir um ordenamento jurídico positivado, pois todo Estado seria um ordenamento jurídico que alcançou determinado grau de centralização.

Ademais, em sua análise, KELSEN (2001, p. 51, 133-139) busca excluir do Direito tudo aquilo que não pertenceria estritamente a este enquanto ordenamento jurídico, ao passo que identifica o Estado, do ponto de vista do positivismo jurídico, como um ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre o qual nenhum juízo moral ou de valor poderia se declarar. Nesse viés, ao propor uma teoria objetivista-universalista, KELSEN (2001, p. 92-93) reduziu todos os problemas jurídicos a problemas de ordenamento, buscando eximir sua Teoria Pura do Direito de qualquer juízo de valor ético-político, restringindo este a um aspecto hermeticamente positivo, alçando o legalismo e o formalismo jurídico ao seu exponencial máximo.

Embora o fato de ter primado por direitos sociais de natureza positiva e possibilitado, até certo ponto, a democracia participativa nas relações de produção e trabalho, a evolução da República de Weimar, de uma democracia social a um Estado Total, demonstra os riscos que uma cultura monista, na qual Estado e o direito oficial se identificam e monopolizam os espaços de representação e produção de juridicidade, pode trazer para a auto-organização da sociedade, sobretudo quando estão em jogo os interesses dos grandes cartéis industriais detentores do poder econômico e político (RITTER, 1991, p. 155-156).

Porém, nos anos 60/70, o modelo de Estado de Bem-Estar sofre um grande desgaste devido a crises fiscais e de governabilidade, sobretudo a partir de 1973 com a crise do petróleo, quando as principais economias capitalistas sentiram o impacto do crescimento constante de seu principal insumo, resultando no incremento dos custos sociais do Estado e numa grande onda de desemprego, de

modo que se fazia necessária uma solução para além do legalismo e da intervenção no mercado (BUEN L., 1997, p. 07). Dessa forma, a Primeira Ministra da Inglaterra, Margaret Thatcher, seguida do Presidente dos Estados Unidos da América, Ronald Reagan, e amparada pelos argumentos acadêmicos da Escola de Chicago, encabeçaram uma campanha feroz contra o Estado de Bem-Estar, denunciando os efeitos supostamente “nefastos” deste, apresentando como solução para a crise uma proposta tida como neoliberal (BUEN L., 1997, p. 08).

BUEN L. (1997, p. 45) discorre a respeito da crise do Estado de Bem-Estar e avanço de um projeto neoliberal globalizado que visa por termo aos programas de Seguridade Social engendrados a partir do advento do Estado de Bem-Estar:

A partir da crise econômica mundial, iniciada em 1973, o conceito de Estado de Bem-Estar, inventado em Versalhes em 1919, como um antídoto capitalista para o avanço do socialismo e reforçado pelo *New Deal* do Presidente Roosevelt, a partir de 1932, como solução para a crise iniciada o famoso outubro de 1929, entrou em decadência. Hoje está em moda e é exigência dos bancos internacionais acabar com a Seguridade Social [...] Os direitos sociais inventados como um freio para o avanço do socialismo já não seriam necessários. A justiça social é substituída pelos princípios de competitividade, produtividade e qualidade, motores fundamentais da globalização das economias.¹⁸

Sob essa perspectiva, dentre as propostas apresentadas pelos

¹⁸ A partir de la crisis económica mundial, iniciada en 1973, la concepción misma del Estado de Bienestar, inventado en Versalles en 1919 como un antídoto capitalista al avance del socialismo y reforzado por el *New Deal* del Presidente Roosevelt, a partir del 1932, como solución a la crisis iniciada en el famoso octubre de 1929, há entrado em decadencia. Hoy está de moda y es exigencia de la Banca internacional acabar com la Seguridade Social [...] Los derechos sociales inventados como un freno al avance del socialismo ya no serian necesarios. La justicia social se sustituye por los principios de competitividad, productividad y calidad, motores fundamentales de la globalización de las economías.

neoliberais em suas políticas de ajuste estrutural, destacam-se a aplicação de medidas de privatização, livre-comércio e abertura comercial ao capital estrangeiro (eliminação unilateral ou redução drástica dos impostos destinados à indústria); independentemente do contexto ou capacidades históricas do país nas quais são aplicadas; bem como o corte e flexibilização de programas e garantias sociais; sob o pretexto de liberar os empresários e investidores de custos excessivos que impediriam a acumulação do capital e o crescimento da economia; e a prioridade nos pagamentos da dívida externa sob todo e qualquer projeto de desenvolvimento externo; para assim assegurar a confiança do credor/investidor externo e assegurar fluxos de capitais que seriam fundamentais para a recuperação econômica do país (PETRAS, 1999, p. 106-110).

Contudo, ao invés de uma livre-concorrência justa e do crescimento econômico, o que ocorre na verdade é a dominação do mercado por um pequeno número de empresas, concomitantemente a uma enorme dependência das importações estrangeiras, enfraquecendo a estabilidade das relações de trabalho e o estabelecimento de investimentos de longo prazo em atividades produtivas (PETRAS, 1999, p. 111).

Mais do que uma estratégia econômica, tais políticas neoliberais de ajuste estrutural representam um artifício político que visa reconfigurar as relações sociais e reconcentrar o poder político e a riqueza nas mãos de uma pequena oligarquia (PETRAS, 1999, p. 106). Tendo em vista que conciliar a democracia com os intentos do capitalismo tornou-se um problema para os neoliberais, o conteúdo da democracia foi revisado reduzindo esta a uma concorrência entre elites oligárquicas cuja preocupação principal resume-se à observância de critérios formais que garantam uma “justa concorrência”, desconsiderando a participação popular na formulação e resolução de problemas sociais, e servindo à população uma política formulada por tais elites que supostamente seriam os verdadeiros guardiões do espírito democrático (PETRAS, 1999, p. 357-359).

Entretanto, além de suprimir a democracia participativa e limitar a vontade política da população aos desígnios de uma elite de representantes supostamente mais instruídos e preparados, restringindo assim a soberania popular novamente a um aspecto sistêmico inerente a observância de critérios formais decorrentes de um processo político eleitoral, o neoliberalismo acabou desvirtuando

a própria democracia representativa na qual busca respaldo, uma vez que, em suas campanhas, estes não identificam suas propostas como neoliberais, mas disfarçam estas com promessas de reformas sociais, ludibriando o eleitor:

Sob a égide do Neoliberalismo, a política eleitoral deixou de ser um método que oferece ao eleitorado alternativas dotadas de sentido, por meio do qual as expectativas do eleitor são correlacionadas aos resultados da eleição. O resultado levanta a questão da representatividade do governo [...] Nos sistemas democráticos de eleições livres, as políticas neoliberais precisam ser disfarçadas e depois impostas por meio da ficção do mandato eleitoral. A pseudolegitimidade dos regimes neoliberais reside na presunção errônea de que o governo foi “escolhido livremente”. Ocorre que os políticos são legitimamente eleitos apenas como representantes de uma posição assumida publicamente. Despido do contexto político, o processo eleitoral perde sua legitimidade, assim como qualquer outro caso de fraude política. Considerando-se o grau de manipulação das campanhas eleitorais neoliberais para assegurar resultados pós-eleitorais diametralmente opostos aos desejados pela maioria do eleitorado, não se trata apenas de uma violação da confiança, mas também da violação da própria noção de governo representativo (PETRAS, 1999, p. 102-103).

A teoria liberal reduziu o exercício da cidadania ao voto, de modo que qualquer outra forma de participação política é excluída ou desencorajada, ao passo que a democracia representativa perdeu o contato com os anseios dos representados, tornando-se refém dos interesses dos grandes cartéis industriais e fazendo com que os cidadãos tornem-se alheios à representação política, embora estes não tenham desenvolvido novas formas de participação política mais amplas (SANTOS, 2000, p. 237-239). Tal fato representa uma marginalização do princípio da comunidade rousseauiano, uma vez que este não deve fundar-se numa relação política vertical cidadão-Estado, mas numa relação horizontal cidadão-cidadão de caráter

político-participativo (SANTOS, 2000, p. 249).

A partir de tais tendências pode se chegar ao que Enrique Dussel denomina “fetichização da política”, uma decorrência da inversão dos pressupostos de legitimidade do agir político e que incide na supressão da democracia participativa pela democracia representativa. Sob o aspecto conceitual, DUSSEL (2007, p.29-34) classifica como *potentia*¹⁹ o poder político em-si e que tem como origem e fundamento a comunidade²⁰, ao passo que denomina *potestas* o poder político institucionalizado e organizado que é delegado pela *potentia* a determinados cidadãos para que representem a comunidade, o povo.

Diante disso, o fetichismo político está relacionado a absolutização da vontade dos representantes, que deixam de atuar em prol dos interesses da comunidade política, assim como de articular-se com esta, resultando numa cisão entre *potestas* e *potentia*, vindo a primeira a fundar-se em si mesma e despotencializar a última, tornando esta uma massa passiva e sem voz que apenas recebe ordens de seus representantes (DUSSEL, 2007, p. 44-45). Ou seja, o fetichismo consiste na inversão dos pressupostos de legitimidade do poder político: “o fundado aparece como fundamento e o fundamento como fundado” (DUSSEL, 2007, p. 45).

Diante disso, no modelo de democracia inaugurado pela política neoliberal não há mais espaço para a democracia participativa ou para a formação de forças sociais que se oponham a tal sistema e busquem uma alternativa (PETRAS, 1999, p. 104). A democracia neoliberal é uma democracia de mercado que finge pautar-se por propostas de natureza social, mas na verdade trabalha para os interesses capitalistas e busca conservar o poder de uma oligarquia política

¹⁹ Em geral, Aristóteles define *potentia* como o princípio ou possibilidade de uma mudança qualquer, podendo esta mudança se dar em diversos sentidos: capacidade de realizar mudança em outra coisa ou em si mesmo; capacidade de sofrer uma mudança causada por outra coisa ou por si mesmo; capacidade de mudar ou ser mudado para melhor e não para pior; ou a capacidade de resistir a qualquer mudança (ABBAGNANO, 2007, p. 793).

²⁰ A CRFB vai de encontro com a concepção de DUSSEL na medida em que prevê que a soberania é oriunda do povo.

Art. 1º Parágrafo único: Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 2010a).

(PETRAS, 1999, p. 105-106).

Para ilustrar a postura das sociedades liberais diante do dilema existente entre a preservação e garantia dos Direitos Humanos e de instâncias democrático-participativas perante o avanço capitalista, MACPHERSON (1991, p. 44) trabalha com conceito de “troca compensatória” (ou *trade off*), segundo o qual seria uma espécie de prática típica de sociedades liberais, que, quando diante de duas coisas consideradas desejáveis para estas (positiva ou negativamente), mas consideradas incompatíveis entre si, estão dispostas a ceder determinada quantia de uma destas para obter um pouco mais da outra.

Nesse sentido, MACPHERSON (1991, p. 68-69) salienta que os Direitos Humanos; que até o século XVIII conservavam certo prestígio por meio de concepções jusnaturalistas; passaram para o segundo plano a partir do século XIX, uma vez que o Legislativo e o Judiciário subordinaram estes ao livre curso da economia de mercado, configurando, assim, uma troca compensatória dos direitos humanos pelo crescimento econômico. Por sua vez, MACPHERSON (1991, p. 69) ressalta que no final do século XIX e início do século XX, as teorias e as práticas liberais que embalsamaram o *laissez-faire* mostraram-se insustentáveis, uma vez que o capitalismo tornou-se incompatível com a dignidade humana, daí advindo uma reversão do modelo de troca compensatória, vindo o Estado Liberal a transformar-se no Estado de Bem-Estar, tendo em vista que os imperativos de expansão capitalista passaram a dar uma margem tolerável (do ponto de vista liberal-capitalista) à consagração de direitos humanos (direitos sociais) e à democracia participativa.

Porém, com a crise do Estado de Bem-Estar observa-se uma nova inversão no modelo de troca compensatória, vindo os direitos sociais e as instâncias de democracia participativa a cederem espaço aos desígnios de uma política neoliberal que visa consolidar os intentos de uma economia capitalista predatória e de uma elite política que desvirtua os preceitos basilares da democracia representativa para manter sua posição hegemônica. Todavia, tal modelo de troca compensatória já não basta para sustentar a democracia liberal, de modo que a degradação dos direitos sociais, do meio ambiente e da própria representatividade, leva a uma terceira alternativa que não aquela oferecida pelo dualismo incompatível baseado no modelo de troca compensatória apresentado pelos

liberais, mas que resgate um sentido de comunidade sob uma premissa desenvolvimentista e não exploratória (MACPHERSON, 1991, p. 70, 77).

Ademais, aliado à proposta neoliberal, a globalização constituiu um processo de ocidentalização e aculturação que visa internacionalizar os princípios do livre mercado e da eficiência financeira que formam o núcleo do sistema capitalista, resultando assim num processo de homogeneização e dominação universalista que busca instrumentalizar ao seu favor o princípio da igualdade formal e os direitos humanos liberais-individuais, rechaçando qualquer outra categoria de direitos que possam atentar contra a liberdade de mercado; como aqueles de cunho social, redistributivo e que propiciam a igualdade em seu sentido material; e primando pela neutralização e controle de quaisquer diferenças que ameacem o capitalismo neoliberal (DULCE, 1997, p. 10).

PILATI (2010, p. 02), discorre elegantemente a respeito da globalização, ressaltando esta como um fator determinante para o esgotamento da sociedade estatal:

A sociedade estatal, costurada com fronteiras – mas de centro e periferia; baseada numa democracia representativa formal – mas de abissais diferenças sociais; voltada à acumulação a qualquer custo – mas às custas do planeta e da sobrevivência da espécie – essa sociedade diabética, que tudo adoça com dinheiro e minimiza com insulinas estatais paliativas – está chegando ao seu próprio limite de esgotamento. É um modelo que está sendo atropelado por aquilo que se conhece por globalização: uma nova *lex mercatória*, que não conhece limites jurídicos, desconhece fronteiras, promete liberdade e desenvolvimento, mas acelera o processo de concentração de renda, com empobrecimento e desigualdade.

Nesse viés, embora o direito tenda a submeter-se aos interesses retroalimentados pela ordem econômica à medida que esta afirma sua auto-suficiência na regulamentação de áreas vitais para a sociedade, o processo de integração de mercados e de sobreposição de múltiplos níveis de juridicidade é acompanhado de um desgaste da concepção

monista de produção do direito, gerando assim uma multiplicação de instâncias legislativas que inclusive se manifestam à margem da própria oficialidade do Estado, como bem discorre JULIOS-CAMPUZANO (2007, p. 14-17):

A sobreposição dos múltiplos níveis de juridicidade e seu frequente solapamento introduz desta forma um elemento desestabilizador naquela concepção solidamente baseada num direito certo, previsível e regular. A multiplicação de instâncias legislativas e a própria proliferação do arsenal estatal normativo tem criado um panorama difuso no qual o conceito de ordenamento em sua acepção clássica ou tradicional foi diluído [...] A multiplicação das instâncias produtoras de direito e a concatenação de seus respectivos âmbitos de validade faz do sistema jurídico algo aberto, flexível e poroso cujas normas oficiais se entrelaçam indefinidamente com normas procedentes de instancias distintas, de modo que o sistema se expande através dos múltiplos nexos colaterais de complexas redes normativas. Neste novo cenário o contexto mudou: já não é mais o Estado que assume a função de ponderação; para não mencionar o grande repertório de instâncias criadoras de juridicidade, à margem da própria oficialidade estatal, o Estado tem que conviver com agências reguladoras, corporações de direito público, que participam de redes normativas de caráter transnacional.²¹

²¹ [...] La superposición de los múltiples niveles de juridicidad y su frecuente solapamiento introduce de esta forma un elemento desestabilizador en aquella concepción sólidamente asentada del derecho cierto, previsible y regular. La multiplicación de las instancias legislativas y la propia proliferación de arsenal normativo estatal há creado un panorama difuso en el que el concepto de ordenamiento en su acepción clásica o tradicioal há quedado diluido. La multiplicación de las instancias productoras de derecho y la concatenación de sus respectivos ámbitos de validez convierte al sistema jurídico en algo abierto, flexible y poroso cuyas normas se entrelazan sin fin con normas procedentes de distintas instancias, de modo que el sistema se expande a través de los múltiples nexos colaterales de complejas redes normativas. En este nuevo escenario el reparto há

Além disso, em tensão com o processo de globalização, surge um processo antagônico denominado por DULCE (1997, p. 10-11) como “localização”, que consistiria no ressurgimento do local frente ao universal, um processo que prima pela afirmação e reivindicação das particularidades e identidades culturais, afrontando diretamente a soberania que fora usurpada e centralizada pelo Estado de Direito, fragmentando assim os centros de decisão jurídica e política. Nesse sentido, a tensão, no âmbito jurídico, entre os processos de globalização e localização daria margem a formulação de uma racionalidade jurídica pautada não mais numa razão jurídica universal, abstrata, totalizadora e auto-suficiente, mas em uma juridicidade policêntrica, dotada de múltiplos centros de decisão jurídica em um mesmo sistema jurídico (DULCE, 1997, p. 13).

Diante de tal contexto, WOLKMER (2001, p. 58-59) apresenta o período que se inicia com a crise do Estado de Bem-Estar, a partir dos anos 60/70, até o advento e ascensão do neoliberalismo e disseminação da globalização, como o último ciclo do monismo jurídico, que equivale ao esgotamento do paradigma da legalidade em função do constante desajustamento entre as estruturas sócio-econômicas e político-jurídicas, uma vez que os pressupostos que consolidaram o princípio da legalidade como um estatuto epistemológico, instaurados entre os séculos XVII e XVIII, e predominantes nos séculos XIX e XX, já não bastam para responder eficazmente às novas demandas político-sociais e a complexidade das contradições culturais e materiais do século XXI.

Dessa forma, uma vez que os paradigmas jurídico-políticos da modernidade não oferecem mais uma resposta eficaz diante das contradições oriundas de uma sociedade neoliberal-burguesa na qual o Capitalismo globalizado impera como força hegemônica e a soberania popular e produção do direito encontram-se engessadas na máquina estatal; afastando-se assim das práticas sociais cotidianas, da pluralidade dos novos conflitos coletivos, das manifestações extralegislativas, e de investigações interdisciplinares; um novo

cambiado: ya no es el Estado el que asume el peso de la función; amén de um amplio repertorio de instancias creadoras de juridicidad, al margen de la propia oficialidad estatal, el Estado há de convivir com agencias administrativas, corporaciones de derecho publico, que participan de redes normativas de carácter transnacional.

paradigma marcado por um pluralismo progressista de base democrático-participativo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais, e de corresponder às necessidades e carências dos sujeitos coletivos, surge como alternativa à crise dos paradigmas da modernidade (WOLKMER, 2001, p. 75-77).

1.2. A Alternativa Pluralista: o resgate da democracia participativa e da construção e tutela coletiva dos direitos humanos

Segundo SANTOS (2000, p. 236), o projeto da modernidade caracterizou-se, em suas raízes, pela busca do equilíbrio entre regulação e emancipação; os quais constituíram os pressupostos que serviram de base para a transformação da sociedade pré-moderna; cada qual sustentado por determinados princípios e racionalidades: o pilar da regulação fora constituído pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade, ao passo que a emancipação pauta-se pela articulação entre as racionalidades moral-prática do direito moderno, cognitivo-experimental da ciência e da técnica modernas, e estético-expressivas das artes e da literatura modernas. A partir de tais prerrogativas, o equilíbrio objetivado entre regulação e emancipação se obteria através da harmonização e relação dinâmica entre os princípios e racionalidades que compõem os pilares da regulação e emancipação (SANTOS, 2000, p. 236).

Porém, conforme se observou anteriormente, tal equilíbrio nunca foi alcançado, de forma que, à medida que o avanço da modernidade identificou-se com a trajetória do capitalismo, a regulação fortaleceu-se à custa da emancipação (SANTOS, 2000, p. 236).

Por um lado, no que condiz à emancipação, a racionalidade cognitivo-experimental da ciência e da técnica desenvolveu-se em detrimento das demais racionalidades e acabou por colonizá-las, como no caso do direito, onde a reflexão filosófica, sociológica e política foram reduzidas à ciência jurídica dogmática, dando margem a hegemonia epistemológica do positivismo, e, concomitantemente, ao monismo político-jurídico (SANTOS, 2000, p. 236).

Por outro lado, no âmbito da regulação, ocorreu um desenvolvimento hipertrofiado do mercado em detrimento do Estado

e de ambos em detrimento da comunidade (SANTOS, 2000, p. 237). Inicialmente, no período do capitalismo liberal, o desequilíbrio entre mercado e Estado ocorreu de forma mais acentuada; já num segundo momento, durante o capitalismo organizado, sob pressão da comunidade, houve um maior equilíbrio entre Estado e mercado; por fim, as práticas neoliberais acarretaram uma re-hegemonização do mercado e a colonização, por parte deste, dos princípios do Estado e da comunidade (SANTOS, 2000, p. 237).

Esse processo de colonização do Estado e da comunidade culminou na revalidação social, política e econômica do ideário liberal. Porém, esta revalidação se dá sob uma nova roupagem tida como neoliberal, gerando reflexos na esfera estatal e comunitária que se diferenciam daqueles do período do capitalismo liberal pós-revolucionário, uma vez que o atual “capitalismo desorganizado” busca privatizar o setor social, retirando o Estado da Seguridade Social ao mesmo tempo em que fortalece sua intervenção no domínio econômico a fim de tutelar os interesses das grandes corporações capitalistas, valendo-se inclusive da comunidade para legitimar a transferência dos serviços sociais do âmbito público estatal para o privado, como bem discorre SANTOS (2000, p. 255):

Trata-se de uma situação muito diferente da do período do capitalismo liberal, ainda que, também como ela, caracterizado pelo predomínio do princípio do mercado sobre o princípio do Estado. Diferente porque, no período liberal, não foi necessário privatizar o setor social do Estado, apenas foi necessário não deixar que ele emergisse; diferente porque, no período do capitalismo desorganizado, o predomínio do princípio do mercado tem uma forte dimensão ideológica que ajuda a legitimar a relativa retirada do Estado da prestação da providência social, ao mesmo tempo que oculta o fortalecimento, aparentemente contraditório, da intervenção do Estado na área econômica: a “proteção” e viabilização de empresas, os incentivos fiscais, o proteccionismo, ou a cobertura de situações de falência técnica muitas vezes engendradas por meios fraudulentos, em suma, o “Estado-Providência das empresas”. Por último, o

predomínio do princípio do mercado é agora diferente porque, ao contrário do que sucedeu no período do capitalismo liberal, faz apelo ao princípio da comunidade e às idéias que ele envolve, como, por exemplo, as de participação, solidariedade e autogoverno, para obter a sua cumplicidade ideológica na legitimação da transferência dos serviços da providência social estatal para o sector privado não lucrativo.

Diante disso, SANTOS (2008, p. 345) afirma que a crise do reformismo social inaugurado pelo Estado de Bem-Estar determinou o início de um novo movimento para a reforma do Estado que, a princípio, pautou-se paradoxalmente na idéia de que este era irreformável, considerando-o inerentemente ineficaz, parasitário, e predador. A única reforma legítima consistiria em reduzir o Estado ao mínimo necessário ao funcionamento do mercado, motivo pelo qual a primeira fase da reforma do Estado fora impulsionada pelas grandes instituições financeiras e pela ação dos países centrais, os quais se valeram de estratégias muito poderosas, como a dívida externa, o a privatização, a ameaça de colapso da seguridade social, entre outras (2008, p. 346-347).

Porém, como o próprio processo de desregulamentação implica na necessidade de intervenção estatal, o capitalismo neoliberal globalizado observou que não pode dispensar a força estatal, ainda que esta não compartilhe mais do mesmo perfil que o Estado de Bem-Estar (SANTOS, 2008, p. 347). Disso se apreende que não será reduzindo o Estado em quantidade que se resolverá a questão, mas sim mediante uma construção coletiva que fique a cargo dos diversos setores da sociedade com capacidade de intervenção no Estado, a fim de que a reforma opere no nível da qualidade e não da quantidade, não mais um reformismo social a cargo tão somente do mercado e do Estado, mas um reformismo estatal à cargo da comunidade (SANTOS, 2008, p. 347).

SANTOS (2008, p. 349) destaca que dentre as concepções que abordam essa “reinvenção do Estado”, o Estado-empresário surge como corrente dominante, tendo muitas afinidades com o neoliberalismo reducionista que dominou a primeira fase da reforma do Estado, reforçando a necessidade de articulação entre o princípio do Estado e o princípio do mercado, sob a tutela do último,

estimulando a concorrência entre os serviços públicos, a atenção primária a resultados e objetivos mais do que a regras, a descentralização do poder segundo mecanismos de mercado, e a transformação dos cidadãos em consumidores.

Por outro lado, o excesso de regulamentação que acompanhou o desenvolvimento do capitalismo à custa da emancipação, conviveu nas últimas décadas com movimentos emancipatórios que denotam a emergência de novos sujeitos coletivos na luta pela transformação social, caminhando assim para um reformismo estatal diverso que prima por formas organizativas diferentes daquelas preconizadas pela teoria liberal, otimizando a democracia em seu aspecto participativo ao invés de seu aspecto representativo, criticando a regulamentação social capitalista e radicando-se na sociedade civil ao invés de ocorrerem no marco do Estado (SANTOS, 2000, p. 256-261).

WOLKMER (2001, p. 122, 129) conceitua esses “novos movimentos sociais” como “sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de institucionalização, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”, que mesmo diante de sua heterogeneidade compartilham determinados valores, principalmente: identidade e autonomia.

O valor da identidade consiste no fato de os movimentos sociais serem defensores, representantes e promotores de determinados interesses de parcelas expressivas da sociedade, contrapondo-se a todas as formas de alienação e lutando para que, por meio da comunhão de interesses e experiências, tornem-se sujeitos de sua própria história (WOLKMER, 2001, p. 129-131). Por sua vez, o valor da autonomia manifesta-se na constituição de novas formas de ação, organização e consciência, tratando-se de um processo a ser construído coletivamente mediante a ação autônoma e independente dos sujeitos coletivos quando seus interesses não são atendidos ou reconhecidos pelas instâncias oficiais do Estado (WOLKMER, 2001, p. 131-132).

Ademais, os novos movimentos sociais não implicam na recusa da política, mas buscam ampliar esta para além do marco liberal da distinção entre Estado e sociedade civil, sendo que, de acordo com SANTOS (2000, p. 263), as novas energias emancipatórias oriundas destes movimentos sociais devem pautar-se pelo princípio da

comunidade rousseauiana, uma vez que apenas a partir de uma relação política horizontal, consubstanciada na dinâmica cidadão-cidadão, é que será possível a constituição de uma nova cultura política pautada por pressupostos de autonomia, autogoverno, descentralização, democracia participativa, cooperativismo e produção socialmente útil.

À medida que a democracia representativa e os demais instrumentos institucionais liberais-burgueses tornam-se inapropriados para tutelar a grande diversidade de interesses da sociedade, os movimentos sociais inauguram uma política pluralista e avançam rumo a promoção de uma práxis democrática, descentralizada e participativa (WOLKMER, 2001, p. 139). Porém, essa relação tensa ou distante entre a democracia representativa e a práxis democrático-participativa promovida pelos movimentos sociais pode gerar tanto reflexos positivos, como negativos. Positivos, pois é essa tensão e difícil convivência entre as duas formas de democracia que tem gerado em muitos casos as energias emancipatórias necessárias a reforma do Estado e ampliação do campo político (SANTOS, 2000, p. 265). Negativas, pois essa mesma tensão e distância são dois dos fatores responsáveis pela instabilidade, descontinuidade e incapacidade de universalização que acomete grande parte dos movimentos sociais, restringindo o impacto destes na política dos países em que manifestam-se (SANTOS, 2000, p. 264).

A partir desse impasse e diante do potencial avassalador do princípio do mercado é que SANTOS (2008, p. 363) aponta o Estado-novíssimo-movimento-social como uma segunda concepção de reforma do Estado que diverge do Estado-empresário e justifica-se pelo fato de que, nem o princípio do Estado, nem o princípio da comunidade podem garantir, isoladamente, a sustentabilidade de arranjos político-jurídicos de natureza não mercantil indispensáveis para que a vida em sociedade não se converta num fascismo social. A sustentabilidade de tais garantias fundamentais seria possível, isso sim, mediante um Estado-novíssimo-movimento-social que promova a articulação entre os princípios do Estado e da comunidade, explorando os isomorfismos existentes entre ambos (SANTOS, 2008, p. 363).

Essa nova organização política romperia com a premissa liberal que contempla o Estado como centro e guardião do interesse geral,

porém não resultaria num enfraquecimento do Estado, mas sim numa mudança na qualidade de sua força, uma vez que a descentralização promovida pela articulação entre os princípios do Estado e da comunidade retiraria do primeiro o controle da regulação social, mas o atribuiria do controle da meta-regulação, a qual consistiria na “seleção, coordenação, hierarquização e regulação dos agentes não estatais que, por subcontratação política, adquirem concessões de poder estatal” (SANTOS, 2008, p. 364). Nesses moldes, a luta política concentrar-se-ia na natureza, perfil e orientação política do controle dessa meta-regulação. Porém, tal conflito político passaria de um espaço público restrito à regulação estatal para um novo espaço público muito mais amplo que a esfera estatal, um espaço público não estatal e do qual o Estado, ainda que de forma privilegiada, é apenas um de seus componentes (SANTOS, 2008, p. 364).

A partir de tal premissa é que SANTOS (2008, p. 365) entende ser adequado conceber o Estado como novíssimo movimento social, tendo em vista que este passaria a caracterizar-se mais pela sua emergência enquanto principal agente do controle da meta-regulação do que pela sua coerência enquanto detentor do monopólio da regulação social. O Estado-novíssimo-movimento-social visa enaltecer a importância da participação popular, através de seus movimentos e organizações, na luta pelo controle democrático do Estado, de forma que foco central dessa nova organização política seria a estabilização mínima das expectativas populares que o Estado liberal teria deixado de garantir ao perder o controle da regulação social para o mercado (SANTOS, 2008, p. 365).

Contudo, tal proposta de organização social suscita a questão do risco que a institucionalização dos movimentos sociais pode trazer, pois uma institucionalização desvirtuada, mediante um processo de dominação formal, pode implicar na perda da autonomia e autenticidade de tais movimentos, o que leva à necessidade de redefinição do que seja a própria institucionalização, para que assim se evite tanto concepções que abordam a dinâmica dos movimentos sociais num ambiente exclusivamente e burocraticamente institucionalizado, como aquelas que contemplam os movimentos sociais dentro de uma esfera política absolutamente não-institucional, marcada por práticas auto-sustentáveis por si mesmas (WOLKMER, 2001, p. 142).

Segundo WOLKMER (2001, p. 142), a redefinição do termo “institucionalização” importa na admissão de práticas plurais, descentralizadas e não-formais dotadas de um “mínimo” de institucionalização dentro de toda ação humana coletiva, o que se diferencia da prática moderna, na qual a institucionalização baseia-se numa racionalidade técnico-instrumental, no legalismo formal e na democracia representativa.

No que tange aos movimentos sociais, o mais importante não diz respeito ao fato de serem institucionalizados ou não, mas ao potencial que estes devem possuir para romper com a cultura monista opressora e de constituírem uma práxis participativa que corresponda aos anseios da comunidade, como bem discorre WOLKMER (2001, p. 143):

Na pluralidade das experiências cotidianas, o ponto essencial dos movimentos sociais e das demais organizações comunitárias não-estatais não está na problemática de serem ou não institucionalizadas, mas na capacidade de romperem com a padronização opressora e de construírem nova identidade coletiva, de base participativa, apta a responder às necessidades humanas fundamentais.

Nessa esteira, desde que respeite a natureza, a autonomia, a dinâmica e a identidade das manifestações coletivas, a institucionalização não necessita ser erradicada, bastando com que esta se manifeste em graus distintos de formalização e contemple arranjos político-participativos auto-sustentáveis que sejam dotados ao menos de uma autonomia relativa em relação ao Estado, configurando assim um novo tipo de institucionalização, que, a exemplo do caráter emergencial do Estado-novíssimo-movimento-social de Boaventura de Souza Santos, seja caracterizado por sua mutabilidade, fluidez e circunstanciabilidade no espaço (WOLKMER, 2001, p. 143-144, 151).

Todavia, a passagem do Estado-empresário para o Estado-novíssimo-movimento-social deve dar-se com cautela para que o processo de transição democrática não resulte na passagem de um autoritarismo centralizado para um autoritarismo descentralizado (SANTOS, 2008, p. 333). Tal autoritarismo descentralizado

consistiria num fascismo social, de natureza plural, e que pode manifestar-se sob diversas formas, como a de um fascismo paraestatal²², ou a de um fascismo financeiro²³(SANTOS, 2008, p. 333-337, 366).

Faz-se necessário a construção de uma nova ação política democrática que, além de aliar os princípios do Estado e da comunidade, promova uma nova articulação entre democracia representativa e democracia participativa, para que assim seja possível garantir o potencial emancipatório de ambos os princípios do Estado e da comunidade frente aos fascismos sociais que cobiçam o espaço público não-estatal (SANTOS, 2008, p. 366). Assim, tal renovação democrática não deve recusar os princípios da democracia liberal, mas integrar estes a uma concepção mais abrangente que faça o uso contra-hegemônico da democracia representativa, primando assim por uma democracia mais ampla sem desqualificar a via eleitoral, porém buscando critérios distintos de representação política que não se restrinjam apenas ao aspecto quantitativo proveniente do voto, mas visem articular tal fator quantitativo com o aspecto qualitativo proveniente de práticas sociais como aquelas protagonizadas pelos movimentos sociais (SANTOS, 2009, p. 31-32).

Para além de uma renovação democrática, os movimentos populares também constituem o fundamento sócio-histórico dos direitos humanos, tendo em vista que estes são resultantes de processos de luta social, não sendo apenas concepções abstratas provenientes de filosofias jusnaturalistas positivadas no ordenamento jurídico, cujo reconhecimento de sua legitimidade acaba sendo monopolizado pela atividade estatal dentro de uma cultura monista (GALLARDO, 2006, p. 22-23).

Historicamente e ideologicamente, os direitos humanos têm sua

22 Quando determinados atores sociais muito poderosos usurpam as prerrogativas estatais de coerção e regulação social, de modo que a diferença de poder entre estes e o restante da população acaba fazendo com que a parte mais vulnerável aceite as condições que lhe são impostas pela parte mais forte, por mais onerosas ou despóticas que sejam (SANTOS, 2008, p. 337).

23 Promovido por movimentos financeiros constituídos por investidores individuais ou institucionais que condenam qualquer idéia de desenvolvimento nacional e levam ao extremo a intensificação da livre-concorrência mercantil no âmbito internacional (SANTOS, 2008, p. 366).

raiz na luta da burguesia comercial europeia, apoiada pelas massas, contra um Estado totalitário administrado por hierarquias religiosas e políticas (GALLARDO, 2006, p. 74). Porém, em que pese a burguesia ter originariamente constituído um movimento social emergente, esta se manteve como um movimento de oposição até o momento em que conseguiu reunir forças suficientes para moldar o poder político conforme seus interesses, valendo-se dos direitos humanos como uma de suas bandeiras ideológicas (GALLARDO, 2006, p. 75-76).

Nesse viés, a concepção moderna de direitos humanos arraigada pela burguesia europeia assenta-se num direito natural não mais proveniente de uma fonte divina ou cósmica, como defendia a doutrina clássica, mas que tem sua razão de ser na própria natureza humana, de modo que a condição humana garantiria ao indivíduo liberdades inatas e universais as quais o poder político não teria capacidade de intervir ou violar (GALLARDO, 2006, p. 24, 29-30). Dessa forma, sob o enfoque jusnaturalista, os direitos humanos seriam garantias inatas, provenientes da natureza humana, e independentes e anteriores às relações sociais, ou seja, a doutrina liberal jusnaturalista, erigida pelos teóricos da burguesia europeia dos séculos XVII e XVIII, buscou invisibilizar o conteúdo social que preenchia o fundamento sócio-político dos direitos humanos, para então determinar que o núcleo de tais garantias situa-se no indivíduo livre, racional, proprietário e, ao menos formalmente, igual (GALLARDO, 2006, p. 29-30).

Posteriormente, ao postular como únicas fontes legítimas de direito aquelas previstas pelo ordenamento jurídico por meio das constituições, leis e regulamentos, a doutrina juspositivista passou a reconhecer os direitos humanos não por serem naturais ou sagrados, mas por constituírem normas jurídicas positivadas e que podem ser reclamadas perante tribunais (GALLARDO, 2006, p. 35). Consequentemente, se deslocou o foco de legitimidade dos direitos humanos da condição individual humana para o Estado enquanto detentor do monopólio da soberania, mais uma vez esquivando-se de seu fundamento sócio-histórico proveniente das relações sociais (GALLARDO, 2006, p. 36).

Antes de prosseguir no embate, cabe destacar a distinção realizada pela doutrina entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Direitos humanos seriam aqueles indispensáveis à condição humana, cujo todo homem é titular, independentemente de sua condição social, sendo direitos de caráter supranacional; válidos para todos os povos e em todos os tempos; e pré-positivo; anteriores ao Estado e independentes de positivação; motivo pelo qual são considerados uma expressão do jusnaturalismo (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 40-45). Por sua vez, direitos fundamentais seriam direitos humanos reconhecidos pelos Estados e positivados no ordenamento jurídico destes através de suas Constituições, Leis e Tratados Internacionais, considerados fundamentais para o homem na vida em sociedade, porém limitados no tempo e espaço, assim sendo considerados afetos ao juspositivismo (SIQUEIRA JR; OLIVEIRA, 2007, p. 41-47).

Porém, como o objetivo do presente trabalho não se veicula a uma concepção jusnaturalista ou juspositivista, mas busca enaltecer o aspecto social da construção de tais garantias basilares, não se atará a uma discriminação entre categorias diferenciadas (direitos humanos/direitos fundamentais), abrangendo ambos os conceitos dentro do enfoque geral dos direitos humanos.

Dessa forma, diante de tais premissas, GALLARDO (2006, p. 53) afirma que, em que pese o jusnaturalismo e o juspositivismo consistirem nos critérios de legitimidade dominantes; tendo em vista que estas concepções observam que o fundamento dos direitos humanos encontra-se em pressupostos filosóficos e ideológicos, negando seu aspecto sócio-histórico; tais doutrinas demonstram-se autoritárias e tendem a agredir e controlar os setores populares bem como violar “legitimamente” os próprios direitos a que dão ensejo.

No caso do jusnaturalismo, ao apelar a valores eternos e universais, dá-se margem para a violação de valores considerados inferiores, como aqueles provenientes dos índios, homossexuais e empobrecidos (GALLARDO, p. 33). Por outro lado, uma vez que seu locus de enunciação é inteiramente jurídico-formal, o juspositivismo pode incluir no ordenamento jurídico exceções e violações “legais” aos direitos fundamentais, que somente podem ser tuteladas por vias jurídicas internacionais e interestatais, que não necessariamente atendem ao interesse popular, quando não vão contra o mesmo (GALLARDO, p. 37-38).

Para a reflexão teórica dominante, os direitos humanos “são” os direitos, ou seja, seu conteúdo básico é o “direito a ter direitos”, não

sendo mais que uma plataforma para se obter mais direitos, o que conduz a uma concepção simplista e retrógrada dos direitos humanos, fazendo com que a população tenha direitos sem mesmo ter capacidades e condições materiais adequadas para tanto (HERRERA FLORES, 2009, p. 33). Tendo em vista que os direitos humanos situam-se numa confluência estreita entre elementos ideológicos; advogados como universais; e preceitos culturais; que dizem respeito às condições e relações particulares nas quais as pessoas vivem; por mais que uma norma preveja a existência de determinada garantia fundamental, o acesso a tal benefício ou liberdade dependerá da realidade na qual se está inserido, o que facilita ou dificulta a fruição dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009, p. 41-44).

O direito opera dentro de uma lógica deôntica, ou seja, parte de um “dever ser”, de forma que, quando a linguagem dos direitos é utilizada para fixar direitos humanos, não se parte de uma premissa material de que “temos”, mas sim de que “devemos ter” tais garantias fundamentais, ou seja, a norma nada pode fazer por si só, a forma como esta será implementada depende do sistema de valores e dos processos de divisão do fazer humano que imperam na sociedade (HERRERA FLORES, 2009, p. 44-46). Dessa forma, se esse sistema de valores primar pelo público enquanto espaço necessário para a satisfação igualitária das necessidades e expectativas, assim será a natureza das normas que os atores sociais que se situam nesse sistema buscaram implementar, ao passo que, se a perspectiva predominante é aquela que visa integrar a satisfação dessas necessidades ao marco privado, tem-se um sistema de valores contrário à satisfação igualitária de tais interesses, vindo os atores sociais detentores do poder econômico a impor as normas que mais convenham com seu interesse particular (HERRERA FLORES, 2009, p. 46).

Nesse viés, BOBBIO (2004, p. 209) salienta que, no que tange aos direitos humanos, o que distingue o momento atual das épocas precedentes é a forma de poder que se sobressai perante todos os outros e reforça a necessidade da demanda por novos direitos, de modo que, assim como o poder religioso e o poder político foram os primeiros adversários na luta social pelos direitos, hoje o poder econômico é que prevalece como principal entrave a conquista de tais garantias fundamentais. Sob tal ótica, diferente dos direitos de liberdade, os direitos sociais acabam sofrendo com a virtualidade da universalidade na distribuição e gozo dessas garantias, diante da

desigualdade material existente na sociedade capitalista, sobretudo naquelas consideradas periféricas (BOBBIO, 2004, p. 65-66).

Além disso, o próprio reconhecimento e proteção dos direitos sociais tende a atrair um certo antagonismo por parte dos direitos de liberdade, uma vez que os primeiros exigem para sua realização prática uma ampliação dos poderes do Estado, ao passo que os últimos buscam limitar o poder do Estado (BOBBIO, 2004, p. 66). Porém, muitas vezes essa limitação visa atender aos interesses de mercado matizados no direito fundamental à autonomia e à propriedade, que em certas ocasiões contrapõem-se a determinadas prerrogativas sociais (BOBBIO, 2004, p. 67).

Esse antagonismo entre os direitos de liberdade e os direitos sociais é inerente ao que HERRERA FLORES (2004, p. 69) denomina como “o mal-estar da dualidade”, que consistiria na ambiguidade existente entre a exigência de uma esfera de autonomia livre de interferências estatais, e a necessidade de intervenção do Estado para evitar as consequências de um mercado capitalista predatório. Todavia, HERRERA FLORES (2009, p. 47) observa que a balança existente entre os direitos de liberdade e os direitos sociais tem pendido à favor dos primeiros, uma vez que esta pauta-se pelo sistema econômico dominante, qual seja, o neoliberalismo:

O sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca por cima as liberdades funcionais ao mercado e por baixo as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural. Desse modo, a aplicação efetiva das normas reconhecidas nas constituições ou nos diferentes ordenamentos jurídicos não serão aplicadas em benefício de um acesso igualitário aos bens, mas em função dos “valores” que afirmam tal sistema econômico, que tanta influência teve no desmantelamento do que nossa constituição denomina Estado Social.

Dessa forma, os direitos humanos acabam por ser legitimados a partir da lógica do modo de produção capitalista, vindo sua expansão e cumprimento a dependerem dos fluxos e interesses de uma economia neoliberal-capitalista (GALLARDO, 2006, p. 44,57).

Tal quadro agrava-se devido às fundamentações abstratas que

acabam defendendo uma cultura anti-humanista a qual postula que os direitos humanos são prerrogativas que estão além do marco das ações sociais, do próprio ser humano, consistindo em garantias universais as quais sua satisfação depende inteiramente de uma entidade que transcende à esfera humana, e que deveras vezes resumem-se a limites objetivos impostos a própria ação humana (HERRERA FLORES, 2004, p. 66).

Essa postura implica no que HERRERA FLORES (2004, p. 78) chama de “o mal-estar do individualismo abstrato”, que consiste na formação de indivíduos morais e irracionais os quais se mostram imóveis e passivos diante dos diversos embates oriundos de um contexto social tido como irracional por fugir da tradicional lógica formal-abstrata. Como consequência, tal fenômeno acaba dificultando o desenvolvimento de uma cultura constitutiva de direitos humanos que prime pela construção social e participativa de um marco de dignidade humana (HERRERA FLORES, 2004, p. 79).

Diante de tais perspectivas, observa-se que o principal desafio atinente aos direitos humanos diz respeito a uma cultura monista e abstrata que separa os direitos humanos de seu fundamento e ação social, bem como a distância entre o que se diz e o que se faz nessa esfera, uma vez que a organização capitalista não pode cumprir com as demandas básicas de direitos humanos, sobretudo no que tange ao seu caráter integral e universal, apenas satisfazendo estes de maneira aleatória e restrita (GALLARDO, 2006, p. 19).

Para escapar desta problemática, faz-se necessário o resgate de uma leitura sócio-histórica dos direitos humanos que os reconheça como o produto das lutas sociais promovidas pelos movimentos sociais mediante propostas de transferências de poder as quais devem ser estabelecidas na legislação e culturalmente assumidas para que tenham eficácia (GALLARDO, 2006, p. 37). Ou seja, é por meio da luta social que os direitos humanos adquirem sua legitimidade cultural, uma vez que não existem direitos humanos sagrados nem respeitados por inércia, mas sim direitos cujo caráter político exige a atenção permanente daqueles que os conquistaram, para que assim sejam mantidas as condições sociais e culturais necessárias para sua eficácia e reprodução (GALLARDO, 2006, p. 55).

Nesse sentido, o fundamento dos direitos humanos vincula-se à legitimidade das lutas sociais populares e à capacidade destas se radicarem na coletividade, ou seja, de convocar os outros segmentos

da população a essa luta (GALLARDO, 2006, p. 104).

Os direitos humanos não são um processo acabado e fechado, mas uma dinâmica aberta cuja evolução se dá mediante a criação de novos direitos e a reinterpretação e transformação daqueles já existentes (DULCE, 1997, p. 07). Atenta-se, portanto, que mais do que direitos dados e construídos definitivamente, os direitos humanos são processos, ou seja, “o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida” (HERRERA FLORES, 2009, p. 34). Partindo desse pressuposto, antes de preceitos legais, tratam-se de dinâmicas sociais que tendem a possibilitar as condições materiais e imateriais necessárias para o aferimento da dignidade humana, sendo que esta não se resume a um mero conceito abstrato, nem mesmo ao simples acesso aos bens, mas diz respeito ao “acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja “digna” de ser vivida” (HERRERA FLORES, 2009, p. 34-37).

Nesse sentido, em que pese os processos de luta social representados pelos direitos humanos tenham surgido historicamente a partir das revoluções burguesas e da disseminação e consolidação de novas filosofias e formas de produzir e distribuir bens; qual seja, o modo de produção capitalista e o liberalismo, cujo desenvolvimento deturpado por um capitalismo desorganizado resultaria no atual modelo neoliberal (HERRERA FLORES, 2004, p. 91,92); por defenderem uma concepção de dignidade isenta de qualquer valor político ou cultural, tais sistemas acabam dando margem a violação da própria dignidade humana (GALLARDO, 2006, p. 107).

Ademais, os direitos de liberdade preconizados pelo Estado Liberal e marcados por uma concepção individualista, universal e abstrata, tem se mostrado muito distantes de uma realidade social onde se destaca a ausência de igualdade material entre os seres humanos, e que também chama atenção pelo retrocesso na proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais, que se manifesta claramente através de situações dramáticas de fome, pobreza, analfabetismo, saúde, saneamento, entre outros fatores (DULCE, 1997, p. 49).

Contudo, as últimas décadas tem se caracterizado por um crescente processo de fragmentação e dismantelo das estruturas tradicionais do Estado-nação, paralelamente a um processo de descentralização dos centros de decisão política e jurídica, o que

tende a afrontar diretamente o princípio unificador da soberania nacional e dispersar esta entre as diversas instancias comunitárias (DULCE, 1997, p. 46-47).

Observa-se, portanto, que, a partir do final do século XX, vivencia-se um novo momento histórico que clama por uma nova perspectiva teórica e política no que tange não apenas às estruturas democráticas, mas também aos direitos humanos, dando-se início a novos processos de luta social que buscam denunciar a natureza individualista, essencialista, e monista da concepção liberal-burguesa dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2004, p. 95). Tal mudança de paradigma resta evidente na medida em que os diversos setores emergentes da sociedade civil passaram a exigir novos foros de participação e empoderamento, pondo em questão a concepção politicamente vazia de direitos humanos que é defendida pelo Estado neoliberal-capitalista (GALLARDO, 2006, p. 78).

Diante da emergência desse novo momento histórico; que busca reconfigurar o paradigma jurídico-político, e, concomitantemente, dar novo ensejo à dinâmica dos processos de luta social representados pelos direitos humanos; HERRERA FLORES (2009, p. 193) aponta a riqueza humana como o critério a ser observado para se estabelecer as bases de discussão e diálogo sobre direitos humanos entre as diversas culturas, bem como para determinar a prioridade de sua satisfação; uma vez que todos possuem a mesma importância; e rechaçar qualquer universalismo “a priori” que imponha critérios sagrados e indiscutíveis que se julguem anteriores e superiores a qualquer manifestação social. Deve se primar, portanto, pelo desenvolvimento de um universalismo “a posteriori”, de chegada, onde todas as culturas possam contribuir com sua visão e necessidades dentro de um mesmo plano de igualdade material, e não a partir de uma mera simetria formal (HERRERA FLORES, 2009, p. 193). Assim sendo, segundo o autor:

A única definição defensável é a que visualiza os direitos como sistema de objetos (valores, normas, instituições) e de ações (práticas sociais, institucionais ou não) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana [...] Os direitos devem ser vistos, e postos em prática, como produtos de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas para “ajustar” a realidade

em função dos interesses mais gerais e difusos de uma formação social, quer dizer, os esforços por buscar o que faz com que a vida seja digna de ser vivida. Sem imposições. Sem dogmas [...] Devemos, portanto, nos armar com conceitos e formas de práticas que tendam a conquistar a maior quantidade possível de “espaços sociais” de democracia; espaços onde os grupos e os indivíduos encontrem possibilidades de formação e de tomada de consciência para combater a totalidade de um sistema caracterizado pela reificação, formalismo e fragmentação (HERRERA FLORES, 2009, p. 193-194).

Entretanto, deve-se atentar para que este processo sócio-histórico participativo, ao buscar implementar um universalismo “a posteriori”; pautado pelo critério da riqueza humana; e romper com a concepção tradicional universalista “a priori” dos direitos humanos, não acabe culminando num relativismo que absolutize completamente as diferentes perspectivas a ponto de esquecer-se da necessidade de um horizonte comum, levando a uma imposição dos valores de uns sobre outros, o que se aproximaria, em muito, da antiga concepção universalista abstrata e tornaria impossível alcançar qualquer tipo de universalismo “a posteriori” construído dentro de um plano democrático-participativo que prime pela igualdade material (EBERHARD, 2004, p. 165).

Do que se analisou até o momento, nota-se que a fonte jurídica por excelência encontra-se nas relações sociais e nas necessidades fundamentais materiais, subjetivas e culturais almeçadas pela coletividade diante do contexto sócio-político-econômico vivenciado (WOLKMER, 2001, p. 152). Ocorre, portanto, uma inversão na interpretação do desenvolvimento histórico: enquanto da sociedade medieval até o advento do Estado moderno observa-se um processo de concentração do poder e de estatização da sociedade, a partir da sociedade industrial dá-se um processo inverso, caracterizado pela fragmentação do poder central, participação popular e socialização do Estado (BOBBIO, 1999, p. 16).

Nesse viés, por basearem-se na pluralidade, descentralização, participação, autogestão, no espírito crítico e na solidariedade, os movimentos sociais acabam portando os valores que fundamentam as necessidades da vida cotidiana (DULCE, 1997, p. 09). Tais

características tornam uma contingência natural reconhecer nos movimentos sociais uma fonte não-estatal de direitos emergentes e autônomos, que não se identificam com aquele previsto na legislação dogmática, pois não se tratam de direitos estáticos, desatualizados e que não correspondem aos anseios da coletividade, mas são direitos de caráter dinâmico, frutos de uma atividade democrática e participativa (WOLKMER, 2001, p. 156-157).

Tendo em vista a necessidade de uma renovação democrática e jurídica que prime pela via participativa e reconheça as relações sociais e as necessidades básicas como o principal fundamento dos direitos humanos, caminha-se rumo a um novo paradigma consubstanciado num pluralismo de cunho participativo que, ao reconhecer os movimentos sociais e demais manifestações populares como fonte de produção jurídica e privilegiar uma leitura sócio-histórica dos direitos humanos, busca expressar a vontade da sociedade como um todo dentro de um enfoque participativo, assim como ser funcional na realização das aspirações populares e na justa satisfação das necessidades humanas sob um prisma de igualdade material (CÁRCOVA, 1998, p. 101).

Nesse sentido, WOLKMER (2006, p. 184) apresenta o pluralismo jurídico como um novo referencial contra-hegemônico de regulamentação capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais captadas de novos sujeitos sociais que emergem diante das carências e necessidades oriundas de uma sociedade periférica marcada por uma esfera precária de igualdade:

A proposta de juridicidade pensada para a virada deste milênio se alicerça num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais, engendradas por carências e necessidades advindas de novos sujeitos sociais, e de captar as representações legais de sociedades emergentes, marcadas por estruturas de igualdade precárias e pulverizadas por espaços de conflitos permanentes.

Diferente da tradição jurídica moderna; que nega ou marginaliza qualquer manifestação plural que não coincida com o direito estatal, assim como não reconhece a possibilidade de outras fontes de proteção e criação do direito, entendendo que tais funções

seriam um atributo exclusivo do Estado; o pluralismo jurídico prima pela coexistência de vários sistemas jurídicos num mesmo espaço sociopolítico (DULCE, 1997, p. 32). Ou seja, o pluralismo jurídico reconhece a coexistência de diversos sistemas de regulação social e de várias instâncias de resolução de conflitos que não coincidem necessariamente com o direito estatal, podendo inclusive divergir deste de forma incisiva (DULCE, 1997, p. 33).

Ao enfatizar que o ordenamento jurídico não se reduz a normas abstratas, mas equivale ao conceito de instituição, de modo que “o aspecto fundamental e primário do direito é determinado pela instituição em que ele se concretiza e não pelas normas ou, em geral, pelos preceitos através dos quais ele age” (ROMANO, 2008, p. 87-90, 94), o jurista italiano, Santi Romano, manifesta-se sob o viés de uma concepção pluralista, rompendo com a tradição jurídica monista de até então. Segundo o referido autor, o direito não se resume à norma fixada pela organização social, embora seja a organização social que, dentre suas diversas manifestações, também impõe a norma como direito (ROMANO, 2008, p. 95). Além disso, tendo em vista que o direito é o alicerce de toda instituição, e que, a instituição, entendida como todo ente ou corpo social; ou seja, não abstrato, mas real e efetivo; é sempre um regime jurídico, embora não necessariamente estatal, toda manifestação social, devido ao fato de ser social, é ordenada, e, portanto, fonte de produção do direito (ROMANO, p. 77, 83, 92, 128).

Da mesma forma, por ser uma comunidade organizada, o Estado é apenas um dos diferentes ordenamentos jurídicos situados na realidade social, sendo apenas uma espécie do gênero “direito” (ROMANO, 2008, p. 141). Isso resulta no fato de que mesmo os corpos sociais tidos como ilícitos ou ignorados pelo Estado não deixam de ser qualificados como instituições jurídicas, vindo sua eficácia a ser definida de acordo com sua constituição, meios e fins, ao passo que sua representatividade depende do quão forte e autoritário é o Estado (ROMANO, 2008, p. 149-150). Ademais, é possível também existirem entidades devidamente reguladas pelo aparelho estatal, mas que acabam criando para si um ordenamento jurídico próprio, interno, que diverge daquele que lhes fora atribuído pelo Estado, certas vezes até contrapondo-se ao ordenamento jurídico estatal (ROMANO, 2008, p. 151-152).

Assim, o pluralismo trata-se de uma concepção ampla de

juridicidade que privilegia uma perspectiva descentralizadora e antidogmática em relação ao direito, defendendo a primazia dos aspectos éticos, políticos, e sociológicos sobre os fundamentos técnico-formais do direito moderno, o que permite ao pluralismo trabalhar de forma mais eficaz e coerente as dinâmicas oriundas da sociedade atual, uma vez que se apresenta como um dado real embasado em carências materiais, ao passo que a tradicional cultura monista tem se expressado cada vez mais como uma ficção jurídica (DULCE, 1997, p. 37). Nesse sentido, ao desmascarar o mito do monismo, o pluralismo jurídico mostra-se um paradigma capaz de contribuir para a construção de uma concepção pós-moderna dos direitos humanos que prime pelo aspecto coletivo frente ao individual, bem como resgate uma leitura sócio-histórica de tais garantias fundamentais (DULCE, 1997, p. 32).

Dessa forma, o pluralismo pode ser designado como “a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (WOLKMER, 2001, p. 171-172). Daí apreende-se que o pluralismo pode desenvolver-se em diversas esferas (sociológica, política, econômica, jurídica), dentre as quais convém destacar para o presente trabalho aquela atinente ao pluralismo jurídico, o qual WOLKMER (2001, p. 219) define como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”. Ademais, DULCE (1997, p. 36) destaca algumas das características mais presentes nas concepções de pluralismo jurídico, dentre estas: a) o rechaço a identificação do direito com a lei; b) o rechaço do monopólio jurídico estatal; c) o rechaço ao mito unificador do monismo tecno-formal; d) o reconhecimento da descentralização do direito estatal.

A partir destas considerações, observa-se que o pluralismo jurídico é um fenômeno cuja natureza não implica em negar ou minimizar o direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas manifestações jurídicas da sociedade (WOLKMER, 2006, p. 188). Dessa forma, o pluralismo jurídico pode ocorrer tanto a partir de práticas não-oficiais/informais, como por meio de práticas normativas oficiais/formais, o que possibilita ao pluralismo jurídico

ter por objetivo também o desenvolvimento de práticas normativas autônomas produzidas por diferentes sujeitos sociais de forma complementar, porém reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado (WOLKMER, 2006, p. 188).

Pode-se falar, portanto, tanto na existência de “pluralismo jurídico estatal”, como na de um “pluralismo jurídico comunitário” (WOLKMER, 2001, p. 224). Enquanto o primeiro admite a presença de diversos corpos sociais semi-autônomos em relação a um poder político centralizador, bem como de diversos sistemas de resolução de conflito estabelecidos verticalmente e hierarquicamente com base em critérios de eficácia, o segundo manifesta-se em espaços sociais formados por sujeitos coletivos dotados de identidade e autonomia próprias, e que se mantém independentemente do controle estatal (WOLKMER, 2001, p. 224-225).

Dessa forma, observa-se que a luta social desencadeada pelo pluralismo se faz presente tanto no interior do direito oficial, como na esfera estritamente não-oficial, porém, em ambos os casos, a irradiação de uma práxis pluralista depende do controle cidadão e social das decisões jurídico-políticas e do alcance, recepção e satisfação de tais deliberações na sociedade (GALLARDO, 2006, p. 97).

Nesse sentido, para a implementação de um novo paradigma político e jurídico calcado num pluralismo de natureza estatal ou comunitária, faz-se necessária uma práxis democrática que possibilite a criação de um espaço social descentralizado e participativo, o qual possibilite a efetiva participação e controle por parte dos movimentos e grupos comunitários, entendendo-se por comunitários, determinadas formações sociais dotadas de características singulares, interesses comuns e identidade própria, que, em que pese situarem-se num contexto marcado por consensos e dissensos, partilham de um mesmo espaço geográfico, perfil ideológico e carências materiais (WOLKMER, 2001, p. 249-253).

É através de uma nova práxis plural que se instituirá uma cidadania coletiva a qual; diferente da concepção moderna de cidadania, individualista e cujo aspecto participativo limita-se ao sufrágio; vise a participação concreta e democrática dos diversos segmentos da sociedade na tomada de decisões e solução dos problemas, mediante a descentralização de competências e criação de novos mecanismos de controle sobre a atividade do Estado

(WOLKMER, 2001, p. 255). Sob este enfoque, WOLKMER (2001, p. 258-259) destaca o “sistema de conselhos” como a forma mais autêntica de participação, deliberação e controle social:

Não resta dúvida de que a forma democrática mais autêntica de participação, deliberação e controle é o “sistema de conselhos”, disseminado nos diferentes níveis da esfera e do poder local (bairro, distrito e município). A estrutura geral dos conselhos, que pode também compreender “comitês de fábrica”, “comissões mistas” de espécies distintas ou “juntas distritais”, é por excelência, a efetivação maior do arcabouço político de uma democracia pluralista descentralizada, assentada na “participação de base” e no poder da “autonomia local”. O “sistema de conselhos” propicia mais facilmente a participação, a tomada de decisões e o controle popular no processo de socialização, não só na dinâmica do trabalho e da produção, como igualmente na distribuição e no uso social.

MACPHERSON (1978, p. 110) manifesta-se no mesmo sentido, apontando que o modelo mais simples e apto a configurar uma democracia de cunho participativo seria um sistema piramidal com democracia direta na base e democracia por delegação nos níveis posteriores. Partir-se-ia, assim, de uma estrutura de base com caráter eminentemente participativo; consubstanciada num conselho local de natureza deliberativa, em que as decisões devem pautar-se pelo consenso majoritário; passando para a instância seguinte, de âmbito regional, na qual delegados, eleitos diretamente pelos membros do conselho local, e suficientemente instruídos para exercer tal função, devem deliberar acerca da temática atinente a natureza do conselho, sendo diretamente responsáveis para com os membros do conselho de nível inferior que o elegeram, sob pena de não reeleição, observando-se o mesmo nos conselhos superiores, de âmbito estadual ou nacional (MACPHERSON, 1978, p. 110-111).

Contudo, num sistema de conselhos escalonado sob a forma de uma pirâmide de poderes difusos e interpostos, faz-se necessário que as bases desse sistema disponham de meios eficazes para expressar sua opinião, pressionar e controlar os conselhos de nível superior ao

âmbito local, pois “a convergência dos poderes democráticos tem de levar em conta, sobretudo, a participação comunitária, o controle dos cidadãos e a representação vinculante dos interesses em novo espaço público, cujo palco privilegiado é o poder local” (WOLKMER, 2001, p. 259-260). Apenas mediante a interação de instâncias de democracia direta de base com instâncias de democracia por delegação é que se estará avançando e ampliando um processo de pluralismo de cunho participativo que resgate uma concepção sócio-histórica dos direitos humanos e rompa com um monismo abstrato.

O sistema de conselhos pode configurar como uma estratégia pluralista de médio prazo capaz de reformular e ampliar determinados procedimentos paralegais e extrajudiciais no âmbito do próprio ordenamento jurídico oficial, pautando-se por um direito mais justo e equânime, não abdicando a presença do aparelho estatal, mas possibilitando avançar-se rumo a um modelo pluralista de longo prazo capaz de promover mudanças e rupturas que edifiquem as bases de um pluralismo jurídico de cunho comunitário-participativo que prime por fundamentos de efetividade material e formal capazes de corresponder as necessidades cotidianas e anseios do povo (WOLKMER, 2011, p. 307). Em suma, o sistema de conselhos permite caminhar, democraticamente, a uma legalidade diversa, porém, sem negar ou abolir manifestações normativas estatais (WOLKMER, 2011, p. 307).

Todavia, MACPHERSON (1978, p. 102-103) indica dois pressupostos para que um modelo pluralista que contemple a democracia participativa, como é o caso do sistema de conselhos, se efetue: a) a mudança da consciência do povo, que, de um modo de agir e pensar apático e essencialmente consumidor, deve passar a enxergar-se e agir como ator social capaz de executar e contribuir para com o desenvolvimento político e social; b) a diminuição da desigualdade social e econômica, pois, na medida em que a desigualdade é aceita, o sistema político-partidário não-participativo também será aceito, uma vez que este tende a manter a sociedade coesa à favor daqueles que preferem sua estabilidade ao invés da mudança. Porém, tais pressupostos apontam para um ciclo vicioso: “não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática”

(MACPHERSON, 1978, p. 103).

Entretanto, a consciência cada vez maior acerca dos ônus trazidos por uma política neoliberal, aliado aos reflexos de um capitalismo predatório que reproduz a desigualdade ao satisfazer as expectativas do consumidor, bem como ao aumento da consciência a respeito dos custos da apatia política, indicam alguns pontos fracos nesse ciclo vicioso que acabam contribuindo para o desenvolvimento das condições necessárias para se atingir a democracia participativa, e, concomitantemente, implicam no declínio do agir e mentalidade consumista, na diminuição da desigualdade, e no aumento da participação social (MACPHERSON, 1978, p. 109).

Nesses moldes, o pluralismo jurídico pode configurar-se como um projeto emancipatório na medida em que privilegia a atuação de novos sujeitos coletivos compostos por movimentos sociais que buscam a satisfação de um complexo sistema de necessidades que abrange exigências valorativas, bens materiais e imateriais, resgatando uma leitura sócio-histórica dos direitos humanos e possibilitando uma reordenação do espaço público individual e coletivo, primando por novas formas de ação humana que postulem políticas democráticas de base, mediante instrumentos de participação e controle social, gestão descentralizada, exercício do poder local ou municipal e a construção de sistemas de conselhos (WOLKMER, 2006, p.192-194).

Tal proposição deve assentar-se a partir de uma ética da alteridade que não se prenda a juízos universais *a priori* ou a valores individualistas, mas que emergja das necessidades dos segmentos excluídos e prime por uma racionalidade de caráter emancipatório, que insurge de uma realidade fática, concreta, e não de um discurso meramente fictício, sendo capaz de emancipar os oprimidos, os injustiçados e os expropriados, bem como de construir uma identidade cultural (WOLKMER, 2006, p. 195-196).

Ademais, o caminho para uma práxis emancipatória não deve dar-se através da mera propaganda libertadora; uma vez que o simples ato de depositar a crença de liberdade nos oprimidos não é suficiente para converter sua relação de dependência, indiferença e apatia em independência e autonomia; o fundamento da luta dos novos sujeitos coletivos não deve tratar-se de uma doação, mas deve ser fruto de sua conscientização enquanto atores sociais (FREIRE, 1987, p. 55-56). Um pluralismo emancipatório deve calcar-se num

diálogo mútuo que permita que todos sejam capazes de identificar as carências e necessidades uns dos outros, assim como de analisarem a dinâmica sócio-jurídico-política do passado e do presente, para que o futuro seja possível de construir-se coletivamente (EBERHARD, 2004, p. 167).

Por outro lado, deve-se ter cautela com o que MACPHERSON (1991, p. 126-131) denomina de “pluralismo possessivo”, um pluralismo de teor conservador que defende uma sociedade de mercado, tendo como objetivo atender às reivindicações que os indivíduos, enquanto consumidores têm e podem expressar. O pluralismo possessivo identifica as necessidades fundamentais do ser humano com aquelas que efetivamente se manifestam dentro de uma lógica de mercado, motivo pelo qual este não possibilita o desenvolvimento de um novo marco de emancipação, uma vez que os grupos possessivos não são internamente participativos, pois seus líderes, à semelhança dos partidos políticos, precisam de um espaço de manobra maior e não podem ficar presos às decisões tomadas nas instâncias de base, tendo em vista que sua principal preocupação é conciliar o capitalismo monopolista com as reivindicações dos consumidores (MACPHERSON, 1991, p. 126-131).

Trata-se, portanto, de um pluralismo que se articula com a lógica universalizante da *lex mercatória*, em suma:

Resulta do surgimento de normas que regulam o comportamento das corporações internacionais, criadas por elas mesmas para resolver seus conflitos de competição comercial ou territorial e mediante as quais chegam a uma solução mais rápida, segura é previsível que a que poderia prover o procedimento ordinário, intrincado e lento, da jurisdição estatal (CÁRCOVA, 1998, P. 109).

ROTH (1996, p. 26) identifica esse pluralismo de caráter conservador como uma forma de neofeudalismo, tendo em vista que, diante da ausência de uma instituição legitimamente dotada de um poder de coação jurídica efetivo no nível internacional, são as corporações internacionais que, tão somente a partir dos seus próprios interesses comerciais, moldam o quadro jurídico que regulamentará a vida social. Concomitantemente, através da proliferação de

mecanismos de auto-regulação econômica, a política, enquanto foro privilegiado de deliberação social, acaba tendo seu papel comprometido, dando margem para que o mercado conquiste espaço no âmbito da regulação social, e, conseqüentemente, que as decisões sócio-políticas tornem-se condicionadas à interesses macroeconômicos de caráter particularístico, o que conduz à uma fragmentação e privatização das funções públicas (FARIA , 1996, p. 142).

Observa-se, assim, uma dupla perspectiva no que diz respeito ao desenvolvimento de um pluralismo que rompa com o monopólio estatal da produção do direito, podendo este manifestar-se em prol de uma práxis emancipatória ou conservadora.

No que tange ao cenário jurídico-político brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) consagra em seu artigo primeiro, incisos II e V, a cidadania e o pluralismo político como alguns de seus fundamentos, bem como prevê a democracia direta no parágrafo único do mesmo artigo primeiro, possibilitando, assim, o exercício da soberania popular mediante determinadas vias institucionais (BRASIL, 2010a). Contudo, o próprio artigo primeiro da CRFB inicia mencionando que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios, e do Distrito Federal, e não pelo povo brasileiro, sendo que este não existe juridicamente, mas trata-se de um conceito esparso e diluído na concepção de Estado Democrático de Direito (PILATI, 2010, p. 05-07). Da mesma forma, o artigo 14 da mesma carta constitucional também restringe a democracia direta ao voto e outros mecanismos cujo poder de decisão escapa ao controle popular e acaba reservado à instâncias representativas, o que configura um sistema voluntarista, uma vez que a tutela coletiva não se encontra mais nas mãos da sociedade, mas trata-se de uma alçada exclusiva de autoridades representativas (PILATI, 2010, p. 05-07).

Por outro lado, a livre iniciativa também constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 2010a). Porém, o interesse individual econômico acaba sendo posto num plano de ação muito mais concreto que o interesse público e coletivo, que, por sua vez, situam-se num plano de reação limitado a um processo burocrático-representativo, de modo que, enquanto os particulares agem livremente sob a tutela ou benefício do Estado, ou, determinadas vezes, à margem do próprio direito estatal, o interesse

público e coletivo acabam acorrentados a um aspecto muito mais técnico-formal e a mercê do voluntarismo oficial do poder público, que, uma vez tendo monopolizado a soberania, age como representante do povo (PILATI, 2010, p. 05).

Ademais, ainda no que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, a marginalização do aspecto coletivo também pode ser observada através da classificação dos bens jurídicos, onde mais uma vez prevalece a perspectiva liberal moderna, vindo o artigo 98 do Código Civil Brasileiro a dispor: “São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencem” (BRASIL, 2010b).

Disso abstrai-se uma visão dualista que se omite quanto aos bens de titularidade coletiva, os quais não pertencem a pessoas jurídicas de direito público, muito menos a particulares ou entidades privadas, mas consistem em bens da comunidade, fruto do labor e da experiência cultural da sociedade (saúde, meio ambiente, educação, segurança, cultura, entre outros) (PILATI, 2011, p. 100). São bens jurídicos cuja defesa não pode restringir-se ao monopólio do Estado, ou de agências estatais, nem resumir-se à observância de uma função social oriunda das diversas interfaces que possuem com direitos públicos e privados, mas que devem constituir-se em direitos subjetivos ao alcance da coletividade, legítima titular desses direitos (PILATI, 2011, p. 103). Tratam-se de bens que não são regidos pela lógica econômica, mas pela dignidade humana, motivo pelo qual são bens de caráter extrapatrimonial, imprescritíveis e insuscetíveis de apropriação ou disposição pública ou privada, deles podendo se dispor apenas coletivamente, o que demanda um resgate da República Participativa e a profusão de leis participativas, ou seja, substituir o monismo pelo pluralismo jurídico (PILATI, 2011, p. 101-103).

Dessa forma, em que pese grande parte das autoridades ainda limitarem-se às práticas do individualismo liberal, a criação de novas instâncias de decisão, dotadas de um amplo caráter participativo, faz-se necessária para um novo constitucionalismo que contemple devidamente o interesse coletivo, e, concomitantemente, possibilite a transição do paradigma da modernidade para uma pós-modernidade, como bem vislumbra PILATI (2011, p. 121):

Sob o novo constitucionalismo, nada se licencia
ou decide sem o devido processo legal

participativo, sempre que a decisão esbarre em interesse ou bem coletivo. Por enquanto são comuns as resistências de autoridades e pessoas que preferem as velhas práticas do individualismo; mas tudo é questão de tempo e transição: a magnitude dos problemas da Pós-Modernidade impõe, naturalmente, a construção das novas estruturas de decisão, nas instâncias: legislativa, judicial e administrativa.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico brasileiro ainda comporta em sua dinâmica instâncias de democracia direta previstas dentro do direito oficial, como os diversos sistemas de conselhos (conselhos de saúde, educação, tutelar, etc.). Em sua conjuntura, os conselhos manifestam-se como um sistema piramidal com democracia direta na base (conselhos locais/ municipais) e democracia por delegação nos níveis superiores (regionais, estaduais, nacionais), possibilitando o desenvolvimento de um pluralismo jurídico de teor emancipatório que prime pela satisfação das necessidades e carências humanas fundamentais, resgatando a construção coletiva, sócio-histórica, dos direitos humanos, assim como a democracia participativa na tutela de bens jurídicos de titularidade coletiva. Assim, segundo PILATI (2011, p. 98-99), “nesses espaços de competência participativa, as instituições, Poderes e esferas da República Representativa têm suas funções alteradas: no lugar da autocracia pura e simples, a colaboração em dimensão de assembléia, de ágora, na qual a decisão final é da coletividade soberana”.

Uma vez tendo se analisado os requisitos para um novo paradigma que possibilite uma cultura plural e participativa em matéria de direitos humanos de natureza coletiva, importa para o presente trabalho analisar a estrutura de regulamentação em saúde, tanto sob o viés público; mediante o sistema de conselhos de saúde; como “privado”; através da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); buscando verificar se tais instâncias regulamentais desenvolveram-se no sentido de possibilitar um pluralismo jurídico de cunho emancipatório, um pluralismo jurídico de teor possessivo, de mercado, ou ainda, se estas mantêm-se adstritas a um monismo jurídico estatal. Para tanto, antes de observar a dinâmica estrutural de tais instâncias, deve-se ater ao desenvolvimento histórico dos setores

público e “privado” de saúde, para assim observar-se como estes se manifestaram diante do avanço de uma sociedade neoliberal-capitalista.

2. O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) inaugurou no país um novo paradigma no que tange às ações e serviços de saúde. Além de consagrar a saúde como um direito social, a CRFB buscou implementar tal garantia fundamental através de um Sistema Único de Saúde (SUS) descentralizado e hierarquizado, regido por princípios que primam pelo acesso universal, integral e igualitário às ações e serviços de saúde, assim como prevê a gestão participativa das políticas destinadas ao setor.

Contudo, em que pese os serviços públicos de saúde serem efetuados através de um sistema “único”, a CRFB abriu margem para que a iniciativa privada atuasse no setor, podendo a exploração econômica dos serviços de saúde se dar através de duas modalidades distintas: complementar ou suplementar. A assistência complementar ocorre quando o prestador de serviços de saúde atua dentro das diretrizes do SUS, através de contrato de direito público ou convênio, dando-se preferência às entidades filantrópicas ou sem fins lucrativos (SILVA, 2005, p. 23). Por sua vez, a assistência suplementar atua sem possuir uma vinculação direta com o SUS, através de consultórios, laboratórios, clínicas e hospitais particulares, ou de planos e seguros privados de saúde (SILVA, 2005, p. 23).

Dessa forma, a atuação da iniciativa privada no âmbito da saúde se dá de forma suplementar à rede pública quando seu acesso é garantido apenas àqueles que tiverem condições financeiras de contratar seus serviços, sendo as contraprestações sanitárias delimitadas através de um contrato privado, bilateral e de adesão, estabelecido entre o agente econômico e o particular interessado na contratação de seus serviços.

Diante de tal quadro, observa-se dois paradigmas opostos no que tange à assistência à saúde. Por um lado, tem-se um direito fundamental regido por princípios e diretrizes de direito público através de um sistema de saúde consagrado como “único” e que prima pelo acesso gratuito, universal, igualitário e integral aos serviços de saúde. Por outro lado, tem-se um “produto”²⁴ a ser

²⁴ A Lei n. 9.656/96 aplica à saúde a lógica de um bem de consumo, entendido

explorado pela iniciativa privada, cujos limites de sua eficácia encontram-se, à princípio, firmados num contrato estabelecido entre agentes econômicos e particulares mediante prestação pecuniária.

Nesse sentido, o segundo capítulo do presente estudo busca analisar o desenvolvimento do mercado de saúde suplementar paralelamente à conquista do SUS e do Direito à Saúde enquanto garantia fundamental, destacando a expansão de ambos os setores, público e “privado”, ao longo do avanço de uma sociedade neoliberal e capitalista. Para tanto, o capítulo foi trabalhado dentro da perspectiva de dois momentos que permearam a arena política brasileira ao longo do século XX: um primeiro atinente à concepções monistas, autoritaristas, centralizadoras e seletivas; e um segundo marcado pela aproximação à ideais pluralistas, democráticos, descentralizadores e universalistas.

2.1. Monismo, autoritarismo, centralização e seletividade: o avanço do sistema médico-previdenciário e o início da Reforma Sanitária.

No início do processo de colonização do Brasil, o homem branco europeu trouxe consigo várias mazelas que acabaram por disseminar-se entre os nativos sul-americanos, como o sarampo e varíola, sendo que os indígenas na ocasião de doenças recorriam aos costumes locais, valendo-se da medicina natural e do xamanismo, realizado através do pajé da tribo, que era tido como um intermediário das divindades nativas (FIGUEIREDO, 2006, p. 107). Todavia, os primeiros documentos sobre a atividade médica profissional no Brasil datam de 01.05.1500, fazendo menção ao primeiro profissional da área que aportou na recém invadida colônia, conhecido como “Mestre João”, médico membro da frota de Pedro Álvares Cabral²⁵ (FIGUEIREDO, 2006, p. 107).

este como sinônimo de mercadoria a ser negociada, vindo a referida lei a valer-se do termo “produto” para denominar e classificar determinados serviços de assistência suplementar à saúde (BRASIL, 2010c).

²⁵ Curiosamente, além de exercer o ofício da medicina, Mestre João era a físico e astrólogo, demonstrando assim o caráter interdisciplinar característico da formação acadêmica da época (FIGUEIREDO, 2006, p. 107).

Ao decorrer da colonização portuguesa, foram instalados os primeiros estabelecimentos de saúde, fundados por fidalgos conhecidos popularmente como “homens bons”, que eram associados às Irmandades de Misericórdia, sendo estas compostas por pessoas de formação católica que realizavam obras sociais, até então negligenciadas pela Coroa Portuguesa (FIGUEIREDO, 2006, p. 107). Os primeiros serviços de saúde prestados por entidades privadas remontam as Santas Casas de Misericórdia, instituições filantrópicas fundadas por Brás Cubas em 1543, que se mantiveram como principais mantenedoras dos serviços de saúde no Brasil até meados do século XX, quando até então não havia um sistema público de saúde (VILARINHO, 2003, p. 51).

No entanto, a vinda de D. João VI para o Brasil, em 1808, marcou um período de grandes transformações na infra-estrutura do país, abrangendo também questões relacionadas à saúde pública, sendo que o Rio de Janeiro; sede provisória do império português e principal porto brasileiro; tornou-se o principal centro das ações sanitárias, como a “abertura dos portos brasileiros às nações amigas”, considerado o marco inicial da vigilância sanitária no Brasil, cabendo ao Provedor-mor da Saúde o controle sanitário dos portos (BRASIL, 2007a, p. 04).

Porém, constata-se que, apesar das primeiras iniciativas sanitárias estatais realizadas durante o Período Imperial, estas não obtiveram o êxito almejado, tendo em vista o interesse primordial em manter um controle sanitário na capital do Império em detrimento de uma política sanitária que contemplasse as demais províncias. Entretanto, destaca-se que neste mesmo período passou-se a ter um maior e mais organizado controle institucional sobre a saúde, como as primeiras ações efetivas de vigilância sanitária e a criação dos primeiros cursos de medicina do País (BRASIL, 2007b, p. 17).

A Proclamação da República, em 1889, foi impulsionada por um ideal tido como moderno que visou atualizar a economia e sociedade brasileira, reconhecendo o trabalhador como capital humano, fonte geradora da riqueza das nações (BRASIL, 2007b, p. 17). A Proclamação da República estimulou o processo de construção de uma identidade nacional e o fortalecimento da presença estatal em todo o território brasileiro, vindo o governo a comprometer-se com a melhoria da saúde individual e coletiva através da medicina (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 31).

Dessa forma, sob a máscara de um intento modernista, a Proclamação da República acabou por dar início a um governo autoritário que possibilitou um maior controle sobre as ações de vigilância sanitária (BRASIL, 2007a, p. 05).

Todavia, a inexistência de um sistema sanitário no início do século XX resultou em grandes surtos de epidemias nas cidades brasileiras, gerando graves conseqüências para o almejado desenvolvimento nacional. Nesse sentido, a Constituição de 1891, com base no princípio federalista, passou a responsabilizar os estados pelas ações de saúde e saneamento (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 37), e estes, aliados aos avanços clínicos e epidemiológicos de proteção à saúde coletiva; frutos do projeto de modernização do País; elaboraram planos minuciosos de combate às enfermidades que afligiam a população (BRASIL, 2007b, p. 18). A atuação estatal em saúde deixou de limitar-se somente à capital e às épocas de grandes surtos, passando a estender-se por todo o território e setores sociais da nação (BRASIL, 2007b, p. 18-19).

Dentre as medidas sanitárias do início do século XX, destaca-se o chamado “modelo de intervenção sanitarista campanhista”, caracterizado por uma ação direta do Estado, de aspecto militar, com o fim de erradicar as grandes endemias que prejudicavam as exportações do país (BRASIL, 2007c, p. 20). A estratégia foi desenvolvida pelo sanitarista Oswaldo Cruz ao assumir a direção do Departamento Nacional de Saúde Pública, sob o convite do então Presidente Rodrigues Alves, que havia assumido a presidência em 1902 e tinha como um de seus objetivos o saneamento e melhoramento dos portos do Rio de Janeiro e Santos (BRASIL, 2007c, p. 21). Ademais, fora ainda neste período que se traçaram as bases para a criação de um Sistema Nacional de Saúde cujas ações governamentais fossem centralizadas e verticalizadas (BRASIL, 2007b, p. 19).

Todavia, em termos gerais, observa-se que, durante a maior parte do século XX, a assistência à saúde no Brasil se dividiu entre a esfera estatal; sobretudo mediante ações preventivas; e a esfera privada; por meio de um sistema médico-assistencialista destinado à saúde dos trabalhadores formais; tendo esta última se desenvolvido no âmbito da previdência social e de entidades privadas (REIS, 2008, p. 24). Nessa esteira, as ações e serviços de saúde desenvolveram-se no Brasil a partir da previdência social, tendo como marco legal a Lei

Eloy Chaves, criada em 1923, que determinou a criação de uma Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP) em cada empresa de estrada de ferro, as quais seriam custeadas por meio de contribuições realizadas pelas empresas e empregados, passando os trabalhadores vinculados a tais caixas e seus familiares a terem acesso à assistência médica (VILARINHO, 2003, p. 52).

As CAPs, regulamentadas pela Lei Eloy Chaves, são apontadas como o marco inicial da responsabilização do Estado pela concessão de benefícios e serviços, destacando-se a assistência médica (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 32). Tais fundos serviram de molde para o setor de saúde suplementar, tratando-se de “organizações de direito privado, criadas para grupos específicos de servidores públicos e organizadas segundo princípios de seguro social, ou seja, um modelo em que os beneficiados dependiam das contribuições dos segurados” (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 32). As CAPs possuíam administração própria e eram formadas por um conselho composto por representantes dos empregados e dos empregadores, sendo que o Estado não participava de seu custeio, o qual era subsidiado pelos trabalhadores das empresas (3% de seus vencimentos), pelas empresas (1% da renda bruta), e pelos consumidores de seus serviços (BRASIL, 2007b, p. 20).

Dessa forma, em que pese a fase embrionária do mercado de saúde privado estar ligada inicialmente à instituições filantrópicas, sua institucionalização formal deu-se com a Lei Eloy Chaves. Ao regulamentar a assistência à saúde por meio da criação de uma Caixa de Aposentadorias e Pensões (CAP), tal dispositivo legal destacou-se como marco inicial da transferência da responsabilidade do Poder Público para o setor privado no que tange às prestações de saúde (GREGORI, 2007, p. 29), tendo em vista que a Lei Eloy Chaves não previa uma contribuição da União para a manutenção das caixas, mas apenas das empresas e empregados vinculados a esta (VILARINHO, 2003, p. 53). Dessa forma, as CAPs eram organizadas por empresas que, mediante um contrato obrigatório firmado junto aos empregados, os quais passaram a ser considerados contribuintes para fins de usufruto dos serviços prestados pelas CAPs, que compreendiam benefícios (aposentadorias e pensões) e assistência médica (CORREIA, 2000, p. 29).

O desenvolvimento deste sistema foi rápido, sendo que ao final

dos anos 20 já existiam cerca de 270 caixas geridas por instituições de natureza civil (VILARINHO, 2003, p. 53). Porém, o Poder Público não conseguiu monitorar o funcionamento das CAPs devido à celeridade do crescimento de tais instituições, bem como pelo fato da máquina estatal manter apenas um controle externo e temporário sobre as CAPs, não tendo desenvolvido organismos de fiscalização sobre as ações da sociedade civil (VILARINHO, 2003, p. 53).

O primeiro governo Vargas trouxe inovações sociais, sendo considerado um marco na evolução das políticas sociais do setor saúde, sobretudo, devido à criação de vários hospitais e centros médicos, bem como pela atenção especial destinada à assistência previdenciária e médica dos trabalhadores (FIGUEIREDO, 2006, p. 109-110). Com o êxodo rural e concentração da massa assalariada nos grandes centros urbanos, o trabalhador passou a ser o enfoque das políticas do Estado Novo²⁶, criando-se sindicatos e leis trabalhistas, bem como desenvolvendo a medicina previdenciária (BRASIL, 2007a, p. 21).

O desenvolvimento de tais políticas trabalhistas levou o Estado a deixar de concentrar seus esforços no combate e prevenção às endemias, passando o foco de suas políticas sanitárias a visar a manutenção da capacidade produtiva necessária à acumulação de capital (CORREIA, 2000, p. 29). Ademais, ressalta-se que tais políticas não transpareceram como conquistas dos trabalhadores, mas dádivas de um Governo paternalista (BRASIL, 2007b, p. 21).

Ainda no Governo Vargas, o Decreto n. 1954, de 1930, unificou as CAPs, passando estas a compreenderem todas as categorias de trabalhadores urbanos, ao passo que, posteriormente, em 1933, as CAPs acabaram sendo substituídas pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), o que deu origem ao sistema de medicina previdenciária (GREGORI, 2007, p. 29). Porém, os IAPs passaram a adquirir as prestações de saúde necessárias junto à consultórios médicos e hospitais particulares, o que resultou no predomínio da compra de serviços médico-hospitalares junto ao mercado de saúde privada ao invés do desenvolvimento derradeiro do setor público de saúde (GREGORI, 2007, p. 29).

Entretanto; apesar do direito aos benefícios e serviços de saúde

²⁶ Nome que se deu ao período em que Getúlio Vargas governou o Brasil de 1937 a 1945, sendo marcado por um governo ditatorial.

continuar atrelado à existência de um contrato de trabalho e possuir caráter contributivo; diferente das CAPs, a administração dos IAPs contava com a participação do Estado (CORREIA, 2000, p. 30). Além disso, a contribuição dos empregadores; que era um percentual sobre o faturamento da empresa; passou a ser um percentual sobre sua folha de salários, o que representou um retrocesso em relação às CAPs, uma vez que a receita dos institutos veiculou-se à folha de salários, percentual consideravelmente inferior em relação ao faturamento da empresa (CORREIA, 2000, p. 30).

Por outro lado, surgiram nos anos 40, paralelamente aos IAPs, caixas de assistência que beneficiavam empregados de certos grupos empresariais através de serviços próprios ou do reembolso pela utilização de serviços privados de assistência à saúde (BRASIL, 2007d, p. 21). Dentre tais grupos, destacaram-se a da Caixa de Assistência aos Funcionários do Banco do Brasil (CASSI) e o Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), os quais desenvolveram um modelo de assistência patronal conhecido atualmente como Grupo Executivo de Assistência Patronal (GEAP) (BRASIL, 2007d, p. 22). Mediante esses grupos, ou os empregados eram atendidos nas unidades médicas das fábricas; em estabelecimentos das caixas de assistência; ou faziam uso de serviços privados; pagos antecipadamente por estes e posteriormente reembolsados pela empresa a qual estavam vinculados (VILARINHO, 2003, p. 57).

Nesse contexto, observa-se que apenas os filiados aos institutos de seguridade social possuíam acesso aos serviços de saúde prestados por tais entidades, o que deu margem a uma política de exclusão sanitária dos não filiados à previdência (FIGUEIREDO, 2006, p. 110). Coube, então, ao Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP); substituído posteriormente pelo Ministério da Educação e Saúde (MES); os cuidados da saúde da população que não fosse abrangida pelo sistema de medicina previdenciária, considerados “pré-cidadãos”, sendo o Departamento Nacional de Saúde (DNS); que após 1937 substituiu o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP); um de seus principais órgãos, responsável pela execução das tímidas ações de saúde pública da época (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 41-42).

Por sua vez, ainda no primeiro Governo Vargas, a Lei nº. 378, de 13 de janeiro de 1937, além de estabelecer uma nova organização ao

MESP, transformando este no MES, instituiu a Conferência Nacional de Saúde, que, em seus primórdios, teve por finalidade auxiliar o Governo Federal na identificação das atividades de saúde realizadas em todo o território nacional, orientando-o na execução dos serviços locais de saúde (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 83).

As conferências de saúde eram consideradas “órgãos destinados a promover o permanente entendimento deste Ministério com os governos estaduais no terreno da administração dos negócios de sua competência” (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 83). Dessa forma, em 1941 foi realizada a 1ª Conferência Nacional de Saúde (CNS), a qual buscou debater a organização sanitária dos estados e municípios, bem como a ampliação e sistematização das campanhas nacionais contra doenças, e a proteção materno-infantil (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 90).

Observa-se, portanto, que as políticas de saúde do primeiro Governo Vargas foram dotadas de um dualismo onde, por um lado; em face dos ideais trabalhistas do Governo de Getúlio; os trabalhadores formais eram atendidos pela medicina previdenciária através das CAPs, e, posteriormente, dos IAPs (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 41). Por outro lado, os pobres, desempregados, trabalhadores informais, e todos aqueles que não se enquadravam no âmbito dos serviços prestados pela previdência, tidos como “pré-cidadãos”, estavam sob a tutela do MESP (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 42).

O período pós-guerra inaugurou um fenômeno conhecido como “otimismo sanitário”, tendo os novos recursos tecnológicos e terapêuticos mostrado grandes avanços no tratamento de enfermidades, em especial no caso de doenças infectocontagiosas (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 46-47). Sob este viés progressista, entre 1945 e 1964, houve uma tendência em associar as questões de saúde e doença à problemas de desenvolvimento e pobreza, emergindo deste enfoque o “sanitarismo desenvolvimentista”, movimento que tinha como ideal “a compreensão das relações entre pobreza e doença e sua importância para a transformação social e política do país” (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 49).

Os desenvolvimentistas defendiam a saúde como questão de superestrutura, não como causa do desenvolvimento econômico, mas como consequência deste (BRASIL, 2007b, p. 23). Esse

entendimento refletiu no contexto desenvolvimentista que embalou a 2ª CNS, a qual se concentrou em discutir as condições de higiene e segurança do trabalho, bem como a assistência médica destinada aos trabalhadores e gestantes (ESCOREL; BLOCH, 2005, p. 91).

Durante a década de 50, com a expansão da indústria automobilística e instalação de empresas estatais e multinacionais no país, a assistência médico-hospitalar passou a ser oferecida aos trabalhadores como um meio de garantir uma mão-de-obra mais hígida e obter um maior controle sobre esta, assim como um atrativo para a contratação de profissionais qualificados (SILVA, 2005, p. 43). Diante deste quadro é que VIEIRA e VILARINHO (2004, p. 05) apontam o advento da industrialização do país como um dos fatores que mais contribuíram ao surgimento das primeiras organizações destinadas à prestação de serviços privados de assistência à saúde:

O advento de industrialização do país, a partir dos anos 50, no Governo de Juscelino Kubitschek, com a institucionalização do parque produtivo por meio de corporações estrangeiras que contrataram assistência privada para seus empregados, à semelhança de suas matrizes, com vistas à garantia da produtividade de suas operações, incentivando a sua propagação a outros setores organizados de trabalho, como de algumas classes de servidores públicos, estimulando, desse modo, a formação das primeiras organizações voltadas à prestação de serviços privados de saúde.

Nesse mesmo período também foram desenvolvidos serviços assistenciais voltados exclusivamente aos servidores públicos, que até então se encontravam desamparados pela Previdência Social, fato que levou ao desenvolvimento do setor de saúde suplementar dentro da própria esfera pública, sobretudo no âmbito das empresas estatais (VILARINHO, 2003, p. 57). Ademais, ressalta-se que até então não existiam quaisquer dispositivos normativos que disciplinassem a prestação dos serviços de saúde pela iniciativa privada, valendo aquilo que fora pactuado entre as partes contratantes (ARAÚJO, 2004, p. 44).

Observa-se que a exploração econômica da assistência à saúde iniciou-se na década de 1930 e intensificou-se ao final dos anos 50, através do processo de industrialização do país e da consolidação das

instituições privadas como principais fornecedoras dos serviços de atenção à saúde da classe média (VILARINHO, 2004, p. 04).

Todavia, a 3ª CNS, realizada em dezembro de 1963, buscou alterar o paradigma das ações de saúde no Brasil, não abstendo-se da realidade sanitária brasileira, mas primando pela elaboração de um sistema descentralizado e horizontal que contemplasse toda a população brasileira, questionando, então, o modelo centralizado de gestão pública em saúde adotado pelo governo da época, caracterizado pela existência de distritos sanitários, cuja extensão e número de municípios abrangidos variavam, fator que afrontava os intentos municipalizantes dos conferencistas da 3ª CNS (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 45-55).

Porém, a 3ª CNS acabou marcando o final de uma breve experiência democrática na área da saúde, uma vez que, com o golpe de 1964 e instauração da ditadura militar, os canais de comunicação entre o Estado e a sociedade acabaram sendo reprimidos sob a alegação de restauração da ordem econômica, social e política, vindo as premissas objetivadas pela 3ª CNS a serem relegadas (LIMA; FONSECA; HOCHMAN, 2005, p. 54-55).

Nota-se que o caráter conservador e mercadológico advogado pelos dirigentes da ditadura militar transparece no conteúdo da 4ª CNS, realizada entre agosto e setembro de 1967, o qual fora dotado de um caráter estritamente técnico, típico do regime ditatorial e do ideário positivista (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 92). As discussões dos conferencistas da 4ª CNS se restringiram meramente à formação de recursos humanos e ao combate à malária, ressaltando-se o fato de que fora presidida pelo ministro Leonel Miranda, representante dos setores interessados na consolidação do processo de mercantilização da saúde (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 92).

O regime militar deslocou o eixo da disputa política do debate entre estado e cidadão, para um debate exclusivamente tecnoburocrático, vindo as decisões a girarem cada vez mais em torno do Executivo, permitindo assim ao governo um grau ímpar de controle social (COSTA, 1998, p. 35-39). Entretanto, ao mesmo tempo em que tal centralização excluiu de sua dinâmica as aspirações decorrentes da participação popular, o regime militar encontrou no sistema econômico uma espécie de entidade neutra que provocaria o progresso e o bem-estar coletivo (COSTA, 1998, p. 35-36). Mais do que o trabalho, o capital passou a receber prioridade como fator-

chave na reconstrução da ordem social, vindo os investimentos públicos em bens de consumo coletivo a serem decididos tão somente por causa de sua rentabilidade ou viabilidade financeira (COSTA, 1998, 40).

Nesse viés, a partir da década de 60, “a ação governamental restringiu-se quase sempre a seguir os núcleos de ocupação criados pelo setor privado e os investimentos públicos colocaram-se a serviço do setor privado, agindo com desenvoltura exclusivamente visando a maximização do lucro” (COSTA, 1998, p. 40).

Assim, a instrumentalização das políticas governamentais posteriores a 1964; oriundas de um regime militar de cunho centralizador e capitalista; pela lógica de mercado, consistiu num paradoxo entre estatismo e privatismo que, aliado a ausência de pressões advindas das camadas populares, possibilitou o cenário necessário à privatização de políticas sociais, vindo os objetivos finais das políticas sociais a serem relegados para um plano secundário, ao passo que a eficiência econômica, auto-suficiência financeira e equilíbrio orçamentário foram eleitos como metas prioritárias (COSTA, 1998, p. 45). Os benefícios sociais passaram a ser tratados como bens de mercado, perdendo sua característica de coletivos ou universais, tendo em vista que os programas sociais passaram a ser alvo de interesses particulares de grupos específicos, tornando-se privilégios corporativos ou ocupacionais, ou até mesmo meros instrumentos de acumulação de capital (COSTA, 1998, p. 46).

Dessa forma, com a instauração do regime militar, em 1964, o setor privado passou a receber fortes incentivos, sobretudo a partir da instituição do Decreto Lei n. 200, que viabilizou a contratação de empresas médicas para a implementação de programas e projetos do Estado, o que resultou num grande crescimento dos serviços de saúde suplementar mediante a realização de convênios custeados pelos cofres públicos (VIEIRA; VILARINHO, 2004, p. 05). Nesse sentido, o período militar foi caracterizado pelo predomínio das instituições previdenciárias e pela mercantilização da saúde (BRASIL, 2007b, p. 24), tendo o Estado buscado dividir com empresas privadas parte de seus encargos com a saúde através da realização de convênios pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Industriários (IAPI) (FIGUEIREDO, 2006, p. 110).

Mais adiante, em 1966, ocorreu a unificação dos IAPs no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), que passou a

concentrar todas as contribuições previdenciárias e gerir todas as aposentadorias, pensões e, inclusive, a assistência médica de todos os trabalhadores formais, ao mesmo tempo em que excluiu de sua cobertura os trabalhadores rurais e urbanos informais, reafirmando, assim, uma política de exclusão para com os não filiados à seguridade social (BRASIL, 2007b, p. 24).

Com a unificação dos IAPs e criação do INPS, os serviços de assistência à saúde passaram a ser prestados pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), ao passo que os serviços de prevenção eram executados pelo Ministério da Saúde. Contudo, com o tempo, essa divisão de encargos acabou mostrando-se insatisfatória, implicando em gastos cada vez maiores e gerando a insatisfação de muitos dos beneficiários do INPS, sobretudo daqueles com maior poder econômico, pois a infraestrutura dos antigos IAPs não era capaz de suprir toda a demanda de atendimento dos beneficiários do INPS, o que levou o governo a ampliar a contratação da iniciativa privada na compra e venda de serviços de saúde como um forma de suprir as lacunas do INAMPS (BRASIL, 2007d, p. 22).

Porém, o setor privado não dispunha de meios suficientes para atender toda a demanda do INPS encaminhada para este, o que fez com que o governo não apenas aumentasse a contratação de serviços privados de saúde, mas acabasse por fomentar o crescimento da rede privada através da construção de estabelecimentos hospitalares e da compra de equipamentos novos (VILARINHO, 2003, p. 59). Ademais, grande parte dos recursos despendidos em tal fomento provinham do Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS), vindo o financiamento da iniciativa privada pelo Estado a fortalecer ainda mais o mercado de saúde suplementar, bem como a indústria de equipamentos médicos e de medicamentos (VILARINHO, 2003, p. 60).

O FAS foi a primeira medida de financiamento ao setor privado, consubstanciada na forma de uma linha de crédito ao setor Saúde, sob gestão do Conselho de Desenvolvimento Social, tendo como fonte de seus recursos aqueles advindos das loterias e do orçamento da Caixa Econômica Federal (CEF) e da União (ACIOLE, 2006, p. 166). Esses recursos deveriam ser distribuídos numa proporção de até 60% para o setor público, 30% para o privado, e 10% para pessoas físicas, o que na saúde seguiu uma lógica inversa, vindo 62% dos recursos a

beneficiarem hospitais privados lucrativos (ACIOLE, 2006, p. 166).

Uma vez tendo subsidiado a expansão do setor privado, a previdência logo buscou comprar os serviços deste por meio de uma modalidade de credenciamento dos estabelecimentos para atenderem pacientes segurados do INPS, vindo tais estabelecimentos privados a serem remunerados na forma de pagamento por produção dentro de uma tabela elaborada em comum acordo (ACIOLE, 2006, p. 167). Essa política de credenciamento transformou o INPS no maior financiador e comprador de serviços da rede privada, de modo que 80% dos hospitais particulares existentes no país eram conveniados ou contratados para prestar serviços aos filiados à previdência social (ACIOLE, 2006, p. 167).

CORREIA (2000, p. 31-32) discorre acerca de como a ampliação dos serviços de saúde da previdência social se deu através do fomento da iniciativa privada mediante a privatização do fundo público:

O setor saúde foi alvo importante desse processo de privatização do fundo público, pois eram repassados à iniciativa privada cerca de 80% da arrecadação da previdência social destinada à assistência médica, e os maiores beneficiados foram os grupos médicos privados, as indústrias nacionais e internacionais de medicamentos e equipamentos. Na década de 70, a rede privada chegou a ser financiada em mais de 80% pelo Estado.

Ademais, o financiamento do mercado de saúde privada acabou por criar canais de representação que serviram como mecanismos de pressão sobre o Estado, no sentido de garantir o favorecimento do setor privado de saúde quando da aplicação dos recursos estatais na área da saúde, vindo a Federação Brasileira de Hospitais a se consolidar como um dos agentes mais influentes no fomento da assistência à saúde privada, fortalecendo o processo de criação e expansão de hospitais com fins lucrativos (VILARINHO, 2003, p. 59).

Além disso, o Estado; através da Previdência Social; também transferiu para as empresas; mediante convênios; a responsabilidade pela assistência à saúde de seus servidores, dando origem ao surgimento de grupos médicos especializados na venda de serviços

assistenciais de saúde, inicialmente através de redes próprias, e, posteriormente, por meio de um sistema de credenciamento de prestadores de serviço médico-hospitalar (GREGORI, 2007, p. 30), o que resultou na difusão das empresas de medicina de grupo e das cooperativas médicas (FIGUEIREDO, 2006, p. 131-132).

As empresas de medicina de grupo exploraram o ideal liberal latente na prática médica, buscando preservar a autonomia privada e a liberdade de escolha, sendo que, além de prestarem atenção médica no lugar da previdência, tais grupos também atenderam aos interesses industriais, incorporando ações próprias do que seria conhecido como medicina de trabalho: seleção de pessoal, controle do absentéismo e recuperação da capacidade de trabalho (ACIOLE, 2006, p. 168). Por sua vez, as cooperativas médicas buscaram conciliar pressupostos afeitos aos princípios coletivo-socialistas; como o cooperativismo; com o ideário liberal da categoria médica, que defende a autonomia do profissional de medicina e a garantia de liberdade de escolha para o paciente (ACIOLE, 2006, p. 173).

Também se destaca, ainda na década de 60, a criação do Decreto-Lei n. 73 de 32 de novembro de 1966, primeiro instrumento legal a dispor sobre a regulamentação da comercialização de serviços de saúde suplementar, criando o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNPS) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) (GREGORI, 2007, p. 30). Entretanto, tendo em vista a necessidade de proteção que as empresas de medicina de grupo necessitavam para se desenvolver, o Decreto-Lei n. 73/66 se restringiu apenas a regulamentação das seguradoras especializadas em saúde, não compreendendo as empresas de medicina de grupo e cooperativas médicas, vindo estas empresas a operarem no mercado sem nenhuma regulamentação específica (SATO, 2007, p. 53). Ressalta-se que nesse período a legislação civil e as conciliações eram os únicos meios de solução aos quais os beneficiários do setor de saúde suplementar dispunham para solucionar os problemas advindos das relações contratuais, as quais eram firmadas sob a forma de contratos de adesão (LIMA, 2005, p. 49).

Dessa forma, observa-se o desenvolvimento de uma dupla organização no bojo da própria assistência privada. De um lado, as grandes massas suburbanas e proletárias eram assistidas pelo Estado a partir dos convênios da previdência com a rede privada (ACIOLE, 2006, p. 173). Do outro lado, organizações empresariais e

cooperativas ofertavam serviços assistenciais dentro de um mercado supostamente livre, mediado pela concorrência, e no qual são considerados consumidores apenas aqueles dotados de condições financeiras suficientes para aderir a algum de seus planos (ACIOLE, 2006, p. 174), valendo-se de uma fundamentação positivista a qual reduz o paciente ao status de *homo economicus*, “sujeito incapaz de valorizar qualquer relação terapêutica que não a medida pelo dinheiro” (CAMPOS, 1997, p. 80).

Diante desse contexto, observa-se que a década de 60 e o início dos anos 70 foram marcados por uma grande contratação de planos de saúde, sobretudo pelo Estado, que viu na elaboração de convênios com redes de serviços privados de assistência à saúde um meio de preencher a lacuna existente no setor de público de saúde, tendo esta tendência se manifestado em face da insuficiência do aparato médico-estrutural do INPS, cujas instalações hospitalares haviam sido herdadas dos IAPs, as quais eram insuficientes para atender devidamente toda a demanda de segurados (GREGORI, 2007, p. 30). Além disso, é notável a incorporação do setor privado de assistência à saúde ao sistema médico-previdenciário, a qual fora incentivada por uma postura estatal que primou pela contratação de serviços privados de assistência à saúde aos segurados da Previdência Social e empregados de empresas estatais, bem como pelo financiamento de grupos médicos privados, sonogando o setor público de saúde (SILVA, 2005, p. 42).

Nesse viés, o setor público de saúde passou para um segundo plano, limitando-se a campanhas preventivas pouco eficazes, cujos recursos destinados a estas não chegavam a 2% do PIB nacional, o que levou a uma queda dos índices de qualidade de vida, e a uma alta das taxas de mortalidade. Por outro lado, a assistência médica previdenciária dispunha de um grande orçamento, sendo que na década de 1970 passou por seu período de maior expansão (ESCOREL, NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 61). Desta forma, é durante os anos 70 que a hegemonia da Previdência Social se consolida, havendo um crescimento da atenção médica previdenciária e um esvaziamento do sistema público de saúde (BRASIL, 2007c, p. 23).

Todavia, os primeiros grandes sinais da deficiência do sistema de saúde previdenciário adotado pelo regime militar surgiram em 1975, com a crise do modelo econômico desenvolvimentista implantado. A

medicina curativa, priorizada pelo modelo de saúde vigente na época, foi um dos motivos do colapso do sistema de medicina previdenciária, pois mostrou-se incapaz de solucionar os problemas de saúde da sociedade, uma vez que suas ações centravam-se apenas nos segurados, individualmente, e não na sociedade enquanto sujeito coletivo de direito (BRASIL, 2007b, p. 25). Ademais, os constantes aumentos nos custos dos tratamentos, e a diminuição da arrecadação previdenciária, cumulada com o desvio de verbas e falta de repasse de recursos para o sistema, agravaram ainda mais a crise dos serviços de saúde (BRASIL, 2007b, p. 25).

Além disso, a recessão econômica impulsionada pela Crise do Petróleo (1978), aliada à “Crise da Previdência Social”, acarretou um encolhimento nos pagamentos dos convênios existentes entre o Estado e o mercado de saúde privada, o que resultou na ruptura unilateral de vários convênios e contratos por parte das empresas médicas como uma reação aos baixos valores pagos a estas pelo INAMPS, o que levou as organizações médicas a oferecerem seus serviços diretamente às empresas e indivíduos (VIEIRA; VILARINHO, 2004, p. 05).

Mais do que isso, a redução da qualidade do atendimento prestado pelo INAMPS; resultado da “Crise da Previdência Social” e da ruptura dos convênios com a iniciativa privada; fez com que empresas, categorias profissionais e indivíduos encontrassem nas empresas médicas uma forma de garantir a continuidade do bom padrão de atendimento que até então possuíam, contribuindo, assim, para o desenvolvimento do mercado de saúde suplementar (VILARINHO, 2003, p. 60).

Nesse contexto, diante da precarização do sistema “público” de saúde e da crescente mercantilização do setor, surge um dos principais atores do Movimento Social em Saúde, o Movimento Sanitário; nascido no interior dos Departamentos de Medicina Preventiva (DMP) através da crítica ao discurso prevencionista e aos efeitos negativos da medicalização; o qual foi um dos principais atores na reformulação do sistema de saúde nacional (SCOREL, 1998, p. 181). Tal movimento buscou conciliar a produção do conhecimento à prática política, observando a questão da saúde na perspectiva do materialismo histórico, construindo uma abordagem médico-social onde o foco das atenções não seria mais o indivíduo, mas a coletividade, afirmando ser a saúde um direito fundamental de

todo o ser humano e responsabilidade do Estado (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 63-64).

Segundo SCOREL (1998, p. 182), mediante o Movimento Sanitário, o Movimento Social em Saúde desenvolveu sua organização através de uma identidade de discurso e propostas de modelos alternativos de atenção à saúde, tendo se radicado na sociedade civil como movimento opositor ao próprio autoritarismo e centralismo do regime militar, rejeitando a neutralidade técnica e utilizando-se de uma estratégia de ocupação de espaços para ampliar seu poder dentro da estrutura estatal, o que possibilitou a viabilização de suas propostas de transformação (SCOREL, 1998, p. 182). Nesse sentido, SCOREL (1998, p. 182) discorre:

Quando o Governo lança mão das questões sociais para conquistar sua legitimação na sociedade, cria espaços na máquina estatal que não são ocupados por intelectuais orgânicos ao sistema. O próprio processo de “modernização administrativa”, tão apregoado pelos militares, também funcionou como canal para a entrada de um pensamento progressista no aparelho do Estado. A ocupação desses espaços possibilitou a criação dos “anéis burocráticos” invertidos, pois usaram o poder administrativo e técnico que detinham não para a mercantilização da saúde como os anéis burocrático-empresariais da Previdência, mas para o fortalecimento da sociedade civil e, por vezes, dos movimentos populares.

Dessa forma, as lideranças do Movimento Social em Saúde aproveitaram os espaços criados pelo Governo através de políticas desenvolvimentistas, como o II Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND) e o Conselho de Desenvolvimento Social (CDS), para entrar na alta burocracia estatal, nos setores da saúde e Previdência Social, de modo a auxiliar no processo de efetivação das propostas do movimento (BRASIL, 2007b, p. 27-28).

Por sua vez, o governo do General Geisel (1974-1979), adotou uma estratégia de distensão política que possibilitou ao Movimento Social em Saúde apresentar propostas inovadoras, as quais tinham como fulcro melhorar e democratizar os serviços de saúde para que abrangessem as populações mais carentes, sendo que alguns desses

projetos acabaram materializando-se em modelos de serviços oferecidos pelo sistema de saúde (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER' 2005, p. 69).

Dentre tais projetos destacam-se: a) o Plano de Localização de Unidade de Serviços (PLUS); que buscava aplicar o princípio da universalização do acesso à saúde; b) o projeto Montes Claros (MOC); que incorporou os conceitos de regionalização, hierarquização, administração democrática e eficiente, integralidade no atendimento e participação popular, o que demonstrou a exequibilidade dos propósitos do Movimento Social em Saúde; c) o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS); que uniu a abordagem médico-social ao pensamento sanitário desenvolvimentista, com o fim de estender as prestações de saúde às localidades mais isoladas, sobretudo àquelas da região Nordeste (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER' 2005, p. 70-71). Ressalta-se que, em 1979, o PIASS se expandiu por todo o território nacional, vindo o modelo desenvolvido na região nordeste a ser adaptado as demais regiões do país, sendo esta considerada a primeira experiência brasileira de extensão de cobertura com integração interinstitucional (BRASIL, 2007c, p. 25).

Observa-se que, entre os anos 70 e o início da década de 80, o Movimento Social em Saúde questionou as políticas de saúde adotadas pelo regime militar, tendo elaborado uma proposta de reformulação democrática do sistema de saúde que culminou no que viria a tornar-se a Reforma Sanitária (GERSHMAN, 2004, p. 55).

Nesse sentido, a 5ª Conferência Nacional de Saúde foi realizada em 1975, tendo como tema central o Sistema Nacional de Saúde (SNS), porém, seus organizadores proibiram a discussão e apresentação de documentos considerados “não-oficiais”, o que resultou numa tentativa sem êxito de reformar o sistema de saúde, marcado até então pelo domínio da medicina previdenciária (SCOREL, 1998, p. 60-61). Desta forma, a 5ª CNS veio a explicitar e reconhecer a dicotomia existente entre duas grandes instituições responsáveis pela ação em saúde, e, concomitantemente, entre duas realidades sanitárias: o Ministério da Saúde, criado em 1953, responsável pela saúde coletiva, e o Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), criado em 1974, voltado para a assistência médica individual e a compra e venda de serviços de saúde (BRASIL, 2007c, p. 24).

Diante das tensões e interesses em questão, a Lei n. 6.229, de 17 de julho de 1975, cujo conteúdo dispôs sobre o SNS, foi promulgada com o intento de instituir e racionalizar o sistema dualista vigente (BRASIL, 2007c, p. 24), o que a tornou alvo de críticas durante a 6ª CNS, realizada em 1977 (ESCOREL, 1998, p. 61). Além de debater acerca das grandes endemias do momento, a 6ª CNS tratou de discutir as novas leis de saúde aprovadas pelo Governo Federal, havendo conflitos entre aqueles que apoiavam a proposta apresentada na conferência; mais uma vez marcada por um discurso técnico; e aqueles que não se contentaram com esta, salientando-se o fato de que o relator da conferência negou-se a incluir alguns tópicos no relatório final da conferência (ESCOREL, 1998, p. 62).

Porém, a abertura política do país; que ocorreu durante o Governo Figueiredo (1979 – 1985) e resultou no retorno dos exilados políticos ao Brasil; deu novos ares ao Movimento Social em Saúde, possibilitando a este opor-se mais incisivamente ao modelo de saúde adotado pelo governo (BRASIL, 2007b, p. 29). Revestido de um novo vigor, o Movimento Social em Saúde passou a lutar mais assiduamente pela democratização dos serviços de saúde, tendo como sua principal bandeira a proposta de implantação de um novo sistema pautado por princípios de universalização, descentralização, natureza pública e participação popular (BRASIL, 2007b, p. 29).

Também contribuíram para essa renovação e novo esforço do Movimento Social em Saúde em sua luta, a criação do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), em 1976; cujo sua revista, “*Saúde em Debate*”, fora um veículo divulgador das lutas do movimento; e o I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, realizado pela Comissão de Saúde da Câmara dos Deputados em 1979, o qual aprovou o documento elaborado pelo CEBES intitulado “A Questão Democrática da Saúde” (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 65-71).

FLEURY (1997, p. 26) discorre a respeito da importância do CEBES para institucionalização do Movimento Social em Saúde enquanto ator social capaz de alterar a correlação de forças e o paradigma da saúde no Brasil:

Neste Sentido, a institucionalização do movimento sanitário através da criação do CEBES, alcançando assim constituir-se em um verdadeiro partido sanitário, foi capaz de

organizar as diferentes visões críticas do sistema de saúde, definindo um projeto comum e estratégias e táticas de ação coletiva. O CEBES representou a possibilidade de uma estrutura institucional para o triedro que caracterizou o movimento da reforma sanitária brasileira: a construção de um novo saber que evidenciasse as relações entre saúde e estrutura social; a ampliação da consciência sanitária onde a Revista Saúde em Debate foi, e continua sendo, seu veículo privilegiado; a organização do movimento social, definindo espaços e estratégias de ação política.

Dessa forma, observa-se que o CEBES acabou desenvolvendo duas frentes de atuação que refletiram no Movimento Social em Saúde (FLEURY, 1997, p. 26).

A primeira delas dotada de um teor institucional, com o objetivo de renovar as tendências do setor saúde para assim desenvolver políticas de saúde mais adequadas à realidade brasileira, valendo-se do conceito estratégico de desenvolvimento da consciência sanitária para articular o aspecto individual e coletivo, abrangendo desde a necessidade de suprir as necessidades vitais e carências cotidianas, até a dimensão pública do cidadão enquanto titular de direitos e deveres, os quais deveriam se fazer valer diante do poder centralizado e hegemônico ao qual imputavam a negação dos direitos sociais (FLEURY, 1997, p. 26-27).

Por sua vez, a segunda frente, imbuída de uma orientação mais social, buscou desenvolver atividades diretamente voltadas à comunidade, através de suas várias organizações populares (associações de bairro, clubes de mães, sindicatos, grupos estudantis, etc), primando por uma perspectiva de mobilização da comunidade e de socialização política (FLEURY, 1997, p. 26). Entretanto, essa segunda frente vivenciou uma grande contradição que consistiu no fato de tomar o Estado como alvo tanto de suas críticas como de suas demandas, ao mesmo tempo em que pretendia reter sua luta pelo poder ao nível da comunidade, ou seja, à margem do Estado (FLEURY, 1997, p. 26-27).

A universidade, portanto, mostrou-se um importante veículo de articulação para o Movimento Social em Saúde, reunindo num mesmo espaço professores universitários, pesquisadores e militantes

de serviços, os quais constituíram um grupo extremamente crítico e, sobretudo, formulador de um projeto alternativo àquele até então vigente, de caráter excludente e marcado pela ideologia liberal, vindo os membros do movimento a valerem-se de uma mesma bandeira de luta para tanto: a transformação da realidade sanitária da população brasileira e a melhoria da qualidade de vida (ACIOLE, 2006, p. 185).

FLEURY (1997, p. 27) destaca que a concepção democrática com a qual o Movimento Social em Saúde trabalhava na década de 70 era marcada por um forte conteúdo contra-cultural, voltando-se contra todo processo de normalização e institucionalização do poder, os quais eram vistos como formas de subordinação do potencial criador e revolucionário da sociedade civil a uma ordem que reproduzia uma estrutura de dominação. A democracia foi valorizada pelo Movimento Social em Saúde como um elemento social fundamental para a desalienação da população, e, concomitantemente, para sua organização em direção à apropriação da riqueza social, sendo que a instância pela qual se faria tal transição seria a da participação popular, uma vez que esta proporcionaria o redirecionamento das políticas sociais mediante uma postura contraditória a toda perspectiva homogeneizadora do governo (FLEURY, 1997, p. 27).

Nesse sentido, a partir de uma abordagem marxista, a luta política do Movimento Social em Saúde ganhou força à medida que desenvolveu o estreitamento de relações entre academia, sociedade civil organizada e serviços de saúde, de modo que a interação desses diferentes atores sociais possibilitou tanto a constituição de um novo marco teórico nas ciências da saúde, como um espaço de renovação da práxis democrática (BRASIL, 2007e, p. 40).

Assim, o eixo central do projeto político encabeçado pelo Movimento Social em Saúde foi a idéia de valer-se da saúde como um campo de luta contra a ditadura, como bem relata Sérgio Arouca:

Uma questão que considero central é que, nós, como militantes do Partido Comunista Brasileiro, estávamos na clandestinidade e tínhamos como eixo fundamental de atuação a luta contra a ditadura. Optamos por empreender uma luta contra o regime autoritário não na linha da chamada luta armada, mas numa linha de ação pacífica, democrática, somando todas as forças democráticas existentes na época. Entendíamos

que todos os espaços em que fosse possível consolidar forças democráticas na luta contra a ditadura deveriam ser ocupados por nós, e que um dos papéis que a Universidade deveria ter e que podíamos ter naquela época era estabelecer uma rede de pessoas, articulando democratas no Brasil inteiro, nos mais diferentes lugares, com o compromisso de pensar e desenvolver projetos de redemocratização do País. Entendíamos que a saúde era um campo privilegiado da luta democrática, associado aos outros movimentos de democratização no Brasil (BRASIL, 2007e, p. 40-41).

A Reforma Sanitária levada à tona pelo Movimento Social em Saúde junto aos diversos organismos da sociedade civil organizada tratou-se, portanto, de um processo de transformação legal e institucional na área da saúde, oportunizando um deslocamento do poder político às camadas populares (FLEURY, 1997, p. 28). Estas, por sua vez, consubstanciaram seus anseios materiais na luta pelo direito universal à saúde e na criação de um sistema único cujo devido funcionamento ficasse sob responsabilidade do Estado, o que implicava na necessidade de tomar o Estado; seu aparato jurídico e administrativo; como espaço privilegiado para a inserção de práticas reformadoras (FLEURY, 1997, p. 28). Disso se apreende que, além de um movimento contra-hegemônico que articulou práticas teóricas, políticas e ideológicas, a Reforma Sanitária também teve que se manifestar na esfera técnico-institucional, através de um processo que compreendia uma dinâmica entre participação popular e burocracia institucional (FLEURY, 1997, p. 17-18).

Para tanto, fazia-se necessário ampliar alianças e construir um novo consenso e institucionalidade no campo da saúde, uma vez que as estratégias de enfrentamento do Movimento Social em Saúde também provocaram tensões, fragmentações e dissensos (FLEURY, 1997, p. 28). Para satisfazer tais necessidades, o CEBES apresentou uma plataforma programática do Movimento Social em Saúde no I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde na Câmara Federal, em 1979, o que deu início a uma trajetória legislativa que culminaria na inscrição de tais propostas na Constituição Federal de 1988 e demandaria determinadas medidas concretas, como: a criação de um Sistema Único e gratuito de saúde; a descentralização do sistema de

saúde; a implementação de instâncias de controle social e participação popular; a regulamentação do setor de saúde suplementar e o combate ao empresariamento da saúde (FLEURY, 1997, p. 28).

Entretanto, observa-se que, ao passo que o Movimento Social em Saúde lutou pela democratização da saúde no país, ao longo da década de 80, o mercado de saúde suplementar já registrava cerca de 15 milhões de beneficiários, o que se deveu, sobretudo, à intensificação da comercialização de planos individuais, bem como à entrada de grandes seguradoras de saúde no país (FIGUEIREDO, 2006, p.136). Essa proliferação do setor privado de atenção à saúde levou à aprovação da Lei n. 6.839, de 30 de outubro de 1980, que obrigou o registro das empresas junto aos órgãos competentes para a fiscalização do exercício profissional relacionado à sua atividade básica, ou seja, junto ao Conselho Federal de Medicina e aos Conselhos Regionais de cada estado (GREGORI, 2007, p. 31)

Em 1980 foram criados mecanismos de coordenação interministerial com o fim de elaborar um projeto para a reformulação do setor da saúde, resultando no Pró-Saúde, e posteriormente no Prev-Saúde, cuja 7ª CNS tratou de promover o debate, implantação e desenvolvimento deste, que acabou sofrendo forte pressão dos grupos de interesses privatistas, o que fez com que o Prev-Saúde jamais fosse apresentado oficialmente, sendo considerado um projeto “natimorto” (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 72-73).

Com o agravamento da crise da Previdência Social, em 1981, e lançamento do chamado “pacote da previdência”, houve uma intervenção na área da assistência médica previdenciária, através do Conselho Consultivo de Administração da Previdência Social (CONASP), criado pelo Decreto n. 86.329 da Presidência da República, órgão do Ministério da Previdência e Assistência Social, que tinha como função a organização e racionalização da assistência médica (BRASIL, 2007b, p. 29). Ademais, a Portaria n. 3.046, de 20 de julho de 1982, do CONASP, estabeleceu parâmetros assistenciais que visavam disciplinar o atendimento médico-hospitalar dos hospitais conveniados e da rede pública, sendo que tal instrumento foi um dos primeiros avanços para a alteração do sistema médico-hospitalar da Previdência Social, instituindo-se o Plano de Reorientação da Assistência à Saúde (SCOREL; NASCIMENTO;

EDLER, 2005, p. 74). O Plano de Reorientação da Assistência à Saúde foi dividido em três partes e objetivou a otimização dos serviços ambulatoriais credenciados e do Programa de Ações Integradas de Saúde (PAIS), bem como visou uma maior integração entre as esferas federal, estadual e municipal, destacando-se também como primeiro documento oficial no qual é possível se observar uma postura mais crítica em relação ao modelo de saúde previdenciária adotado (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 75-76).

Ainda dentro do âmbito do CONASP, o PAIS foi transformado em Ações Integradas de Saúde (AIS), implantadas em 1983, em uma co-gestão entre o INAMPS e as Secretarias Estaduais de Saúde (BRASIL, 2007c, p. 27). As AIS foram uma estratégia de reorientação setorial que privilegiava o setor público e preconizava a integração interinstitucional, a descentralização e a democratização, postulando certas medidas, como: a) responsabilidade do Poder Público; b) regionalização e hierarquização de todos os serviços públicos e privados; c) valorização das atividades básicas e garantia de referência; d) utilização prioritária e plena da capacidade potencial da rede pública; e) descentralização da administração, f) planejamento da cobertura assistencial, g) desenvolvimento dos recursos humanos, h) legitimação da participação dos mais variados segmentos da sociedade em todo o processo de reforma (ESCOREL, 1998, p. 184-185).

As AIS representaram um grande avanço no que diz respeito à rede ambulatorial, contratação de recursos humanos, interação com os serviços públicos municipais, revisão da atuação da iniciativa privada na saúde, e participação popular em saúde, consistindo num primeiro esforço em prol de uma democratização dos serviços de saúde. Contudo, a partir de 1984, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) passou a privilegiar a iniciativa privada, mantendo a compra de serviços privados de saúde, o que representou um retrocesso em relação aos avanços obtidos até então na esfera pública (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 74-76).

Contudo, durante o último semestre do regime ditatorial e o início da Nova República²⁷, o Movimento Social em Saúde desenvolveu-se

²⁷ Período da história do Brasil posterior ao fim da ditadura militar, sendo caracterizado pela democratização política do país.

e destacou-se, promovendo reuniões, seminários e encontros, bem como participando de manifestações pró-democráticas junto com as demais parcelas da sociedade, como no caso da campanha pelas “Diretas Já!”. Nesse sentido, inspirados pelo espírito democrático da época, os membros do Movimento Social em Saúde manifestaram-se mais incisivamente, formulando propostas de alteração do Sistema Nacional de Saúde que possibilitassem observar esta sob uma perspectiva mais democrática, na qual constasse como direito de todos e dever do Estado a ser implementado mediante a unificação, democratização e descentralização do Sistema de Saúde, o que levou os membros do Movimento Social em Saúde a buscarem um consenso quanto a uma nova forma de administração e organização do sistema (SCOREL, 1998, p. 185-186).

Nas palavras de ACIOLE (2006, p. 190):

[...] o Movimento de Reforma Sanitária subsume um movimento político, um conjunto de conceitos, de princípios e de ideais e a ação prática de grupos e indivíduos. Esses dispositivos permitiram que fosse instituído o arcabouço legal para a instituição de um sistema nacional de saúde, de caráter universalizante, assentado na municipalização de serviços sob comando único, e com controle do público pela ação estatal, na forma de conselhos de saúde com ampla, e paritária, participação popular.

Nesse viés, o marco histórico das lutas e esforços do Movimento Social em Saúde em prol de uma reformulação da política de saúde consolidou-se com a realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) em 1986, onde se definiu o projeto de Reforma Sanitária (GERSHMAN, 2004, p. 42).

2.2. Pluralismo, participação popular, descentralização e universalidade: a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) e a sombra neoliberal à espreita.

Entre 17 e 21 de março de 1986, a 8ª CNS reuniu em Brasília mais de quatro mil pessoas, das quais mil eram delegados escolhidos para representar as instituições, organizações e entidades

interessadas, sendo que 50% destes delegados eram representantes da sociedade civil organizada, dentre os quais, usuários dos serviços públicos de saúde, cujo intuito, mais do que definir os princípios que norteariam a Reforma Sanitária, era o de reformular e ampliar o próprio conceito de saúde e sua tutela por parte da atuação estatal (BALSEMÃO, 2003, p. 304). Dentre os debates do evento, destacou-se a questão da natureza do novo sistema, mantendo-se a proposta de fortalecimento da saúde pública, e definindo-se o conceito de saúde como “resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde” (BRASIL, 2007b, p. 31).

Outra questão que também mereceu destaque foi a unificação do INAMPS com o Ministério da Saúde, que acabou culminando na aprovação da criação de um Sistema Único de Saúde, dotado de um arcabouço institucional próprio, separando-se a saúde da previdência social:

Para os conferencistas, a Previdência Social deveria ater-se às ações próprias do seguro social, enquanto a saúde deveria ser entregue a um órgão federal com novas características. O setor saúde receberia recursos vindos de diferentes receitas, sendo que o seu orçamento contaria com recursos provenientes do INAMPS. Estes seriam progressivamente retirados, na medida em que seu órgão gestor se tornasse possuidor de financiamento próprio. Assim, foi na 8ª Conferência Nacional de Saúde que se aprovou a criação de um sistema único de saúde, que se constituísse num novo arcabouço institucional, com a separação total da saúde em relação à previdência (SCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 78).

Dentre os principais desdobramentos da 8ª CNS, destacam-se a constituição da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS) e da Plenária Nacional de Entidades de Saúde (SCOREL, 1998, p. 187). A CNRS foi proposta pelo Ministério da Saúde como um desmembramento da 8ª Conferência Nacional da Saúde, e constituída por 22 representantes, sendo que apenas seis destes eram

representantes de organismos populares²⁸, ao passo o restante dos representantes integrava a bancada de órgãos governamentais, parlamentares, patronais e prestadores de serviços privados de saúde (GERSHMAN, 2004, p. 43). A luta pela implantação de um Sistema Único de Saúde deslocou-se do âmbito social para o político-institucional, como GERSHMAN (2004, p. 43) discorre ao aludir a CNRS:

A partir da formação da Comissão produziu-se um deslocamento da luta que vinha ocorrendo no âmbito social e que culminou com uma proposta de amplo alcance e consenso social para o interior dos organismos estatais da saúde. A disputa pela implantação da Reforma Sanitária passou a se dar no terreno dos enfrentamentos políticos das diversas facções da techno-burocracia do setor e a propósito da execução dos avanços operacionais previstos pelo projeto. Estes enfrentamentos, que ocorreram no Ministério da Saúde e mais fortemente na Previdência Social, estiveram permeados pelas próprias lógicas do setor público, portanto, limitadas pela relação de forças no interior dos aparelhos do Estado, afeiçoadas ao clientelismo político, à política de favores pessoais e às rotinas burocráticas como uma maneira de impedir a implantação de políticas inovadoras das práticas institucionais.

Contudo, em que pese as discussões ocorridas no eixo político-institucional, o primeiro passo para a efetivação da Reforma Sanitária se deu em 1987 com a aprovação do Decreto que criou o Sistema Unificado Descentralizado de Saúde (SUDS), que aprofundou a experiência de repasse de recursos via convênios, bem como da transferência de responsabilidades, tendo inclusive contemplado algumas das propostas da 8ª CNS, como a gratuidade e a

²⁸ Faziam parte da bancada de entidades populares: a Central Única dos Trabalhadores (CUT); a Confederação Nacional de Trabalhadores (CGT); a Confederação dos Trabalhadores da Agricultura (CONTAG); a Federação Nacional dos Médicos (FNM); e a Confederação Nacional de Associações de Moradores (CONAM) (GERSHMAN, 2004, p. 43).

descentralização dos serviços e ações em saúde (BALSEMÃO, 2003, p. 304).

O SUDS passou a exigir como condição para a adesão dos municípios ao sistema a existência de uma Comissão Interinstitucional Municipal de Saúde (CIMS), uma das primeiras instâncias de participação popular na esfera da saúde, sendo composta equitativamente por entidades representantes da população e de instituições conveniadas (BALSEMÃO, 2003, p. 304). Porém, a efetivação do SUDS nos estados e municípios dependeu por demais do compromisso e responsabilidade dos dirigentes políticos e locais com a proposta, bem como encontrou dificuldades em sua implantação diante da burocracia das instituições veiculadas à saúde; como o INAMPS e o Ministério da Saúde; assim como em face dos interesses do mercado privado de assistência à saúde (ESCOREL, 1998, p. 188).

Dessa forma, apesar do SUDS ter representado um espaço para a construção do Sistema Único de Saúde (SUS), este não conseguiu ser operacionalizado conforme fora objetivado, dando contornos para um regresso à política de assistência médica previdenciária. Nesse sentido, o período conhecido como “Nova República”, pode ser considerado como um momento de transição no paradigma dos serviços de saúde onde se buscou privilegiar seu viés público e a separação desta para com a previdência social (GERSHMAN, 2004, p. 44).

A CNRS conseguiu elaborar uma proposta que subsidiou a Constituinte em matéria de saúde, além de ter criado o projeto da lei regulamentadora do SUS, que, embora tenha sido considerada radical pelos representantes da iniciativa privada, e insuficiente pelos representantes do movimento sindical, acabou sendo aceito pelo Movimento Social em Saúde, uma vez que este consentia com as recomendações da 8ª CNS, sendo tal proposta legitimada na Assembléia Nacional Constituinte, contemplando boa parte dos ideais do Movimento Social em Saúde (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005, p. 80).

Diante de tal avanço, a Plenária Nacional de Entidades de Saúde foi constituída em 1987, subsidiada pelas Plenárias Estaduais decorrentes da 8ª CNS e composta por entidades representantes do Movimento Social em Saúde, sindicatos, profissionais de saúde, e de entidades estaduais e municipais favoráveis a Reforma Sanitária

(GERSHMAN, 2004, p. 44).

Segundo ESCOREL (1998, p. 190), a Plenária retratou a nova institucionalidade e organização do Movimento Social em Saúde, incorporando novas vertentes, campos de atuação e problemáticas. A Plenária manteve-se ativa e atuante durante toda a Constituinte, contribuindo, assim, para que o capítulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) relativo à saúde contemplasse esta como um direito universal, garantido através de um sistema único, descentralizado, hierarquizado, acessível e democrático, atendendo, assim, às propostas preconizadas pela 8ª CNS, tendo, posteriormente, militado pela aprovação da Lei Orgânica de Saúde (ESCOREL, 1998, p. 190-191).

Assim, fruto das diversas propostas e manifestações do Movimento Social em Saúde junto à sociedade civil e demais instituições que se opunham ao modelo médico-previdenciário adotado pelo Governo e clamavam por uma Reforma Sanitária pautada pelos pressupostos democráticos preconizados pela 8ª CNS, a Assembléia Nacional Constituinte aprovou o texto dos artigos 196²⁹ a 200 da CRFB, consagrando à saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, tornando a saúde uma garantia universal e passando a responsabilizar o Estado pela atenção integral à saúde da população independente de filiação à previdência (BRASIL, 2010a).

Além disso, o artigo 198³⁰ da CRFB prevê que as ações e

²⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2010a).

³⁰ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

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

III - participação da comunidade.

Parágrafo único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos

serviços de saúde integram um Sistema Único de Saúde (SUS) regido por princípios que primam pelo acesso universal, igualitário e integral às prestações de saúde, através de uma estrutura descentralizada e hierarquizada que abrange a participação popular na gestão e direção das políticas destinadas ao setor como uma de suas diretrizes fundamentais (BRASIL, 2010a). O SUS é regulamentado pela Lei Nacional n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que reforçou suas diretrizes constitucionais, definindo o SUS como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”³¹ (BRASIL, 2010d).

Porém, logo após a aprovação da Lei n. 8.080/90, esta acabou tendo vários de seus aspectos vetados pelo presidente Collor, dentre estes, a extinção e descentralização do INAMPS e os dispositivos relativos à participação da comunidade. Entretanto, a Plenária Nacional de Entidades de Saúde, mais uma vez contando com a intensa reação da sociedade civil, reagiu vigorosamente ante o veto do presidente, o que resultou na aprovação de um novo projeto de lei no Congresso Nacional, a Lei Nacional n. 8.142 de 28 de dezembro de 1990, a qual dispôs sobre as Conferências e Conselhos de Saúde, tornando obrigatória a criação de Conselhos estaduais e municipais, também dispoendo sobre as transferências intragovernamentais de recursos financeiros na saúde, e determinou outras providências (GERSHMAN, 2004, p. 138).

Dessa forma, o processo participativo que levou à Reforma Sanitária; culminando no texto da CRFB destinado ao Direito à Saúde e na criação e regulamentação do SUS; pode ser associado ao

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (BRASIL, 2010a).

³¹ Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para a saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar (BRASIL, 2010d).

de democratização do país, contrapondo-se à centralização e ao autoritarismo característicos do regime militar, os quais até então repercutiam no âmbito sanitário através do modelo de assistência médica-previdenciária (BRASIL, 2007c, p. 29).

Nesse sentido, observa-se que a Reforma Sanitária fora um movimento que se manifestou tanto como uma proposta, como um projeto e processo a ser seguido:

Assim, poder-se-ia concluir que a Reforma Sanitária é uma *proposta* que encerra um conjunto de princípios e proposições tal como disposto no Relatório Final da 8ª CNS. É também um *projeto*, pois consubstancia um conjunto de políticas articuladas que requerem uma dada consciência sanitária, uma participação da cidadania e uma vinculação com as lutas políticas e sociais mais amplas. É ainda um *processo* porquanto a proposta formulada não se conteve nos arquivos nem nas bibliotecas, mas transformou-se em bandeira de luta, articulou um conjunto de práticas, e teceu um projeto político cultural consistente enquanto prática social, tornando-se História. Trata-se, conseqüentemente, de um conjunto complexo de práticas (inclusive práticas de saúde) que integram a prática social (FLEURY, 1997, p.21).

A bandeira de luta hasteada pela Reforma Sanitária teve continuidade nas conferências posteriores ao marco de 1986. Em que pese ter sofrido de adiamentos que datavam desde a época do Governo Sarney, a 9ª CNS, realizada em agosto de 1992, teve como resultados a garantia da continuidade do processo de municipalização da política de saúde nos conformes constitucionais e a elaboração da Norma Operacional Básica³² 01/93 (NOB 01/93) (SCOREL;

³² “As Normas Operacionais Básicas, NOBs, são um instrumento normativo, regulamentador dos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde, e constituem tarefa constitucional atribuída ao Ministério da Saúde, como função precípua de quem cumpre realizar a definição operativa do Sistema, desde a sua regulamentação em 1990. O exame das NOBs editadas durante estes anos pode ilustrar o quanto a disputa entre os interesses públicos e privados vem sendo travada e permeia o aparato burocrático do Estado, ora

BLOCH, 2005, p. 104). A NOB 01/93 foi a primeira de uma série de regulamentações do processo de implementação do SUS, a qual rompeu definitivamente com o INAMPS; que ainda continuava dentro do âmbito do Ministério da Saúde e vinha sofrendo um processo de extinção através da descentralização do SUS; o que resultou no repasse das unidades assistenciais do INAMPS para o SUS (ESCOREL; BLOCH, 2005, p. 104).

Nesse viés, a NOB 01/93 fora um importante instrumento para a implementação do SUS dentro dos conformes preconizados pela Reforma Sanitária e consagrados na CRFB de 1988, privilegiando a gestão pública no SUS, como bem discorre ACIOLE (2006, p. 203):

Esta norma constituiu-se em reforço e estímulo à efetivação do Sistema, pois tentou corrigir as lacunas surgidas pelos vetos do governo deposto. Mais do que isso, estabeleceu o rompimento de práticas tutelares entre União, estados e municípios, criando gestão autônoma pelo repasse direto entre as instâncias, reconhecendo o gestor único em cada uma delas. Seus efeitos foram a ruptura com a tabela de procedimentos como fonte de definição de recursos, o que privilegiou o interesse público na gestão financeira do Sistema. Enquanto vigorou, concretizaram-se experiências municipais que puderam comprovar a viabilidade da base municipalista do SUS, em que se alinharam vontade política, condições técnicas e instrumentos operacionais facilitadores, numa aposta política de ousadia.

Precedida pela organização de cerca cinco mil conferências municipais e estaduais, e contando com a presença de 1.400 delegados, a 10ª CNS, realizada em setembro de 1996, buscou avaliar e aprimorar o SUS, dando ênfase ao financiamento do sistema, tido como principal afronta para sua consolidação, tendo como um de seus principais pontos de discussão a Norma Operacional Básica n. 01/96 (NOB 01/96), cujas deliberações da 10ª CNS foram a esta incorporadas (ESCOREL; BLOCH, 2005, p. 104). A NOB 01/96 foi

se inclinando mais numa, ora mais noutra direção” (ACIOLE, 2006, p. 199-200).

um dos principais instrumentos de implementação do SUS, tendo em vista que consolidou a descentralização da saúde através da política de municipalização, redefinindo as responsabilidades da União e dos estados (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 105).

Todavia, ACIOLE (2006, p. 205) chama atenção para o fato de que, mesmo considerando-se a NOB 01/96 um importante instrumento de operacionalização do SUS, esta ainda assim fora dotada de um conteúdo centralizador que feria a autonomia dos municípios e contrariava a lógica democrática do SUS. A NOB 01/96 privilegiou o financiamento daqueles municípios que desenvolveram programas considerados prioritários pelo governo central, o que configura uma prática verticalizante que não convergia com desígnios descentralizantes do SUS, pois teria obrigado os municípios a aderirem ao planejamento central para que recebessem recursos, deixando para um segundo plano seu planejamento regional (ACIOLE, 2006, p. 206).

Outro importante desdobramento da 10ª CNS que também merece atenção fora a Emenda Constitucional n. 29 de 13 de dezembro de 2000 (EC n. 29), que alterou os artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescentou ainda o artigo 77 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, com o objetivo de assegurar recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 2011a).

Posteriormente, no mês de dezembro do ano 2000, a 11ª CNS reuniu 2.500 delegados que realizaram um balanço sobre o processo de descentralização e implementação do SUS, identificando que este, apesar de ter avançado devido aos esforços da mobilização social, ainda não havia atingido o estágio almejado pelas conferências anteriores, pois o processo de municipalização da Saúde, embora tenha se expandido significativamente, ainda não era uma realidade em todo o país (BRASIL, 2011b). Ademais, 11ª CNS também reconheceu a participação dos usuários, trabalhadores, gestores e prestadores de serviços de saúde através das instâncias de controle social do SUS como um fator determinante para a implementação deste, identificando o processo de estruturação do SUS como “um movimento contra hegemônico a um modelo político econômico predominantemente excludente” (BRASIL, 2011b).

Realizada em dezembro de 2003, a 12ª CNS foi subdividida em dez eixos temáticos, primando por um retorno ao espírito

democrático da 8ª CNS, assim sendo antecipada por conferências municipais e estaduais que abordaram as temáticas dos eixos a serem debatidos na Conferência Nacional e desenvolveram relatórios com deliberações a nível estadual e nacional (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 109-110). Entretanto, diante da amplitude e complexidade dos temas e propostas, o Relatório Final da 12ª Conferência foi aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde apenas em setembro de 2004, e enviado para os delegados e participantes entre dezembro de 2004 e janeiro de 2005 (SCOREL; BLOCH, 2005, p. 112).

Dentre algumas das premissas reforçadas pela 12ª CNS, destaca-se a garantia do controle social e a participação dos diversos segmentos da sociedade em todas as instâncias colegiadas do SUS, nas três esferas de governo, para assim assegurar a transparência das ações de saúde governamentais e o controle comunitário sobre a distribuição dos recursos destinados à saúde, devendo se assegurar o livre exercício dos mandatos dos conselheiros, de modo que estes estejam protegidos contra assédios morais e políticos, bem como revestidos de suporte jurídico quando necessário para tanto (BRASIL, 2011c, p. 35, 107).

Dando continuidade ao processo democrático de implementação do SUS, o Pacto pela Saúde foi aprovado pela Portaria GM/MS n. 399 de 22 de fevereiro de 2006, consistindo num conjunto de reformas institucionais do SUS a serem operadas pelas três esferas de gestão do sistema (União, Estados e Municípios), sendo desenvolvido em três dimensões: o Pacto em Defesa do SUS, Pacto pela Vida e Pacto de Gestão (BRASIL, 2011d).

O Pacto em Defesa do SUS visa uma “repolitização da saúde”, através de uma mobilização social que articule os segmentos da sociedade comprometidos com a saúde pública, devendo os gestores do SUS levar a discussão das políticas de saúde para a sociedade organizada (BRASIL, 2007c, p.47). O Pacto pela Vida almeja ações de saúde que sejam executadas com foco em resultados, explicitando-se o orçamento e recursos financeiros necessários para que sejam alcançados tais resultados, de modo que os resultados do ano anterior sejam avaliados e assim torne-se possível estabelecer novas metas para o ano corrente (BRASIL, 2007b, p. 118). Por fim, o Pacto de Gestão busca desenvolver o federalismo na perspectiva do SUS, definindo as responsabilidades entre os entes federados, de modo a diminuir as competências concorrentes e fortalecer a gestão

compartilhada e solidária do SUS, promovendo a descentralização e desburocratização do sistema (BRASIL, 2007c, p. 49).

A 13ª CNS, realizada em novembro de 2007, é a conferência mais recente, tendo mais uma vez sido precedida de conferências ao nível municipal e estadual, contando com a presença de 3.500 delegados distribuídos entre dez plenárias temáticas dotadas de poder deliberativo as quais discutiram temas como os desafios para a efetivação do direito à saúde no século XXI, o SUS na Seguridade Social e o Pacto pela Saúde, e a participação da sociedade na efetivação do direito à saúde (BRASIL, 2011e).

Por outro lado, mesmo com os crescentes avanços na democratização da saúde no Brasil, não se assegurou um sistema de saúde exclusivamente público, como defendia o Movimento Social em Saúde na ocasião da 8ª CNS, cujo relatório final indicava que a participação do setor privado deveria dar-se sob o caráter de serviço público concedido e regido por normas de direito público³³ (BRASIL, 2011f, p.02). A recomendação indicada no Relatório Final da 8ª CNS não foi acatada pelos membros da constituinte, de modo que a participação da iniciativa privada foi permitida no âmbito do SUS, conforme previsão expressa no artigo 199 da CRFB³⁴, que menciona que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (BRASIL, 2010a). Da mesma forma, a Lei n. 8.080/90, em seus artigo 1º e artigos 20 a 26³⁵ acabou por reiterar a atuação da iniciativa privada na

³³ “A questão que talvez mais tenha mobilizado os participantes e delegados foi a natureza do novo sistema nacional de saúde: se estatizado ou não, de forma imediata ou progressiva. A proposta de estatização imediata foi recusada, havendo consenso sobre a necessidade de fortalecimento e expansão do setor público. Em qualquer situação, porém, ficou claro que a participação do setor privado deve-se dar sob o caráter de serviço público “concedido” e o contrato regido sob as normas de Direito Público” (BRASIL, 2011f, p. 02).

³⁴ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 2010a).

³⁵ Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

prestação dos serviços de saúde (BRASIL, 2010d).

A iniciativa privada pode atuar nas modalidades complementar ou suplementar, embora a contratação de serviços particulares de saúde pelo Poder Público deva ocorrer apenas se, e, enquanto, este não disponibilizar do atendimento almejado em sua rede descentralizada, vindo os serviços de complementação e suplementação da saúde a constituírem uma exceção, tendo em vista que a execução dos serviços de saúde é de primazia do Poder Público através do SUS (WEICHERT, 2004, p. 199).

Porém, no caso do setor de saúde suplementar, ante a inexistência de uma normatização específica, bem como em face das dificuldades do Poder Público com o custeio do SUS, houve um crescimento desordenado do setor privado, o que levou ao acometimento de abusos e ilegalidades por parte das empresas do ramo de assistência suplementar à saúde (GREGORI, 2007, p. 32). Dentre os fatores que levaram a este crescimento desordenado, destacam-se: a) a onda de reformas econômicas, políticas e sociais no plano internacional, e que

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

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

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

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (BRASIL, 2010d).

geraram reflexos no Brasil; b) a redução do papel do Estado nas políticas sociais e conseqüente deterioração dos serviços públicos de saúde; c) o aumento da concorrência no setor de assistência suplementar à saúde (BRASIL, 2007d, p. 27).

SOUZA e BODSTEIN (2002, p. 485) discorrem acerca das causas que levaram ao crescimento desordenado do setor de suplementação dos serviços de saúde após a promulgação da carta constitucional de 1988:

O crescimento vigoroso da assistência suplementar, que se deu ao longo das duas últimas décadas, se deve, principalmente, à universalidade proposta pelo SUS. Isto é, tal crescimento mantém uma relação direta com a expansão da clientela do sistema público a partir da afirmação do direito universal à saúde em 1988 e do estrangulamento da oferta de serviços públicos de boa qualidade. A conjuntura de incerteza quanto aos rumos da reforma do Estado, a crise econômica e a descontinuidade e mesmo regressividade dos investimentos sociais – quer na manutenção, quer na ampliação de serviços – explicam em grande parte este aumento de clientela *vis-à-vis* à expansão acelerada deste setor.

Nesse viés, LIMA (2005, p. 50) salienta que o crescimento do setor privado de assistência à saúde deveu-se especialmente à postura das esferas da federação diante da implementação do SUS, a qual teria ocorrido de forma lenta e precária. Além disso, as novas responsabilidades financeiras assumidas pelo Estado a partir da CRFB inauguraram uma política social inclusiva e universalista que comprometeu com a capacidade do Estado em prover serviços de saúde com qualidade para todos, de modo que parcelas significativas da população sentiram-se induzidas a contratação de serviços de saúde junto à assistência suplementar (LIMA, 2005, p. 50).

Partilhando da mesma perspectiva, CORREIA (2000, p. 33) afirma que a CRFB legalizou um sistema de seguridade social semelhante ao dos países desenvolvidos, com caráter universal, mas cujo a máquina estatal não possui condições de arcar com os custos de sua implementação, de forma que, em vez de um acesso universal, a Constituição Federal de 1988 teria dado margem a uma

universalização excludente. Ou seja, à medida que foram criadas condições para a inclusão das camadas populares anteriormente excluídas pelo sistema previdenciário (todos aqueles não filiados à previdência, considerados pré-cidadãos), também criaram-se condições que levaram os trabalhadores mais bem remunerados à compra de serviços no setor privado, o que resultou numa expansão da mercantilização da saúde ao invés de seu retrocesso, obedecendo, assim, aos desígnios do projeto neoliberal que influenciou a política brasileira ao final da década de 80 (CORREIA, 2000, p. 33).

CORREIA (2000, p. 34-35) ressalta que, legalmente, foi criado um sistema de proteção social universal e público, mas, na prática, criou-se um sistema de proteção social que ainda assim excluiu uma parcela da população trabalhadora, a qual tem recorrido ao setor privado. Essa universalização excludente levou ao estabelecimento de parcerias entre o setor público e a iniciativa privada que mostraram-se coerentes com o pensamento neoliberal, sendo que muitas empresas acabaram incorporando os planos de saúde como uma forma de salário indireto para seus empregados (LIMA, 2005, p. 50). Ademais, a tensão entre uma agenda publicista e negociações com empresas de serviços privados de saúde afetou muitas organizações populares articuladoras de interesses, como é o caso dos sindicatos e das associações profissionais, o que teria fragilizado o modelo assistencial proposto pelo SUS e fortalecido diferenciações no acesso aos serviços de saúde (CORREIA, 2000, p. 34-35).

Diante disso, é possível se contemplar duas propostas para a assistência à saúde no Brasil. Uma que preserva o modelo conquistado através da CRFB e da instituição do SUS, um sistema de saúde público e universal, modelo o qual é defendido pelos movimentos populares (CORREIA, 2000, p. 35). Outra que representa um retrocesso em relação ao SUS, uma vez que entrega ao mercado a regulação do acesso aos serviços de saúde, cabendo ao Estado apenas prestar assistência às camadas da sociedade dotadas de baixa renda e àqueles marginalizados pela economia capitalista, proposta a qual é defendida pelo grande capital industrial e financeiro, que buscam uma reedição do *laissez-faire* dentro de um contexto globalizado (CORREIA, 2000, p. 36-37).

Nesse sentido, no Brasil, entre o final dos anos 80 e início dos anos 90, assistiu-se à legalização de um sistema de saúde baseado no modelo de reforma sanitária proposto pelo Movimento Social em

Saúde, ao passo que, paralelamente a este modelo, tem se colocado em prática aquele defendido por uma proposta reformista neoliberal que obedece a determinadas exigências de organismos internacionais, como é o caso do Banco Mundial, o qual inseriu em sua agenda de reforma sanitária; proposta no relatório sobre o desenvolvimento mundial de 1993; a remercantilização da saúde, buscando trazer de volta para as empresas privadas a prestação dos serviços de saúde (CORREIA, 2000, p. 39).

Dessa forma, a proposta de remercantilização da saúde encabeçada pelo Banco Mundial visa reduzir o atendimento das instituições públicas à população pobre e com alto risco de adoecer, ao passo que reserva às empresas privadas; representantes do grande capital; o papel central no sistema de saúde, ficando responsáveis pela parcela economicamente mais abastada da população e com menos risco de doença (CORREIA, 2000, p. 39). Ou seja, trata-se de uma proposta de privatização que se limita apenas às atividades rentáveis ao mercado, ficando o restante a cargo do setor público, o que resulta numa privatização do setor público e na capitalização da rede privada (CORREIA, 2000, p. 40-43).

Como exemplo dos efeitos da remercantilização da saúde no Brasil, pode se citar programas de saúde que ACIOLE (2006, p. 205-206) descreve como “cestas básicas”. Tais programas operam em consonância com a plataforma neoliberal reservando nichos de mercado aos interesses de particulares, como no caso da Estratégia Saúde da Família (ESF)³⁶ e do Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS)³⁷, que, em que pese sua importância em estender o SUS aos excluídos e às regiões mais pobres, reduzem o SUS aos patamares de atenção básica, delegando o acesso a serviços e ações de maior complexidade ao mercado de saúde privada (ACIOLE, 2006, p. 205-206). Não bastasse isso, o setor privado também se beneficia do Estado ao transferir para o SUS gastos relativos à atendimentos de emergência e tratamentos de alto custo, tendo em vista que a maioria dos planos e seguros de saúde não os cobre, ou então usam de subterfúgios para evadirem-se de tais

36 Estratégia de reorientação do modelo assistencial mediante a instalação de equipes multiprofissionais em unidades básicas de saúde (UBS), com o fim de atender a um determinado número de famílias localizadas na área de cobertura da unidade básica de saúde.

37 Integra a ESF, consistindo num programa que visa a transição das localidades não abrangidas pelo ESF para a dinâmica do ESF, contando com a coordenação de um enfermeiro supervisor.

responsabilidades para com seus beneficiários; o que configuraria mais uma vez a capitalização da rede privada às custas do fundo público (CORREIA, 2000, p. 40).

No setor suplementar, destaca-se que entre o período de 1985 a 1995 mais de mil empresas já atuavam neste, envolvendo recursos de aproximadamente 15 bilhões de dólares, vindo os críticos deste sistema a reforçarem o argumento de que tamanha exploração empresarial levou o direito à saúde a um status de mera mercadoria a ser negociada pela iniciativa privada com o cidadão, agora transformado em consumidor e vítima dos abusos de um nicho econômico até então isento de qualquer regulamentação específica (BOTTESINI; MACHADO, 2006, p. 46). Em contrapartida, a Lei nº. 8.078/90, que dispõe acerca do Código de Defesa do Consumidor (CDC), possibilitou aos usuários do setor suplementar, entidades médicas e secretarias de saúde, defender-se de tais abusos através da concessão de liminares favoráveis a estes enquanto consumidores, sobretudo visando superar as restrições de assistência existentes nos contratos (SATO, 2007, p. 53).

Em 1993, tramitaram no Senado e na Câmara Federal projetos de regulamentação do setor suplementar de assistência à saúde, sendo constituída em 1997 uma comissão especial para tratar do assunto, e, posteriormente, aprovada pela Câmara a Lei n. 9.656 de 03, de junho de 1998, que disciplinou os planos e seguros de saúde, objetivando uma “normatização da administração dessas atividades”, devendo o CDC atuar conjuntamente neste sentido, tendo em vista a manifesta relação de consumo proveniente de tais atividades (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 47).

Convêm ressaltar que até a promulgação da Lei n. 9.656/98, apenas as seguradoras estavam sujeitas a uma regulamentação específica, sendo inclusive fiscalizadas pela SUSEP, não obstante o fato de terem existido outras tentativas de regulamentação do setor, por meio de leis estaduais e resoluções dos Conselhos Federais e Regionais de Medicina (SILVA, 2005, p. 43). Todavia, os diplomas editados por tais entidades acabaram tendo seus efeitos cassados em face de sua juridicidade discutível, sobretudo, diante da incompetência formal das autoridades que as editaram (SILVA, 2005, p. 44).

O Projeto de lei que resultou na Lei n. 9.656/98 foi elaborado pela Associação Brasileira de Medicina de Grupo (ABRAMGE),

sendo que sua elaboração também contou com a influência do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde (Ciefas) e da Federação Nacional de Seguradoras (FENASEG) (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 47). Entretanto, a aprovação da Lei n. 9.656/98 foi fruto da articulação de vários atores sociais, que tinham a regulamentação do mercado de saúde suplementar como matéria de interesse comum. Nas palavras de CARVALHO e CECÍLIO (2007, p. 172):

A aprovação da Lei nº. 9.656/98 foi fruto da articulação dos movimentos dos consumidores dos planos de saúde, dos portadores de patologias e dos médicos que se sentiam ameaçados. Os primeiros, em relação aos seus direitos de assistência, os últimos, em relação à sua autonomia profissional, tendo em vista a racionalização crescente das práticas das operadoras, atuando na lógica do mercado [...] Entendemos que aqui, na arena de disputas do setor privado, assim como ocorreu na arena pública durante a regulamentação do Direito à Saúde, o fator fundamental foi a identidade de posições entre os atores que representavam os trabalhadores e profissionais de saúde e os usuários/consumidores, na defesa do direito à vida e à saúde, em sintonia com os pensadores progressistas do campo sanitário.

Além disso, salienta-se que o Projeto que resultou na Lei n. 9.656/98 foi alvo de um intenso debate no Senado, havendo parlamentares que demandavam pelo reinício das discussões acerca do texto da lei que fora votada na Câmara, sob a alegação de que o conteúdo fora completamente descaracterizado (GREGORI, 2007, p. 38). Porém, como uma nova discussão poderia demandar tempo demais; tendo em vista que o Projeto apresentado em 1993 fora aprovado apenas em 1998; o Ministro José Serra propôs a aprovação integral do texto votado para uma posterior alteração por meio de Medidas Provisórias (GREGORI, 2007, p. 38).

SILVA (2005, p. 44) discorre acerca de tal embate no legislativo:

É importante esclarecer que, não obstante ter sido aprovada a Lei nº. 9.656/98, houve um “acordo de cavalheiros” entre a base governista de então e o relator do Projeto no Senado Federal, senador Sebastião Rocha, a fim de se evitar a possível apresentação de emendas alterando o projeto oriundo da Câmara Federal, o que resultaria na reapreciação do projeto pela Câmara Baixa, em decorrência do princípio bicameral. O senador-relator não apresentou as suas emendas e o governo se comprometeu a incluí-las no citado texto, através de medida provisória. E assim foi feito. No dia 3 de junho é editada a lei, sem alterações no texto oriundo da Câmara dos Deputados e, no dia 4 de junho é editada a Medida Provisória nº. 1.665, alterando “dispositivos da Lei nº. 9.656 de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e dá outras providências”.

Dentre as alterações introduzidas com a Medida Provisória n. 1.665/98 (atualmente enumerada como Medida Provisória nº. 2.177-44/01), se destaca a criação do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão interministerial, que tem como competência regular a Lei nº. 9.656/98 no que tange aos aspectos de maior relevância para o consumidor (SALAZAR; RODRIGUES; NUNES JÚNIOR, 2003, p. 359). Dessa forma, com a Medida Provisória nº. 1.665/98, o modelo de regulamentação do mercado de saúde suplementar adotado fora bipartite, onde, de um lado, o Ministério da Fazenda cuidou dos aspectos econômicos e financeiros do setor, através da SUSEP e do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), ao passo que, por outro lado, o Ministério da Saúde, por meio do Departamento de Saúde Suplementar (DESA) e do CONSU, tratou das questões ligadas aos serviços de assistência à saúde, sua fiscalização, e à autorização da comercialização dos planos e seguros (MONTONE, 2004, p. 12).

Contudo, o modelo de repartição de competências demonstrou possuir limites, uma vez que a própria divisão da regulamentação dificultou a formação de uma atividade coordenada e da unidade estratégica necessária ao processo de regulamentação do setor, sendo que tal dificuldade na implementação de uma atuação coordenada

entre os dois ministérios acabou por ser explorada por uma parcela do mercado (MONTONE, 2004, p. 15).

O modelo de regulamentação bipartite vigorou até a promulgação da Lei nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ANS reuniu num único organismo as atribuições dos Ministérios da Fazenda e da Saúde e englobou parte das competências do CONSU, constituindo assim um único órgão regulador para o setor suplementar, o que ampliou o controle do Estado e possibilitou com que a competição ocorresse de forma mais saudável no mercado, em benefício da sociedade e dos beneficiários das operadoras de saúde suplementar (MALTA; CECÍLIO; MERHY; FRANCO; JORGE; COSTA, 2004, p. 435).

No que tange à abrangência da Lei nº. 9.656/98, esta compreende todos os planos e seguros que já operavam no mercado quando da época de sua promulgação, bem como aqueles que passaram a operar no mercado de suplementação dos serviços de saúde após a sua vigência, vindo a lei incidir sobre os planos próprios de instituições hospitalares, autogestões, medicinas de grupo, cooperativas médicas, administradoras e seguradoras, ou seja, sobre “todas as entidades que possuam planos com contraprestação pecuniária” (FIGUEIREDO, 2006, p. 140). Além disso, a Lei nº. 9.656/98 enquadra todas as entidades supramencionadas como “operadoras”, configurando-as nos mesmos moldes constitutivos de uma seguradora, fixando todas as mesmas exigências financeiras e técnicas, bem como atribuindo as mesmas obrigações para com o Poder Público (FIGUEIREDO, 2006, p. 140). Posteriormente, a Lei nº. 10.185/01 reiterou a Lei n. 9.656/98 ao determinar a equivalência; para todos os fins de regulação pela ANS; das seguradoras para com as demais espécies de operadoras de saúde suplementar (MONTONE, 2004, p. 14).

Destaca-se que antes da regulamentação as operadoras eram organizadas livremente, constituindo-se conforme a legislação do tipo societário escolhido a seu bel prazer, ao passo que, após a regulamentação do setor, estas passaram a ter que preencher determinados requisitos especiais, como: autorização de funcionamento; regras de operação padronizadas; reservas e garantias financeiras; processos de intervenção e liquidação (LIMA, 2005, p. 53).

Ademais, antes da regulamentação, as operadoras possuíam livre definição sobre a cobertura dos serviços assistenciais contratados,

seleção de risco, exclusão de beneficiários, rompimento de contratos, carências e ajuste de preços (LIMA, 2005, p. 53). Porém, a regulamentação do setor tornou obrigatória a assistência integral dentro da modalidade assistencial contratada pelo beneficiário, proibiu a seleção de risco e rescisão unilateral dos contratos, e sujeitou os períodos de carência³⁸ e os reajustes ao controle e limitações impostas pela ANS (LIMA, 2005, p. 53).

Dentre alguns dos apontamentos positivos decorrentes da regulamentação do mercado de saúde suplementar, é possível citar: a) as normas de registro, funcionamento e fiscalização; b) as exigências de reservas técnicas e ampliação da cobertura obrigatória de atendimento; c) a definição do plano de referência; d) a definição legal do “produto” a ser oferecido pelas operadoras; e) a proibição da seleção por faixas etárias, do limite de internação, e da seleção de risco e exclusão de usuários pela não renovação ou rompimento dos contratos; f) o ressarcimento ao SUS; g) a maior divulgação e acesso aos dados relativos ao setor (CARVALHO; CECÍLIO, 2007, p. 2173).

Por outro lado, após a Medida Provisória n. 1.665/98, sucederam-se outras 44 Medidas Provisórias, sendo que algumas receberam novas numerações (1.730, 1.801, 1.908, 1.976, 2.097, 2.177), gerando assim uma situação de instabilidade em face da constante reedição dos dispositivos da Lei nº. 9.656/98, muitas das quais alteram apenas pequenos pontos da legislação, demonstrando assim o uso banal de um dispositivo que deveria ser utilizado apenas em casos de extrema relevância e urgência (GREGORI, 2007, p. 40).

Em termos gerais, observa-se uma dicotomia no que tange ao modelo de assistência à saúde brasileiro. Existe uma corrente que pode denominar-se como “forma de produção neoliberal”, a qual busca articular interesses empresariais com os de amplas parcelas de profissionais da saúde (sobretudo médicos e dentistas), e que, apesar de se ver obrigada a levar em conta as diretrizes políticas do Estado e as pressões populares oriundas da sociedade civil organizada, valeu-se da própria estrutura organizacional do sistema de saúde brasileiro

³⁸ Por carência subentende-se um período em que a cobertura contratual fica suspensa, não podendo o consumidor usufruir certos atendimentos, que somente lhe serão assegurados após o decurso de um determinado prazo, tendo por finalidade a capitalização da empresa para que esta possa garantir um equilíbrio econômico-financeiro em relação à sua base de beneficiários, em face de suas coberturas (FIGUEIREDO, 2006, p. 215).

para se desenvolver, inclusive mediante suporte econômico-financeiro prestado pelo Estado (CAMPOS, 1997, p. 41). Porém, tal forma de produção neoliberal demonstra suas limitações ao não conseguir atender igualmente a todos os interesses de classe, grupos e partidos políticos existentes na sociedade brasileira, bem como devido às variações econômicas e políticas, dependendo, paradoxalmente, de intervenções estatais que prestem atendimento às parcelas da população que não conseguiram se incorporar ao mercado (CAMPOS, 1997, p. 41-42).

Por outro lado, as contradições oriundas desse modelo e seus desdobramentos práticos repercutiram em projetos e ações contra-hegemônicos, o que propiciou o surgimento de espaços para a construção de políticas reformistas e socializantes, em oposição ao modelo neoliberal (CAMPOS, 1997, p. 42). Esses movimentos; como é o caso do Movimento Social em Saúde; buscaram a adesão e participação de grandes parcelas da população que se encontravam excluídas do modelo de atenção neoliberal que foi incorporado à previdência, o que, mediante pressão e manifestação popular, possibilitou a instituição do SUS (CAMPOS, 1997, p. 42). Porém, mesmo aceitando a existência da saúde privada, a essa segunda corrente socializante busca subordinar o setor suplementar ao SUS e substituir a predominância do interesse privado pelo público na saúde (CAMPOS, 1997, p. 42).

CAMPOS (1997, p. 43), ainda ressalta a existência de um terceiro projeto, o qual utiliza-se da mesma terminologia e conceitos que fundamentam as propostas do SUS, mas que, na prática, permanece vinculado a alguns aspectos do projeto neoliberal, não apresentando com radicalidade propostas de mudança que instiguem forças sociais suficientes para a hegemonia do modelo socializador no âmbito da saúde. Essa terceira via vale-se de lacunas existentes no arcabouço institucional e de uma postura racionalizadora a qual tem conquistado posições de mando dentro do Estado (CAMPOS, 1997, p. 43).

Todavia, em que pese todos os avanços na implementação do SUS, a rede privada vem reciclando determinadas práticas e noções neoliberais, adaptando estas ao mercado e às políticas de saúde do Estado, buscando ampliar sua carteira de clientes para além da população economicamente apta a aderir alguma das modalidades assistenciais privadas (CAMPOS, 1997, p. 68). Além disso, os agentes do setor suplementar tem movido ações de luta ideológica e

cultural com o fim de formar um opinião pública favorável às suas premissas, assim como tem lutado para ocupar posições governamentais capazes de anular os aspectos mais socializantes do SUS e promover os interesses de mercado da rede privada (CAMPOS, 1997, p. 69).

Ademais, ao mesmo tempo em que a regulamentação do mercado de saúde suplementar refreou uma série de abusos que até então eram fomentados por um mercado livre de regulamentação, esta também propiciou o ingresso do capital estrangeiro no setor; que até então estava restrito ao capital nacional; fato que pode ser observado como mais um dos avanços de um projeto neoliberal que prima por uma sociedade regida pelas leis de mercado (ACIOLE, 2006, p. 341).

Nesse sentido, ACIOLE (2006, p. 341-342) muito bem descreve o panorama no qual se encontram as relações público/privado do setor de saúde brasileiro:

[...] A emergência do, agora denominado, Sistema Suplementar ganha estatuto de agenda de discussão para a Saúde Pública, à medida que se estabelecem números definidores da abrangência de um e de outro sistema, dando conta da disparidade de três/um entre usuários do sistema estatal e clientes do sistema privado. Mas, principalmente, pela revelação do poço profundo, e do enorme conjunto de caixas-pretas que cerca a delimitação das relações de interdependência que cercam os dois sistemas entre si, na medida em que são distintos seus modelos de assistência – universal, integral e resolutivo, no primeiro; segmentar, pecuniário, meritocrático, excludente, restritivo, no segundo. E se continua, pela revelação de públicos-alvo potenciais para cada um deles: o primeiro se afirmando na focalização aos pobres e excluídos do segundo; este último voltado para, o que simploriamente se pode chamar, excluídos daquele outro.

A mercantilização da saúde e a necessidade de desmercantizá-la é algo que já fora evidenciado por estudiosos pertencentes à Associação Latinoamericana de Medicina Social (Alames) ao discutirem a articulação Público/Privado nos sistemas de Saúde da América Latina

durante o II Seminário Latinoamericano de Política Sanitária, realizado no México, em 1993 (CORREIA, 2000, p. 40). Nessa ocasião, os pesquisadores da Alames chegaram à conclusão de que a evolução da iniciativa privada na seara da saúde é resultante da implementação do modelo neoliberal nos países da América Latina (CORREIA, 2000, p. 41).

Como estratégias contra-hegemônicas ao modelo neoliberal de atenção à saúde, os pesquisadores da Alames propõem o controle social sobre o setor público e privado de saúde, bem como o estímulo à mobilização social pela saúde pública (CORREIA, 2000, p. 41). Tais medidas demandam a inserção de atores sociais (organizações populares e trabalhadores da saúde) na dinâmica estatal, os quais, no Brasil, encontram espaços de participação dentro do SUS através das conferências e dos conselhos de saúde regulamentados pela Lei Nacional n. 8.142/90, sendo que os últimos, dotados de poder deliberativo, representam um importante espaço de luta contra a mercantilização da saúde (CORREIA, 2000, p. 42).

Dessa forma, observa-se que o sistema de saúde brasileiro desenvolveu-se a partir da disputa de duas concepções distintas de Estado. Uma social, assentada nos ideais do Movimento Social em Saúde, a qual deu sustentação ao projeto que instituiu o SUS, que contempla a saúde como um direito e um bem público (ACIOLE, 2006, p. 343). Outra liberal, a qual encontra respaldo na assistência suplementar à saúde, proposta fomentada pelos grandes grupos industriais e empresariais, os quais buscam transformar a saúde num bem de consumo negociável no mercado e acessível apenas àqueles que dispõem de capacidade financeira para tanto (ACIOLE, 2006, p. 343).

Mais uma vez observa-se que a balança entre os direitos de liberdade e os direitos sociais tem pendido à favor dos primeiros, no caso da saúde, representados pela autonomia privada, livre escolha e liberdade de mercado defendidas pelas operadoras de saúde suplementar, as quais seguem o ideário político-econômico dominante numa sociedade globalizada, o neoliberalismo.

Em contrapartida, tendo em vista que a participação popular sempre se fez presente no processo de Reforma Sanitária encabeçado pelo Movimento Social em Saúde, pode-se considerar que a Reforma Sanitária foi um processo plural o qual buscou romper com a cultura monista, autoritária e tecnocrática do Estado, implementando uma

concepção de saúde a qual correspondeu, na medida do possível, aos anseios e carências sociais. Assim, levando-se em consideração que o fundamento dos direitos humanos vincula-se à legitimidade das lutas sociais populares e à capacidade destas se radicarem na coletividade, a concepção de saúde proposta pela CRFB e pelo SUS fazem jus aos de um direito fundamental historicamente construído de acordo com os anseios do povo, e, portanto, legítimo.

Nesse sentido, tendo em vista que os direitos humanos não são um processo fechado e acabado, mas sim, como menciona HERRERA FLORES (2009, p. 34), “o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida”, os instrumentos de participação popular em saúde previstos pela Lei Nacional n. 8.080/90 (Conselhos e Conferências de Saúde) são uma via crucial para que a saúde, enquanto direito fundamental, preserve seu caráter plural e social, fiel aos anseios populares que lhe dão legitimidade, e, assim sendo, não sucumba aos interesses de mercado de uma economia neoliberal a qual busca estender sua influência e conquista espaço através dos serviços de suplementação de saúde, desumanizando-a e transformando-a em mera mercadoria.

Nesse sentido, uma vez que a fonte jurídica por excelência encontra-se nas relações sociais e nas necessidades fundamentais materiais, subjetivas e culturais almejadas pela coletividade diante do contexto sócio-político-econômico vivenciado (WOLKMER, 2001, p. 152), mostra-se importante analisar as instâncias de participação popular dentro do SUS, assim como aquelas previstas pela ANS na regulamentação do setor suplementar. Diante da importância de tais instâncias, o capítulo seguinte busca averiguar a sistemática dos espaços de democracia participativa do SUS e da ANS; seus avanços, conquistas e desafios a serem superados; bem como a confluência entre ambos os setores, público e “privado”, na tutela coletiva do direito à saúde por meio da participação popular.

3. O CONTROLE SOCIAL NAS POLÍTICAS DE SAÚDE: POSSIBILIDADES E DESAFIOS PARA A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TUTELA COLETIVA DO DIREITO À SAÚDE.

Democracia e participação popular são idéias conexas, mas que nem sempre caminharam juntas. Ao final dos anos 50 a ineficiência burocrática estatal deu ensejo a organização de movimentos participativos oriundos das camadas populares, os quais penetraram o meio acadêmico através das ciências humanas, tendo como um de seus pontos altos a eclosão da “Revolução de Maio”³⁹, ocorrida em 1968 na cidade de Paris, França (WENDHAUSEN, 2002, p. 172-174).

Dessa forma, o início dos anos 70 é marcado pela crítica à democracia liberal; pautada num modelo burocrático-representativo que reduz o aspecto participativo da democracia ao voto eleitoral; e pela criação em diversos países de instrumentos de democracia direta, participativa, no processo político (WENDHAUSEN, 2002, p. 174). A crítica à democracia liberal e a expansão da democracia participativa foram reforçadas pela argumentação política dos movimentos populares dos anos 80, que buscaram fomentar a participação cidadã e a conquista de pequenas parcelas de poder perante o Estado, seja como um movimento de base ou como uma resposta cidadã à política estatal (WENDHAUSEN, 2002, p. 175-177).

Nesse sentido, a decepção causada pelo não cumprimento das promessas realizadas pela democracia liberal levou à emergência de novos grupos de interesse ao final dos anos 70, os quais SANTOS (2000, p. 256-263) denomina como “novos movimentos sociais”, movimentos emancipatórios que ocorrem no marco da sociedade civil e não do Estado, mantendo uma certa distância em relação a este. Entretanto, essa distância é mais aparente do que real, uma vez que as reivindicações acabam sempre se traduzindo numa exigência feita ao Estado, da mesma forma que não recusam a política, mas, muito pelo contrário, visam o alargamento desta para além do marco liberal da distinção entre Estado e sociedade civil (SANTOS, 2000, p. 256-

39 Insurreição popular movida por ideais esquerdistas que culminou na paralisação geral de estudantes e trabalhadores franceses.

263).

Conforme observado no primeiro capítulo da pesquisa, ao buscar promover um novo paradigma participativo que não se identifica necessariamente com o estatal; instituindo, assim, uma nova fonte de juridicidade que supera o caráter centralizador e monista do modelo democrático-representativo e que visa corresponder aos anseios das camadas populares que lhes dão ensejo; os movimentos sociais podem ser considerados um marco histórico de pluralismo jurídico. Nesse viés, os movimentos sociais correspondem a espaços de práticas plurais participativas, se encaixam num pluralismo jurídico de cunho emancipatório, o qual WOLKMER (2001, p. 219) identifica como “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.

Da mesma forma que os novos movimentos sociais não negam ou minimizam a ação estatal, mas buscam expandir a experiência democrática para além do marco liberal-representativo, o pluralismo jurídico também não implica negar ou minimizar o direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas manifestações jurídicas da sociedade (WOLKMER, 2006, p. 188). Desse modo, a juridicidade pode decorrer tanto de práticas não-oficiais/informais, como por meio de práticas oficiais/formais, o que possibilita que o pluralismo jurídico se manifeste também através de práticas normativas produzidas por diferentes sujeitos sociais de forma complementar ao Estado, porém reconhecidas, incorporadas e controladas por este (WOLKMER, 2006, p. 188).

Nesse sentido, conforme analisado no primeiro capítulo do estudo, pode se falar tanto na existência de “pluralismo jurídico estatal”, como na de um “pluralismo jurídico comunitário” (WOLKMER, 2001, p. 225). Ao passo que o primeiro admite a presença de diversos corpos sociais semi-autônomos em relação a um poder político centralizador, bem como de diversos sistemas de resolução de conflito estabelecidos verticalmente e hierarquicamente com base em critérios de eficácia; o segundo manifesta-se em espaços sociais formados por sujeitos coletivos dotados de identidade e autonomia próprias, e que se mantêm independentemente do controle estatal (WOLKMER, 2001, p. 225). Entretanto, o que se ressalta como aspecto fundamental para a configuração de uma práxis

pluralista é o controle cidadão das decisões jurídico-políticas e o alcance, recepção e satisfação de tais deliberações na sociedade (GALLARDO, 2006, p. 97).

Analisando tais dinâmicas sob o prisma da saúde no Brasil, observou-se, no segundo capítulo do estudo, que a Reforma Sanitária foi um processo plural de luta pela universalização e descentralização dos serviços de saúde no Brasil o qual foi protagonizado pelo Movimento Social em Saúde, tendo se disseminado na sociedade como um movimento opositor ao próprio regime ditatorial, de caráter autoritário e centralizador. Dessa forma, o final dos anos 70 e o início dos anos 80 constituíram o marco histórico do processo de democratização do país, tanto sob o viés político como sob o ponto de vista sanitário.

Diversos segmentos sociais fizeram parte do Movimento Social em Saúde, dentre estes, GERSHMAN (2004, p. 19-20) destaca três: o Movimento Sanitário, o Movimento Médico e o Movimento Popular em Saúde.

O Movimento Sanitário, conforme observado anteriormente, teve origem nos Departamentos de Medicina Preventiva (DMP), valendo-se da crítica ao discurso prevencionista e aos efeitos negativos da medicalização, buscando conciliar o conhecimento científico à práxis política, contemplando a saúde sob a perspectiva do materialismo histórico e desenvolvendo uma abordagem médico-social que visou o coletivo ao invés do individual (ESCOREL, 1998, p. 181).

Por sua vez, o Movimento Médico foi um movimento de caráter multifacetado que compreendeu várias associações profissionais médicas dotadas de alto grau de institucionalização na defesa de interesses corporativos da classe médica (GERSHMAN, 2004, p. 137). Porém, em que pese sua composição predominantemente médica, o Movimento Médico atuou durante a década de 70 junto ao Movimento Social em Saúde na representação de interesses de caráter pluralista, valendo-se de um discurso opositor à ditadura militar, ao sistema médico-previdenciário, e à intervenção militar nas entidades médicas (GERSHMAN, 2004, p. 143). Entretanto, a partir da década de 80, o Movimento Médico deixou a argumentação pluralista em segundo plano, reforçando o discurso profissional e corporativista característico das entidades médicas (GERSHMAN, 2004, p. 138).

No que tange ao Movimento Popular em Saúde, sua organização foi simultânea às discussões acerca da medicina comunitária e

impulsionada pelos ideais da igreja progressista e dos partidos políticos de esquerda, sendo dotado de uma composição plural, contando com médicos, sanitaristas, estudantes, religiosos, militantes da igreja católica e de partidos políticos, pessoas pertencentes às classes sociais menos favorecidas, e acadêmicos (GERSHMAN, 2004, p. 94-99). Tais atores sociais contestaram o modelo médico hegemônico; de cunho elitista e excludente; e, principalmente, o caráter privado e mercantilista do sistema de saúde brasileiro, assim como defenderam a medicina e participação comunitária, idéias que foram difundidas, inicialmente, através dos Encontros de Experiências de Medicina Comunitária (Enemec), e, posteriormente, por meio dos Encontros do Movimento Popular em Saúde⁴⁰ (GERSHMAN, 2004, p. 94-99).

Diferente do Movimento Médico, dotado de um importante grau de institucionalização⁴¹, o Movimento Popular em Saúde sempre procurou manter uma atuação autônoma em relação ao Estado, uma vez que seus membros entendiam que a institucionalização do movimento levaria ao seu atrelamento ao Estado, e, concomitantemente, à sua burocratização e distanciamento das bases que lhe deram sustentação (GERSHMAN, 2004, p. 96-100). Todavia, em face da necessidade de expandir a influência do Movimento Popular em Saúde nas decisões políticas do setor, bem como diante

⁴⁰ Até o IV encontro a medicina comunitária prevaleceu como principal foco dos eixos temáticos, porém, com a alteração da denominação dos encontros para “Encontro do Movimento Popular em Saúde”, o próprio movimento passou a constituir a motivação dos encontros. Os encontros perduraram até a sua sétima edição, quando então passaram a ter feição local, atuando nos níveis estadual e municipal, para posteriormente serem substituídos pela Plenária Nacional de Saúde, a qual teve o intento de promover uma articulação nacional na implementação da Reforma Sanitária (GERSHMAN, 2004, p. 97-105).

⁴¹ Dentre as entidades dotadas de personalidade jurídica que fizeram parte do Movimento Médico, apenas o Conselho Regional de Medicina (Cremerj) e o Sindicato dos Médicos (SindMed), possuíam status público, estando vinculadas e controladas pelo Estado até os anos 80, ao passo que as demais entidades que o compunham; a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro (SMCRJ), a Sociedade Médica do Estado do Rio de Janeiro (Somerj), e a Associação Médica Brasileira (AMB); possuíam caráter privado, mesmo que institucionalizadas e regulamentadas quanto aos seus procedimentos internos (GERSHMAN, 2004, p. 143).

da necessidade de se obter a independência financeira do movimento, este acabou tornando-se uma entidade com personalidade jurídica própria, o que permitiria ao movimento receber recursos de diversas fontes não governamentais, fortalecendo sua estrutura e agilizando suas ações estratégicas (GERSHMAN, 2004, p. 96, 99-100).

Nesse viés, observa-se que a autonomia e institucionalização, da mesma forma que nos demais movimentos sociais, também foram um aspecto controverso no Movimento Social em Saúde (GERSHMAN, 2004, p. 91). A princípio o movimento manteve-se distante em relação ao Estado, para então, posteriormente, trazer este para a dinâmica de suas relações, tendo em vista que, mesmo que o Movimento Social em Saúde tenha nascido na sociedade civil, dissociado da ordem política, sua crescente mobilização lhe possibilitou conquistar espaço público e reivindicar demandas cuja satisfação requer a intervenção estatal, o que faz deste um importante agente na conciliação entre os interesses do Estado e da população representada (GERSHMAN, 2004, p. 92).

GERSHMAN (2004, p. 91) discorre a respeito de tal dinâmica no âmbito do Movimento Social em Saúde:

A problemática que envolve a análise dos movimentos sociais de extração popular e, neste caso, a dos movimentos populares em saúde, relaciona-se basicamente a três eixos de questões decisivas em processos de formação, assim como na atuação dos mesmos: a relação com o Estado, sua institucionalização e a autonomia em relação a outras forças sociais. Ao considerar que o Movimento Popular em Saúde tem seu eixo de atuação no plano das políticas de saúde - área específica de intervenção do Estado -, constatou-se que a concepção do Estado, assim como a relação com este constitui seu “calcanhar de Aquiles”. O movimento deixa de ter uma existência virtual no momento em que se relaciona com o Estado, já que este passa a ser o alvo da ação coletiva e, nesse sentido, elemento polar em sua constituição [...] Trata-se de uma tensão permanente, de uma dinâmica contraditória e constituinte que caracteriza a relação entre Movimento Popular em Saúde e Estado.

Contudo, a institucionalização dos movimentos pode representar um grande empecilho para a heterogeneidade e atuação política destes, uma vez que podem acabar sendo englobados pelo Estado, e, conseqüentemente, perderem sua autonomia e capacidade de mobilização, problemática a qual WENDHAUSEN (2002, p. 90-95) abrange como “o duplo sentido do controle social”.

O conceito de controle social varia de acordo com a forma como se desenvolve a relação entre o Estado e a sociedade civil, motivo pelo qual pode ser considerado uma expressão ambígua (CORREIA, p. 2005, p. 48). Por um lado, pode consistir no controle exercido pelo Estado sobre a sociedade em favor dos interesses da classe dominante, através de políticas sociais que visam amenizar os conflitos de classe (CORREIA, p. 2005, p. 48-49). Por outro lado, pode se consubstanciar no controle exercido pela sociedade (ou por determinados setores desta) sobre as ações e políticas estatais, concepção a qual observa o Estado como um espaço contraditório de luta por interesses de classe, que, apesar de representar hegemonicamente os interesses da classe dominante, também abre margem para as demandas das classes subalternas (CORREIA, p. 2005, p. 49).

É nesse espaço contraditório que, segundo CORREIA (2005, p. 49), nasce uma nova concepção de controle social a qual consiste na “atuação de setores organizados na sociedade civil na gestão das políticas públicas no sentido de controlá-las para que estas atendam, cada vez mais, às necessidades e demandas sociais e aos interesses da coletividade”.

No Brasil, a discussão acerca do controle social ganhou destaque a partir do processo de democratização ocorrido nos anos 80, sobretudo, mediante a institucionalização de instrumentos de democracia participativa nas políticas públicas preconizadas pela CRFB de 1988 e regulamentadas posteriormente através de leis orgânicas, consistindo nos Conselhos de Gestores⁴² e nas Conferências Setoriais⁴³ (CORREIA, 2005, p. 55). A partir do marco

⁴² Instâncias colegiadas de caráter permanente e deliberativo dotadas de composição paritária entre usuários e representantes dos demais segmentos (CORREIA, 2005, p. 55).

⁴³ Possuem como objetivo avaliar e propor diretrizes para políticas específicas

legal de 1988, os conselhos e conferências foram alguns dos principais veículos de comunicação da sociedade civil organizada com o Estado na tentativa de fazer com que este atenda, cada vez mais, aos interesses da maioria da população (CORREIA, 2005, p. 55). São espaços plurais de democracia direta e controle da sociedade sobre o Estado, contrapondo-se ao regime ditatorial, no qual o Estado detinha o controle exclusivo sobre a sociedade e os interesses desta, não abrindo canais de interlocução com a população e reprimindo qualquer forma de manifestação contrária à política estatal (CORREIA, 2005, p. 55).

Dentro do âmbito das políticas de saúde, de acordo com o Ministério da Saúde, controle social seria “o controle sobre o Estado pelo conjunto da Sociedade Organizada em todos os segmentos sociais [...] resultante da articulação e da negociação dos interesses fracionados e específicos de cada segmento, a favor dos interesses e direitos de cidadania do conjunto da sociedade” devendo possuir caráter permanente e beneficiar todo o conjunto da sociedade, constituindo, assim, o controle mais efetivo e legítimo exercido a favor desta (BRASIL, 2002, p. 25-26).

A garantia de tal premissa foi amplamente discutida e reforçada pelos participantes da 8ª CNS, constando como uma das principais diretrizes plasmadas no relatório final da conferência; o qual foi encaminhado para os membros da Assembléia Nacional Constituinte e subsidiou esta no desenvolvimento da seção relativa à saúde da CRFB de 1988. Os conferencistas chegaram ao consenso de que o controle dos processos de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população justifica-se pelo fato de estas não se materializarem apenas através de sua formalização, ou seja, de sua positivação no texto constitucional, o que torna necessário a garantia da participação popular na organização, gestão e controle dos serviços e ações de saúde (BRASIL, 2011f, p. 04-05).

Nesse sentido, sob pressão do Movimento Social em Saúde e dos demais segmentos que fizeram parte da 8ª CNS, os membros da Constituinte inseriram o controle social na área da saúde através do inciso III do artigo 198 da CRFB de 1988⁴⁴, o qual prevê a

em todas as esferas da federação (CORREIA, 2005, p. 55).

⁴⁴ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de

participação da comunidade como um dos princípios basilares do SUS (BRASIL, 2010a). Da mesma forma, a Lei Nacional n. 8.080/90 também prevê o controle social no âmbito da saúde, seja consagrando a participação popular como uma de suas diretrizes fundamentais⁴⁵, ou ressaltando a co-responsabilidade das diversas instituições que compõem a sociedade na tutela do direito à saúde⁴⁶, bem como através da participação de entidades representativas da sociedade civil na composição de comissões intersetoriais as quais envolvem setores não compreendidos na esfera de competência do SUS, mas que são de grande importância para a consecução das políticas e ações de saúde⁴⁷ (BRASIL 2010d). Para regulamentar a participação da comunidade na gestão do SUS, foi editada a Lei Nacional n. 8.142/90, a qual dispôs em seu artigo 1º que o SUS deve contar, em cada esfera de governo (municipal, estadual e federal), com Conferências e Conselhos de Saúde, instâncias colegiadas de

acordo com as seguintes diretrizes:

III - participação da comunidade (BRASIL, 2010a).

- ⁴⁵ Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

VIII – participação da comunidade;

- ⁴⁶ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (BRASIL, 2010d).

- ⁴⁷ Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

I – alimentação e nutrição;

II – saneamento e meio ambiente;

III – vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;

IV – recursos humanos;

V – ciência e tecnologia; e

VI – saúde do trabalhador (BRASIL, 2010d).

participação popular na gestão do SUS⁴⁸ (BRASIL, 2011g).

Todavia, deve-se atentar para o risco de na verdade estar-se diante de mecanismos de disciplinamento ao invés de instrumentos de emancipação, dinâmica a qual WENDHAUSEN (2002, p. 90-95) denomina como sendo “o duplo sentido do controle social”. O duplo sentido do controle social consiste na possibilidade do controle social manifestar-se como uma instância de resistência ao voluntarismo e controle autocrático do Estado, ou tornar-se uma mera estratégia de legitimação da ordem existente, fazendo do controle social um instrumento à mercê dos interesses do Estado e do mercado (WENDHAUSEN, 2002, p. 90-95).

A autora trabalha tal dinâmica sob o viés da instituição de um bio-poder o qual busca manter o disciplinamento da população através da medicalização desta, valendo-se da razão médica; cuja cientificidade é socialmente reconhecida; para subordinar a razão social a este saber totalizante (WENDHAUSEN, 2002, p. 75). A necessidade de instituição deste bio-poder daria respaldo a intervenções disciplinadoras sobre a população, adestrando os corpos sociais e tornando o povo dependente da razão médica, a qual está concomitantemente atrelada ao Estado, que utiliza-se desta para assegurar seu controle social sob as ações de saúde, bem como para corresponder aos interesses do capitalismo através da inserção controlada de corpos sadios dentro dos processos de produção e reprodução do capital (WENDHAUSEN, 2002, p. 81).

A exemplo disso pode se citar a Lei dos Pobres da Inglaterra, a qual tinha como um de seus objetivos a prestação de uma assistência médica controlada aos pobres; vistos no segundo terço do século XIX como um perigo de doenças; buscando corresponder às suas necessidades sanitárias (WENDHAUSEN, 2002, p. 80). Todavia, tal dispositivo legal na verdade tratou-se de um instrumento de controle através do qual as classes ricas e seus representantes de Estado buscavam sua própria proteção e a garantia de seus interesses de mercado mediante os cuidados com a saúde das parcelas economicamente desfavorecidas da população (WENDHAUSEN,

⁴⁸ Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:
I – a Conferência de Saúde; e
II – o Conselho de Saúde (BRASIL, 2011g).

2002, p. 80).

WENDHAUSEN (2002, p. 90-92) também observa o desenvolvimento de tal lógica no SUS, a qual não se limita apenas às relações entre profissionais e usuários, mas estende-se, também, ao nível coletivo:

As consequências dessas práticas, não se fazem sentir somente no nível mais privado das relações entre profissionais e usuários, mas também, no nível coletivo. Se tomarmos o controle social referido na 8ª Conferência Nacional de Saúde, como imaginá-lo efetivo diante deste quadro histórico de sujeição do usuário frente ao sistema de saúde? Como imaginar um sujeito com autonomia suficiente para colocar-se diante dos diversos atores que compõem um Conselho de Saúde, por exemplo, exercendo um poder e um saber representativo e legítimo, quando este lhe foi expropriado ao longo de, pelo menos dois séculos? Se considerarmos que a idéia de controle social está fortemente vinculada por toda uma tradição de análise sociológica como “rede de relações de poder”, não poderiam se tornar os Conselhos de Saúde uma instância a mais (e ainda mais sutil) desse controle, na medida em que a democracia é tomada apenas como discurso e não como prática efetiva? Esse poder dos cidadãos de participar diretamente das políticas de saúde não pode também ser-lhes retirado na medida em que foi “doado” (instituído) pelo Estado-guardião?

Transpondo tal lógica para a perspectiva de um pluralismo jurídico sanitário, se analisará a estrutura e funcionamento das instâncias de participação popular em saúde, não se limitando apenas ao setor público, mas analisando também como tais dinâmicas se manifestam no setor “privado”, suplementar, uma vez que, mesmo que a CRFB deixe a assistência à saúde livre à iniciativa, ainda assim a saúde trata-se de um bem de titularidade coletiva, de caráter extrapatrimonial, não pertencendo a pessoas de direito público, particulares ou entidades privadas, exclusivamente, mas à comunidade, legítima titular do direito à saúde. Nesse viés, a tutela do direito à saúde não deve restringir-se à autocracia do aparato

estatal, nem a agências reguladoras, ou ao mercado, mas sim estender-se à coletividade através de instâncias de participação popular que se consubstanciem em legítimas manifestações de democracia participativa e não num mero subterfúgio para exercer controle sob espaços de manifestação e normatividade social (PILATI, 2011, p. 100-103).

Dessa forma, num primeiro momento se analisará a estrutura, o funcionamento, e os limites e desafios para a participação popular no SUS, através das Conferências e dos Conselhos de Saúde no SUS. Num segundo momento, se verificará como a participação popular se manifesta dentro do setor de saúde suplementar através da ANS. Por fim, se observará as interfaces entre SUS e saúde suplementar e a possibilidade de conciliar ambos os setores na tutela do Direito à Saúde mediante o reconhecimento de sua natureza e titularidade coletiva.

3.1. A estrutura organizacional e os desafios para a participação popular no SUS.

Antes de avançar na análise das estruturas participativas do SUS e da ANS, convém verificar algumas distinções acerca do conceito e emprego do termo “participação” no que tange ao aspecto participativo da democracia, desde já se subentendendo que esta trata-se de um fenômeno que ultrapassa o sentido empregado a esta pelo ideário liberal-burguês, o qual a limita apenas ao seu aspecto eleitoral.

O termo “participação da comunidade” visa uma aproximação para com as comunidades locais na implementação de projetos políticos, porém, diferente do termo “participação popular”, este não leva em considerações as diferenças sociais, o que dificulta a identificação dos segmentos sociais dotados de legitimidade para representar a sociedade em tais demandas (WENDHAUSEN, 2002, p. 179). Por sua vez, “participação popular” é um conceito vinculado ao envolvimento dos setores populares; não pertencentes à classe social dominante; na dinâmica de processos participativos, pressupondo que a representação desses setores populares se dê mediante representantes legitimamente eleitos ou indicados por entidades organizadas da população (WENDHAUSEN, 2002, p. 179).

Além desses termos mais tradicionais, também se empregam na dinâmica dos processos participativos os conceitos de “participação do usuário” e “participação do consumidor”. Por “participação do usuário”, entende-se o envolvimento de um grupo particular de usuários de um determinado serviço nas instâncias de democracia participativa desse setor específico, valendo-se de noções de cidadania ao mesmo tempo em que limita o aspecto participativo da democracia à um grupo restrito de pessoas de uma determinada faixa territorial (WENDHAUSEN, 2002, p. 180). Por outro lado, o conceito de “participação do consumidor” também limita o aspecto participativo da democracia a um grupo específico de pessoas, consumidores, mas diferencia-se do conceito de “participação do usuário” por focar sua caracterização na relação de compra e venda de bens e serviços, possuindo, assim, um teor mercadológico que reforça a lógica neoliberal (WENDHAUSEN, 2002, p. 180).

Embora a CRFB, a Lei Orgânica de Saúde (LOAS), e os fóruns institucionais do SUS valham-se dos termos “participação da comunidade” e “participação do usuário”, optou-se por utilizar nesta pesquisa o termo “participação popular” por acreditar-se que; levando-se em consideração que a política nacional de saúde não restringe as instâncias participativas do SUS ao nível local ou apenas aos usuários deste; tal termo corresponde melhor à dinâmica dos Conselhos e Conferências de Saúde, dando maior ênfase ao aspecto plural das instâncias participativas do SUS, bem como à necessidade de participação das classes e categorias de base nas instâncias participativas do SUS, uma vez que o povo brasileiro, enquanto corpo coletivo e diversificado, mostra-se o mais apto e legítimo interessado na tutela coletiva do direito fundamental à saúde.

Todavia, tendo em vista o sentido vago e difuso dado ao termo participação popular pelos textos oficiais, bem como em face de sua frágil normatização e da centralização desta nas mãos de técnicos e da burocracia estatal, deve-se atentar para que o conceito de participação popular não seja deturpado, atribuindo ao povo uma responsabilidade que seria do Estado, como é o caso das práticas conhecidas como mutirão e integração (VALLA, 1998, p. 09).

O mutirão consiste num apelo feito à população; geralmente àquelas que pertencem a comunidades periféricas ou favelas; para que empregue seu próprio tempo, trabalho, e, certas vezes, seu próprio dinheiro, na realização de ações e obras que seriam de

responsabilidade do governo, podendo se citar como exemplo o caso das epidemias de dengue e de cólera no Brasil (VALLA, 1998, p. 09). Trata-se geralmente de uma consequência resultante do paradoxo existente entre políticas autoritárias decididas unilateralmente pelo governo e a ineficiência destas diante da realidade social, o que leva os governantes a convocarem a população quando estes percebem que o aparato e a política estatal não são o suficiente para resolver determinado problema (VALLA, 1998, p. 09).

As propostas de integração partem do pressuposto de que a maior parte da população não é abrangida pelos serviços básicos estatais em face de sua pobreza, ignorância e passividade, ou seja, por sua própria culpa, motivo pelo qual deveriam ser incentivados e esclarecidos para que possam participar dos benefícios do progresso econômico e social conduzido pelos canais representativos e pelo aparato burocrático estatal (VALLA, 1998, p. 09). Tal prática acaba por culpabilizar o povo pelo não acesso aos serviços básicos estatais, assim como desqualifica o saber popular, não consistindo numa forma legítima de participação, mas sim numa incorporação de corpos mansos à lógica elitista e centralizadora da democracia liberal-burguesa, travestindo o aspecto participativo da democracia mediante artifícios assistencialistas (VALLA, 1998, p. 10-11).

Nesse sentido, a participação popular diferencia-se das práticas do mutirão e de integração das classes marginalizadas pelo fato de tratar-se de uma participação política das entidades representativas da sociedade civil organizada em órgãos, agências ou serviços públicos estatais. Consiste, portanto, no controle político efetivo da população sobre os recursos e políticas estatais a serem desenvolvidos e implementados, não se confundindo com a mera inserção populacional na área de cobertura dos serviços básicos estatais, nem com a prestação de tais ações e serviços pela própria população diante da insuficiência do aparato estatal (VALLA, 1998, p. 10). Em suma, segundo VALLA (1998, p. 09), “de forma geral, participação popular compreende as múltiplas ações que diferentes forças sociais desenvolvem para influenciar a formulação, execução, fiscalização e avaliação das políticas públicas e/ou serviços básicos na área social” (saúde, educação, habitação, transporte, saneamento básico etc.).

Dessa forma, uma vez tendo a CRFB de 1988 e a LOAS (Lei Nacional n. 8.080/90) consagrado a participação popular como um dos princípios basilares do SUS, a Lei Nacional n. 8.142/90 veio a

institucionalizar e regulamentar esta dentro do âmbito do SUS, instituindo as Conferências e os Conselhos de Saúde, instâncias de democracia participativa do SUS.

3.1.1. Conferências de Saúde

O parágrafo 1º da Lei Nacional n. 8.142/90, assim dispõe sobre as Conferências de Saúde:

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde (BRASIL, 2011g).

Nesse sentido, as Conferências de Saúde são espaços democráticos de discussão e construção coletiva da política de saúde, consistindo num fórum de participação popular no qual os usuários e os demais segmentos da sociedade relacionados, direta ou indiretamente, ao setor saúde, podem decidir os rumos desta em cada esfera da federação (BRASIL, 2011h, p. 08). A partir das reflexões oriundas das Conferências de Saúde, devem surgir avaliações e propostas que subsidiem políticas públicas de saúde, ressaltando-se que um dos pontos mais importantes das pautas de discussão das Conferências de Saúde contempla a apreciação daquilo que foi deliberado em conferências anteriores, analisando-se minuciosamente aquilo que foi cumprido e o que não foi cumprido pelos gestores de saúde, revendo, assim, quais demandas anteriores permanecem ou não no pleito de reivindicação da conferência (BRASIL, 2011h, p. 09).

As Conferências de Saúde devem se dar de forma transparente e ascendente, iniciando com pré-conferências em bairros, regiões ou distritos, passando então para o plano municipal, estadual e nacional (BRASIL, 2011h, p. 09). No plano municipal, a Conferência deve ser realizada no primeiro ano da administração eleita e recém empossada, tendo como objetivo a confecção de políticas públicas que deverão compor o Plano Municipal de Saúde (PMS) e o Plano Plurianual

(PPA), servindo de norte para os governantes nos seus três anos seguintes e para a próxima gestão em seu primeiro de mandato (BRASIL, 2011h, p. 08-09). Por sua vez, a etapa nacional da Conferência de Saúde ocorre no terceiro ano da gestão municipal e deve ser antecipada por uma etapa municipal que visa discutir os eixos de interesse nacional e eleger os delegados que farão parte das etapas estadual e nacional da Conferência de Saúde (BRASIL, 2011h, p. 08).

Conforme o § 1º da Lei Nacional n. 8.142/90 determina, a Conferência de Saúde deve ser convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pela própria conferência ou pelo Conselho de Saúde (BRASIL, 2011h, p.10). Assim, cabe ao prefeito convocá-la ordinariamente, e, uma vez ocorrendo a decisão política de realização da conferência, o Conselho de Saúde deverá discutir com o Secretário de Saúde sobre sua organização, uma vez que a execução desta é de responsabilidade do Executivo (BRASIL, 2011h, p. 11).

O processo organizativo da conferência deverá estar previsto em seu Regimento Interno, conforme previsão do § 5º da Lei Nacional n. 8.142/90⁴⁹, o qual deverá ser elaborado antes da conferência e aprovado pelo respectivo conselho de abrangência equivalente ao da conferência (BRASIL, 2011h, p. 11). Deve constar no regimento a data (com antecedência mínima de um mês), local (o qual deverá levar em consideração a capacidade financeira e quantidade de participantes), temática (deve relacionar-se com os problemas e propostas de saúde de abrangência da conferência), orçamento (deve se definir a fonte de recursos e sua quantidade, sem no entanto prejudicar a qualidade do evento), palestrantes (devem ter conhecimento da realidade local e capacidade para dialogar com grupos heterogêneos) e participantes (definir quantas pessoas, além dos delegados, poderão participar na qualidade de observadores, sem direito de voto), assim como o regimento também deve regulamentar o número de delegados e a realização da Plenária Final da conferência (BRASIL, 2011h, p. 12-13).

No que tange à composição das Conferências de Saúde, o § 4º da

⁴⁹ §v5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regime próprio, aprovadas pelo respectivo conselho (BRASIL, 2011g).

Lei Nacional n. 8.142/90⁵⁰ determina que a representação dos usuários deverá ser paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos que a compõem (BRASIL, 2011g). O número de delegados deve ser o mais representativo possível em face do contexto social, vindo as pré-conferências⁵¹ a servirem como foros de eleição dos delegados no caso de não haver uma articulação e integração suficientes entre as instituições e associações que compõem a realidade local (BRASIL, 2011h, p. 12). As vagas para delegados devem ser distribuídas nos seguintes moldes paritários: 50% do total das vagas devem ser destinadas aos delegados eleitos pelos usuários para representá-los; os 50% restantes devem ser reservados aos delegados eleitos pelos profissionais de saúde, prestadores de serviço e governo na proporção de 1/3 para cada (BRASIL, 2011h, p. 12).

A Plenária Final consiste no espaço de deliberação das conferências, tendo por finalidade aprovar as propostas apresentadas pelos delegados, devendo as regras da Plenária Final serem apresentadas aos delegados antes de seu início para o caso de conflitos a serem solucionados entre os participantes, recomendando-se a distribuição de crachás com cores diferentes aos delegados e a alocação destes em um local separado dos demais participantes, com o intuito de facilitar o processo de contagem dos votos (BRASIL, 2011h, p. 16). Ao final da conferência, as deliberações desta devem ser registradas num documento conhecido como Relatório Final, o qual deverá ser amplamente divulgado e encaminhado para os Conselhos de Saúde e servir de base para as conferências de nível superior (estadual ou nacional), contendo as principais discussões da conferência e um levantamento detalhado das propostas apresentadas

⁵⁰ § 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos (BRASIL, 2011g).

⁵¹ De acordo com o CONASEMS: São espaços que permitem uma maior divulgação da Conferência e pode ter várias finalidades: eleição dos delegados; levantar os problemas de saúde nos espaços mais próximos à população proporcionando a participação de comunidades isoladas; levantar dados primários para elaborar as diretrizes da política de saúde. Devem ser realizadas por volta de dois meses antes da Conferência e seus debates também devem ser norteados pelo tema central desta (BRASIL, 2011h, p. 12).

pelos diversos grupos que a compunham (BRASIL, 2011h, p. 16).

Em termos gerais, os Relatórios Finais das Conferências Nacionais de Saúde (CNS) realizadas até o presente momento sempre enfatizaram a importância do controle social e participação popular na gestão do SUS. Nesse sentido, 9ª CNS chamou a atenção para a necessidade dos movimentos populares criarem e manterem seus foros independentes e autônomos em relação ao Poder Público, uma vez que a preservação da independência e autonomia dos movimentos sociais em saúde é uma peça chave para evitar sua instrumentalização e cooptação pelo Estado, pois o controle social não pode reduzir-se à mecanismos formais de tutela, mas deve consistir no poder real da população de criar, fiscalizar e alterar a política e o direito (BRASIL, 2011i, p. 33).

Reforçando a importância da participação popular no SUS, o Relatório Final da 12ª CNS também propôs o estímulo e fortalecimento da mobilização social no controle social das políticas de saúde, propondo: a criação de novos canais de comunicação entre sociedade e governo; a educação popular em saúde; a criação de fóruns de acompanhamento das deliberações das conferências; a garantia de cumprimento das deliberações das Conferências de Saúde pelos gestores, sob pena de punição pelo Conselho Nacional de Saúde; a capacitação de líderes populares; o fortalecimento e expansão dos Conselhos de Saúde nas três esferas do governo; entre outras demandas (BRASIL, 2011c, p. 101-111).

Todavia, uma grande preocupação notada desde a 9ª CNS diz respeito ao não exercício do caráter deliberativo das Conferências e Conselhos de Saúde, motivo pelo qual, ainda na 9ª CNS, uma das propostas apontadas no Relatório Final foi a criação de lei específica para garantir o caráter deliberativo das conferências, dispositivo legal o qual até hoje não foi criado (BRASIL, 2011i, p. 36).

3.1.2. Conselhos de Saúde

O parágrafo 2º da Lei Nacional n. 8.142/90, define os Conselhos de Saúde da seguinte forma:

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na

formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo (BRASIL 2011g).

Os Conselhos de Saúde são a principal instância de participação popular na definição dos rumos da política de saúde nos planos nacional, estadual e municipal (GERSHMAN, 2004, p. 238). São espaços de disputa entre atores sociais que buscam legitimar suas ações e interesses, motivo pelo qual podem consistir tanto em espaços de ampliação da cidadania; trazendo à arena política sujeitos coletivos até então ausentes do cenário político; como também podem consubstanciar-se em meros instrumentos de legitimação da racionalidade estatal e de mercado (DA SILVA, 2011, p. 119).

Estas instâncias de democracia participativa responsáveis pela tutela coletiva do direito fundamental à saúde no âmbito extrajudicial, existem nas três esferas de governo e vinculam-se ao Poder Executivo através das Secretarias e Departamentos de Saúde, possuindo caráter permanente e poder deliberativo, ou seja, devem estar em permanente funcionamento e seus membros podem decidir coletivamente assuntos relativos à saúde da população, devendo tais decisões serem homologadas pelo chefe do poder executivo de sua respectiva esfera de atuação (DA SILVA, 2011, p. 18).

Da mesma forma que nas Conferências de Saúde, os Conselhos de Saúde também seguem os padrões de paridade representativa preconizados pelo § 4º da Lei Nacional n. 8.142/90 (BRASIL, 2011g). No que diz respeito ao percentual de vagas no conselho, 50% destas são destinadas às entidades do segmento usuário, ao passo que os outros 50% das vagas restantes devem ser distribuídos entre os demais segmentos que irão compor o Conselho de Saúde: 25% para representantes de profissionais de saúde e 25% para representantes do governo e de prestadores de serviço (BALSEMÃO, 2003, p. 306). Além de tais entidades, o § 3º da Lei Nacional n. 8.142/90 também garante ao Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e ao Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) representação no Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 2011g). Deve-se atentar também para o fato de que as

vagas não pertencem aos representantes, mas a entidade que este representa, podendo o representante ser substituído a qualquer tempo pela entidade representada (BALSEMÃO, 2003, p. 306).

Destaca-se que a pouca clareza da Resolução 33/92 do CNS⁵² fez com que houvesse uma confusão entre o âmbito de abrangência de prestadores de serviços e governo, uma vez que cabia aos próprios governantes a contratação dos prestadores de serviços públicos e privados. Porém, com a edição das NOBs 93 e 96, as discussões acerca de quais entidades compreenderiam a categoria de representantes de prestadores de serviços e quais comporiam os representantes de governo chegou ao fim, ficando assim definido:

Prestadores de Serviço: Podem ser os privados, principalmente, os contratados e conveniados pelo Governo Municipal, Estadual e Federal, e podem ser os públicos, como os hospitais universitários e de ensino público, as autarquias, fundações e empresas hospitalares públicas e outras, que são conveniadas pelos governos.

Governo: São os governos municipal (Prefeitura), Estadual e Federal, representado no SUS, pela Secretaria Municipal de Saúde, Secretaria Estadual de Saúde e Ministério da Saúde. São os três níveis de direção única do SUS (BRASIL, 2011j, p. 38).

Entretanto, o Ministério da Saúde salienta que, na esfera municipal e estadual, a divisão de dois quartos de 25% entre representantes de profissionais, prestadores de serviço e representantes do governo deve ser relativizada em face do peso da participação de cada um desses três segmentos diante da realidade de cada município e estado (BRASIL, 2011j, p. 38). Não deve haver um engessamento do percentual destinado a cada um destes segmentos, respeitando-se, isso sim, o espaço de cada qual diante da mobilização de suas entidades representativas, ou seja, deve-se atentar ao princípio da regionalidade (BRASIL, 2011j, p. 39).

Todavia, existem algumas restrições a serem observadas no que

⁵² Dispõe sobre recomendações para a constituição de Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde.

tange a representação nos Conselhos de Saúde por parte de determinadas pessoas ou entidades. No que diz respeito aos membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, tendo em vista que o Conselho de Saúde é um órgão do Poder Executivo e uma vez que a separação entre os três poderes da federação trata-se de um pressuposto insuscetível de emenda constitucional⁵³, os membros do Poder Legislativo e do Poder Judiciário somente poderão figurar como representantes do conselho mediante licença ou afastamento de sua função no Legislativo ou Judiciário, mesmo que estes façam parte de entidades da sociedade civil (BRASIL, 2011j, p. 35).

Com relação aos partidos políticos, mesmo diante do princípio da universalidade, estes não fazem jus à representação nos conselhos, uma vez que não se enquadram em qualquer dos segmentos representados (BRASIL, 2011j, p. 36). Ademais, no caso algum partido pleitear o direito de participar do conselho, se este for recepcionado, deverá ser estendido à todos os demais partidos em face do caráter plural do Conselho de Saúde (BRASIL, 2011j, p. 36).

Também deve se atentar para o fato de que entidades de municípios vizinhos não preenchem os requisitos de legitimidade e representatividade para fazerem parte do Conselho de Saúde de outro município (BRASIL, 2011j, p. 39). Porém, se o local de trabalho permanente de determinado profissional de saúde for em um município vizinho ao de sua residência, e este for escolhido pela entidade em que trabalha para representá-la no município de seu labor, não há restrição que o impeça de participar do conselho, da mesma forma que também é possível que instituições públicas nacionais ou estaduais tenham representação no Conselho Municipal (BRASIL, 2011j, p. 40).

O processo de escolha das entidades e instituições que farão parte dos Conselhos de Saúde deve partir da própria sociedade civil organizada através da mobilização e articulação das entidades que representam os quatro segmentos que fazem parte dos Conselhos de Saúde (usuários, profissionais de saúde, prestadores de serviço e governo), valendo-se de fóruns promovidos pelas próprias entidades representativas e atendo-se aos parâmetros de representatividade, legitimidade e legalidade (devem ser legalmente constituídas)

⁵³ § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III – a separação dos Poderes (BRASIL, 2010a);

(BRASIL, 2011j, p. 36). Todavia, muitas vezes, a eleição das entidades que compõem os segmentos que farão parte do Conselho de Saúde se realiza durante a Conferência de Saúde correspondente ao âmbito de competência do conselho (municipal, estadual ou nacional) (BRASIL, 2011h, p. 08).

Recomenda-se que o número de conselheiros não seja inferior a 10 nem superior a 20 membros, devendo o número de vagas no conselho variar de acordo com a situação de cada estado e município (BRASIL, 2011k). Além disso, a representação das entidades que compõem o conselho também pode variar de acordo com a realidade de cada estado ou município, porém, sempre preservando-se o princípio da paridade em relação a representatividade dos usuários no conselho (BRASIL, 2011k). A Resolução n. 33/92 do CNS apresenta um rol exemplificativo de órgãos e/ou entidades que devem fazer parte do Conselho Estadual de Saúde, podendo tal rol ser alterado conforme o contexto e necessidade regional (BRASIL, 2011k).

Em relação aos representantes do governo, prestadores de serviço e profissionais da saúde:

- a) representante(s) do Governo Federal, indicado(s) pelo Ministro de Estado da Saúde e outros Ministérios;
- b) representante da Secretaria de Saúde do Estado;
- c) representante(s) das Secretarias Municipais de Saúde;
- d) representante(s) dos trabalhadores na área de saúde;
- e) representante(s) de prestadores de serviço de saúde, sendo 50% de entidades filantrópicas e 50% de entidades não filantrópicas (BRASIL, 2011k);

Em relação à representação dos usuários:

- a) representante(s) de entidades congregadas de sindicatos de trabalhadores urbanos e rurais;
- b) representante(s) de movimentos comunitários organizados na área da saúde;
- c) representante(s) de conselhos comunitários, associações de moradores ou 33 entidades equivalentes;
- d) representante(s) de associações de portadores de deficiências;
- e) representante(s) de associações de portadores de patologias;
- f) representante(s) de entidades de defesa do consumidor (BRASIL,

2011k).

Uma vez tendo se elegido quais entidades comporão o conselho, os gestores e prestadores de serviço devem indicar seus representantes, ao passo que os representantes dos usuários e trabalhadores de saúde devem ser eleitos por seus pares, devendo tal ato obedecer às normas internas, regimentais e legais, de cada entidade ou instituição (BRASIL, 2011h, p. 19). Ressalta-se que o Poder Executivo não pode intervir na nomeação de tais representantes, cabendo a este apenas escolher os membros pertencentes à sua administração (BRASIL, 2011k), uma vez que a entidade fiscalizada não pode ter o direito de escolher, nomear e exonerar aqueles que o fiscalizarão, sob o risco de comprometer a autonomia, legitimidade e o caráter plural do conselho (BRASIL, 2011h, p. 19).

Porém, ressalta-se que ao final do processo de escolha dos representantes, caberá ao Poder Legislativo discutir e votar a lei (ou alteração de lei) que define o número de conselheiros e as entidades que farão parte do Conselho de Saúde, sendo que a lei poderá não especificar as entidades que comporão o Conselho de Saúde (BRASIL, 2011j, p. 36). Entretanto, ao invés de discriminar quais entidades participarão do conselho, o Poder Legislativo poderá determinar os critérios para habilitação das entidades e instituições que pleitearem representação no conselho, assim como poderá regulamentar os mandatos das entidades e dos conselheiros, bem como o processo eleitoral das habilitações, o qual deverá ser presidido pelo Ministério Público (BRASIL, 2011j, p. 36).

No que tange ao mandato dos conselheiros deverá ser estabelecido em regimento interno⁵⁴, não devendo coincidir com o mandato do Governo Estadual ou Municipal, recomendando-se que este tenha a duração de dois anos, podendo haver reeleição à critério da entidade que este representa (BRASIL, 2011k).

Deve se destacar que os conflitos, articulações e negociações existentes entre os diversos segmentos que compõem o Conselho de

⁵⁴ No regimento interno deve constar a organização, estrutura e funcionamento do Plenário, assim como alguns detalhes como a periodicidade das reuniões, quórum mínimo para as deliberações, eleições do núcleo de coordenação e da mesa diretora do conselho, tempo de mandato, comissões permanentes, comissões especiais, etc. (BALSEMÃO, 2003, p. 305).

Saúde na busca por um consenso a respeito de temáticas pertinentes ao direito à saúde e seus reflexos no SUS e na iniciativa privada, acabam configurando os conselhos como novos corpos coletivos, de caráter heterogêneo, plural e conflituoso (BRASIL, 2011j, p. 20). Os conselheiros representam um coletivo homogêneo em relação à entidade que representam, porém, devem identificar-se como parte de um coletivo heterogêneo dentro da dinâmica dos conselhos, uma vez que a simples soma das reivindicações de cada segmento não corresponde à implementação do princípio da participação popular no âmbito da saúde (BRASIL, 2011j, p. 14). Dessa forma, os Conselhos de Saúde devem consistir em espaços conflituosos, de debate, dissenso e consenso, elementos que se mostram indispensáveis para a implementação do princípio da participação popular no SUS e para o desenvolvimento de uma cidadania sanitária de cunho plural-participativo (BRASIL, 2011j, p. 14).

Após a eleição das entidades representadas e nomeação dos conselheiros, ainda resta eleger a coordenação deste. Qualquer conselheiro pode ser eleito coordenador por seus pares a partir de negociações realizadas entre os segmentos que compõem o conselho, e em conformidade com o previsto em sua lei ou decreto de criação e seu regimento interno (BRASIL, 2011j, p. 41). Todavia, a coordenação do conselho diferencia-se da coordenação das reuniões plenárias deste, as quais podem ser coordenadas por um ou mais conselheiros, em rodízio, sendo tal processo mais comum nos conselhos que possuem um regimento interno mais detalhado quanto à coordenação das reuniões (BRASIL, 2011j, p. 41). Em função disso, o Ministério da Saúde entende que a coordenação geral do conselho deve ficar com o Secretário ou Ministro da Saúde, pois estimularia a criação de um vínculo entre o conselho e o gestor da administração, bem como estimularia o apoio deste às demandas dos conselheiros (BRASIL, 2011j, p. 41).

Entretanto, o CONASEMS manifesta-se contra a indicação do gestor administrativo como coordenador nato, entendendo que este deve ser eleito pelos conselheiros, mas não dispensando a participação dos gestores administrativos do SUS (Secretários Municipais e Estaduais de Saúde, e o Ministro da Saúde) no Conselho de Saúde, o qual representa o colégio deliberativo mais importante para as políticas de saúde do ente federativo pelo qual é responsável (BRASIL, 2011h, p. 19).

BALSEMÃO (2003, p. 307) salienta que a presença dos gestores do SUS na coordenação dos Conselhos de Saúde trata-se de um fenômeno observado em todas as esferas da federação, ainda sendo comum a existência de leis que prevêm os Secretários de Saúde como coordenadores natos dos Conselhos de Saúde. Contudo, BALSEMÃO (2003, p. 307) aponta que algumas regiões já conseguiram superar tal postura centralizadora e autoritarista, buscando preservar a autonomia do conselho, uma vez que “se o gestor é o presidente do Conselho de Saúde, que é a instância deliberativa e fiscalizadora do SUS, ele é fiscal de si mesmo, portanto homologa as resoluções que ele mesmo assina como presidente”.

Com relação à estrutura dos Conselhos de Saúde, a Resolução CNS 33/92 determina que estes devem ter como órgãos o Plenário e uma Secretaria Executiva dotada de assessoria técnica, devendo os organismos do Governo Federal, Estadual e Municipal dar apoio e suporte administrativo, operacional e financeiro para a estruturação e funcionamento dos conselhos, garantindo-lhes dotação orçamentária (BRASIL, 2011k).

O Plenário funcionará baseado em regimento interno elaborado e aprovado pelo próprio Plenário e modificado sempre que se fizer necessário, respeitando-se o disposto na lei de criação do conselho, devendo as reuniões ocorrer obrigatoriamente ao menos uma vez por mês e extraordinariamente quando se fizer necessário, assim como devem ser abertas ao público e sua pauta e data de realização ser divulgadas pela imprensa (BRASIL, 2011k). A Secretaria Executiva está subordinada ao Plenário do conselho e trata-se da unidade responsável pelo funcionamento do Conselho de Saúde, secretariando as reuniões e divulgando as deliberações do conselho, assim como articulando o Conselho de Saúde com as demais unidades do SUS, para tanto contando com pessoal administrativo e técnico, o qual ainda prestará assessoria técnica ao Plenário (BRASIL, 2011k).

Além do Plenário e da Secretaria Executiva, alguns Conselhos de Saúde também contam com Comissões Gestoras ou Conselhos Locais de Saúde, podendo estar previstas na lei de criação do Conselho de Saúde, ou serem instituídas pelo Plenário do conselho, devendo constar no regimento interno, a não ser que tenham sido constituídas com caráter provisório (BRASIL, 2011j, p. 19). As Comissões Gestoras ou Conselhos Locais de Saúde são dotados de um caráter propositivo, tendo como principal atribuição elaborar análises e

pareceres destinados ao Plenário do Conselho de Saúde, o qual poderá ou não consubstanciar estas em resoluções, motivo pelo qual tais instâncias não possuem, em si, poder deliberativo ou normatizador, sendo organismos de caráter complementar que subsidiam o Plenário do conselho (BALSEMÃO, 2003, p. 307).

No que diz respeito ao aspecto deliberativo dos Conselhos de Saúde, dependendo da complexidade da demanda a ser apreciada, as deliberações podem exigir mais de uma reunião para serem resolvidas, sendo que, certas vezes, em face de seu caráter emergencial, algumas demandas exigem uma deliberação do conselho já na primeira reunião em que esta for apreciada (BRASIL, 2011j, p. 17). Destaca-se que a deliberação final a ser aprovada pelo Plenário não deve excluir qualquer dos quatro segmentos representados no conselho, sob pena de violar-se a diretriz de paridade que o dá sustentação (BRASIL, 2011j, p. 17).

Também deve se atentar para o fato de que as deliberações que resultarem em formulações estratégicas que necessitem da adoção de medidas administrativas privativas do gestor do Executivo, devem ser homologadas por este e transformadas em atos oficiais do gestor administrativo (BRASIL, 2011j, p. 17). Da mesma forma, determinadas deliberações devem estar protegidas pela autonomia do conselho perante o gestor, não dependendo de sua homologação para que se realizem, como é o caso das deliberações referentes: ao controle da execução das políticas de saúde; verificação da coerência dos atos do gestor e dos programas e ações de saúde para com as diretrizes do SUS; acompanhamento dos gastos públicos na saúde e seus resultados para a população; a às articulações e organização interna do conselho com os outros Conselhos de Saúde, com o Poder Legislativo e com outras instituições e entidades da sociedade (BRASIL, 2011j, p. 17).

Nesse sentido, observa-se que, na medida em que a Lei Nacional n. 8.142/90 confere aos Conselhos de Saúde atribuições para atuar “na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde” (BRASIL, 2011g), observa-se que as atribuições dos conselhos também pertencem à esfera do Poder Executivo e do Poder Legislativo, de modo que os Conselhos de Saúde compartilham atribuições com os gestores de saúde (Ministério e Secretarias de Saúde) e com as Casas do Legislativo (Congresso Nacional, Assembléias Estaduais e Câmaras de Vereadores), assim como a

amplitude de sua esfera de atuação também invade a área de competência de outros órgãos e poderes, como é o caso dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e do Poder Judiciário (BRASIL, 2011j, p. 09). Assim, a atuação dos Conselhos de Saúde não deve se dar de forma isolada, mas buscar, sempre que possível, uma articulação e sinergia para com os gestores do SUS, as Casas Legislativas, e os demais órgãos e entidades com os quais este compartilha determinadas competências, porém sempre preservando-se a autonomia e independência dos conselhos (BRASIL, 2011j, p. 09).

Contudo, deve se atentar para o fato de que representantes do ideário neoliberal e de grandes conglomerados capitalistas podem representar forças contrárias ao SUS e mover esforços; inclusive no seio da própria sociedade; para impedir os processos de mudança implementados pelos Conselhos de Saúde (BRASIL, 2011j, p. 17). Além disso, o autoritarismo, centralismo, monismo e a burocracia estatal, ainda constam com certa intensidade na dinâmica do jovem Estado Democrático e Social de Direito Brasileiro, caracterizando heranças de um passado sombrio que também podem representar um grande risco para a democracia no âmbito da saúde. Por outro lado, ao envolverem os mais diversos setores da sociedade numa mesma deliberação, os Conselhos de Saúde são capazes de mobilizar a força política necessária para continuar construindo o SUS dentro de um viés plural e participativo, de modo que o grau de mobilização da sociedade constitui o principal limite e impasse na construção e defesa da democracia na área da saúde (BRASIL, 2011j, p. 18, 20).

3.1.3. Limites e desafios para a participação popular no SUS.

Do que se analisou anteriormente acerca da estrutura e funcionamento das instâncias de participação popular do SUS, pode se apreender que as Conferências e os Conselhos de Saúde originam-se a partir de propostas democráticas e descentralizadoras, instituindo a democracia direta e o pluralismo jurídico no âmbito sanitário, consistindo em instrumentos de tutela coletiva extrajudicial do direito fundamental à saúde.

Porém, como também se observou, as Conferências e Conselhos de Saúde ainda enfrentam alguns entraves para que possam efetivamente se consubstanciar em legítimos espaços plurais de

construção sócio-histórica do direito à saúde que atendam às necessidades e carências da população neles representada através dos delegados e conselheiros. Dentre alguns dos principais desafios para a participação popular em saúde, pode se destacar: a tecnocracia e burocracia; o apoderamento de tais instâncias pelo Poder Executivo, e, concomitantemente, o esvaziamento de seu caráter deliberativo; as investidas privatizantes do mercado, entre outros.

A tecnocracia e burocracia são concepções que se inter-relacionam na medida em que possuem interfaces, constituindo um dos problemas mais graves a serem enfrentados pelas Conferências e Conselhos de Saúde, na medida em que desqualificam o saber popular, submetendo este a discursos racionalizadores pautados em padrões de hierarquia e cientificidade (DA SILVA, 2011, p. 109).

Por tecnocracia entende-se a postura de elites detentoras do saber científico em desprezar o saber popular e chamar aos foros de decisão apenas aqueles detentores de conhecimentos técnicos específicos, ignorando os fatores e implicações sócio-históricas, na mesma medida em que despolitiza as classes de base e impede o desenvolvimento de lideranças populares (DA SILVA, 2011, p. 108,110). Por sua vez, a burocracia consiste numa forma de organização que se baseia em relações hierárquicas de autoridade e em regras abstratas que limitam e vinculam os corpos sociais a tais mandamentos abstratos, reduzindo os problemas sociais a problemas de ordem objetiva, excluindo seu aspecto político (DA SILVA, 2011, p. 108-109).

Dessa forma, a conjugação de concepções tecnocratas e burocráticas dentro dos instrumentos de controle social do SUS leva a uma desqualificação do saber popular, instituindo o monopólio do saber técnico; seja médico ou de outra espécie; dentro das Conferências e Conselhos, deixando em segundo plano o saber proveniente da experiência e do cotidiano da população, a qual possui 50% do total de vagas de representação em tais instâncias (VALLA, 1998, p. 04).

Em pesquisa realizada junto à um Conselho de Saúde, WENDHAUSEN (2002, p. 265-266), observou uma rede de poderes/saberes localizados em diversos níveis dentro do conselho. É a partir dessa relação de poder/saber que as formas de participação se desenvolviam nos conselhos, tratando-se de uma relação dissimétrica entre representantes dos usuários e representantes dos demais

segmentos, consistindo numa estratégia de silenciamento do segmento usuário a partir do discurso da autoridade (WENDHAUSEN, 2002, p. 265-266).

Tal estratégia de silenciamento pôde ser observada desde a demarcação de lugares dos conselheiros, de modo que se reservava à representação dos usuários um lugar de silenciamento no qual estes dificilmente poderiam expressar sua opinião, sob o risco de afrontarem o discurso tido como competente, o qual era pronunciado por aqueles que detinham certa autoridade hierárquica, ou que possuíam determinado saber técnico instituído (WENDHAUSEN, 2002, p. 266-267). Ressalta-se que tal estratégia de silenciamento dos usuários torna-se possível graças ao aspecto burocrático da lei, que conduz à ritualização das reuniões do conselho e demarcação de lugares (WENDHAUSEN, 2002, p. 266-267).

Conforme a autora testemunha:

Assim, embora tenha sido prevista em lei (Lei n. 8.142/90) a “participação da população” através da presença do usuário nos conselhos, traduzida por um quantitativo maior de seus representantes nessas instâncias, o que constatamos nas práticas do Conselho é o uso de estratégias de saber/poder pelos segmentos governamental, privado (principalmente quando se trata dos médicos) e pelos representantes dos profissionais de saúde que representam os usuários, que ao impor um determinado “regime de verdade”, limitam sua participação. Isto se expressou nas práticas quando, ao analisarmos as atas, constatamos uma presença limitada de suas falas ou quando, nas raras vezes em que aconteciam, eram desconsideradas, de modo que acabavam tendo pouca ou nenhuma ressonância nos rumos tomados pelo Conselho. Esta situação agrava-se ainda mais, se lembrarmos que muitas vezes em que foram defendidas propostas que beneficiariam os usuários, como no caso típico da limitação de visitas no Hospital, quem o fazia eram profissionais de saúde, o que ficou mais presente na 1ª gestão (WENDHAUSEN, 2002, 266-267).

Dessa forma, em que pese a lei reservar aos conselhos uma

composição plural e paritária, o aspecto participativo destes encontra-se limitado por um discurso monológico utilizado, sobretudo, pelo segmento governamental, o qual busca exercer controle sobre os dois segmentos que oferecem mais resistências aos seus intentos, que são o segmento dos usuários e dos profissionais de saúde (WENDHAUSEN, 2002, p. 270). Ademais, os representantes dos serviços privados de saúde costumam possuir um espaço de fala muito maior que os usuários e profissionais de saúde, fato que se deve às pressões exercidas pela iniciativa privada junto ao governo através de outras formas de negociação que não se limitam ao espaço público dos conselhos e conferências (WENDHAUSEN, 2002, p. 270).

Não bastasse o silenciamento e desqualificação da opinião popular, observa-se desde a instituição dos conselhos o predomínio da iniciativa estatal sobre a sociedade, o que leva a numa grande disparidade no que tange à representatividade nos conselhos (GERSHMAN 2004, p. 240). Isso resulta na existência de conselhos que não operam nem como um espaço de canalização das demandas populares pela melhoria da qualidade dos serviços e ações de saúde, nem como um espaço de denúncia dos problemas de saúde que necessitam ser sanados, também implicando na baixa visibilidade e conhecimento da população em geral sobre a existência e finalidade dos Conselhos e Conferência de Saúde (GERSHMAN 2004, p. 241).

Tais problemas já eram evidenciados e discutidos pelas Conferências de Saúde desde a 9ª CNS, que em seu Relatório Final destacou no item relativo ao controle social o não cumprimento da LOAS na dinâmica dos conselhos sob diversas formas:

[...] indicação de representantes dos usuários pelo poder executivo; transformação do Secretário de Saúde em presidente nato do Conselho; não implantação dos Conselhos ou então sua criação sem lhes atribuir caráter deliberativo; depósitos dos recursos alocados aos fundos em conta corrente de denominação indicada pela prefeitura; ausência de divulgação das atividades realizadas pelos Conselhos; desvinculação dos Conselhos das Conferências de Saúde; desrespeito ao princípio da paridade entre usuários e demais segmentos (BRASIL, 2011i, p.33).

Tais entraves podem ser um reflexo do fato de que, em que pese os conselhos serem considerados espaços de democracia participativa, seus instrumentos de controle sob a ação estatal ainda se dão nos moldes da democracia representativa, possuindo limites que, muitas vezes, reduzem o grau de deliberação dos conselheiros apenas à realocação de recursos para melhor atender às necessidades reais da população (CORREIA, 2005, p. 41). Porém, embora represente um grande avanço na atual conjuntura brasileira, a redução do papel dos conselhos ao controle orçamentário acaba esvaziando o potencial deliberativo e criador de normatividade que estes legalmente possuem, desviando o restante de sua carga criativa e função tutelar para os gestores públicos e para agentes externos que buscam moldar a política de saúde conforme seus interesses de mercado (CORREIA, 2005, p. 41).

Nesse sentido, apesar da lei prever o caráter deliberativo dos conselhos, estes acabam tendo na maioria das vezes um papel meramente consultivo (GERSHMAN, 2004, p. 239). Tendo em vista essa tendência, os conferencistas da 10ª CNS apontaram em seu Relatório Final a necessidade de se reafirmar o caráter permanente e deliberativo dos Conselhos de Saúde na formulação e no controle da execução da política de saúde, dispondo no item 113 do relatório uma série de medidas a serem tomadas pelo gestor do SUS para a garantia do aspecto deliberativo dos conselhos:

113 O caráter deliberativo e o poder fiscalizador dos Conselhos de Saúde sobre as ações e serviços de saúde devem ser garantidos pelos gestores do SUS através de:

113.1 encaminhamento aos Conselhos de Saúde, para discussão, deliberação e acompanhamento, de todas as propostas relativas à Política de Saúde (organização, gestão, financiamento, programas, contratos, convênios, etc.);

113.2 homologação e implementação das decisões dos Conselhos de Saúde;

113.3 livre acesso dos Conselheiros de Saúde a todas as informações sobre produção de serviços, horários de trabalho (especialmente plantões), custos de atendimento, indicadores de saúde, elaboração e implementação dos Planos de Saúde, metas, propostas, programas, projetos,

informações relativas ao saneamento básico e ao meio ambiente, contratos e convênios com a rede privada e filantrópica, implantação de consórcios intermunicipais, orçamentos para a saúde e extratos bancários e fluxo de caixa diário das contas dos Fundos de Saúde, auditorias e fiscalizações ou qualquer outra informação solicitada pelos Conselheiros de Saúde. A sonegação de informações deve implicar em crime de responsabilidade;

113.4 A clara separação entre as funções deliberativas dos Conselhos de Saúde e as funções executivas dos gestores do SUS (BRASIL, 2011, p. 42-43).

Todavia, o Relatório Final da 12ª CNS indicou que, apesar dos recentes avanços dos Conselhos de Saúde na formulação e controle das políticas de saúde, ainda representam grandes entraves ao exercício da democracia participativa no âmbito da saúde: o não exercício do caráter deliberativo dos conselhos; a baixa representatividade e legitimidade de alguns conselheiros nas relações com seus representados; as condições operacionais e de infraestrutura precária; e a ausência de outras formas de participação (BRASIL, 2011c, p. 101).

WENDHAUSEN (2002, p. 284) aponta como um dos possíveis motivos da reincidência de tais problemáticas dentro da dinâmica das instâncias de participação popular do SUS, a baixa mobilização social que tem se presenciado nos últimos tempos. Para que a democracia participativa se efetue na esfera da saúde, esta não depende apenas da iniciativa dos conselheiros, mas deve contar também com o envolvimento daqueles que os elegeram, motivo pelo qual deve se atentar para a importância da participação popular não apenas no nível coletivo e em instâncias representativas, mas também de forma mais localizada, nos serviços e nas comunidades (WENDHAUSEN, 2002, p. 285).

Assim, deve se expandir a participação popular em saúde para além do espaço dos Conselhos e Conferências de Saúde, pois, do contrário, ao limitar-se a democracia participativa apenas aos espaços autorizados pelo Estado, estar-se-a pondo em risco o desenvolvimento do potencial criador e contra-hegemônico de outros nichos participativos que podem complementar a atuação das

instâncias participativas instituídas pela Lei Nacional n. 8.142/90 (WENDHAUSEN, 2002, p. 187).

Nesse sentido, um primeiro esforço necessário para a superação dos desafios atinentes à participação popular em saúde, o qual já foi objeto de deliberações da 12ª CNS e das conferências anteriores, trata-se da necessidade de estimular esta, não apenas através das Conferências e Conselhos de Saúde, como também por meio de outras manifestações populares, como os movimentos sociais e sindicais (BRASIL, 2011c, p. 102). Porém, deve se primar para que a participação não se dê nos moldes de uma imposição, pois, nesse caso, ao invés desta manifestar-se como resultado da vontade dos cidadãos, tratar-se-ia de mais uma norma disciplinadora das práticas de saúde, fazendo da criação de foros de participação popular um ato autoritário, e não uma decisão da população (WENDHAUSEN, 2002, p. 191).

Outro ponto muito discutido nas Conferências de Saúde e apontado no Relatório Final da 12ª CNS como medida fundamental para a superação de tais entraves, trata-se da informação, educação e capacitação em saúde tanto dos usuários do SUS como dos membros dos conselhos:

1. Estimular e fortalecer a mobilização social e a participação dos cidadãos nos diversos setores organizados da sociedade, com a aplicação dos meios legais disponíveis, visando a efetivar e fortalecer o controle social na formulação, regulação e execução das políticas públicas, de acordo com as mudanças desejadas para a construção do “SUS que queremos”:

VI. promovendo a educação popular e em saúde, divulgando os direitos, capacitando as lideranças, baseando-se nos princípios fundamentais de cidadania, humanização e direitos relacionados com aspectos de gênero, orientação sexual, identidade sexual, etnia, raça e outros, e informando sobre o SUS, Conselhos de Saúde, conselhos gestores e conferências como instâncias do controle social do SUS;

VII. capacitando lideranças e conselheiros nos Pólos de Educação Permanente, em parceria com universidades, entidades de classe e a Articulação

Nacional de Movimentos e Práticas de Educação em Saúde (ANEPS);

VIII. criando um espaço para discussão com usuários, divulgando a agenda dos conselhos, os serviços prestados pelo SUS, bem como sobre as reais necessidades dos usuários [...]

15. Implementar uma política de informação e comunicação sob a responsabilidade dos conselhos e dos gestores de saúde das três esferas de governo, com garantia de dotação orçamentária, usando diversos meios de comunicação, para informar a população sobre o papel dos Conselhos de Saúde e a sua importância na legitimação das políticas de saúde e do SUS, sua composição e cronograma de reuniões, divulgando informações sobre as realizações, deliberações, e sobre os princípios e diretrizes do SUS (BRASIL, 2011c, p. 102,104).

Esse processo de educação e capacitação deve ter como base um método participativo que permita aos envolvidos serem sujeitos ativos desse processo, devendo os participantes apontar os temas e conteúdos a serem desenvolvidos, os quais devem variar de acordo com as condições e necessidades de cada localidade, baseando-se sempre nos conhecimentos, dúvidas e experiências destes, de modo que todos os envolvidos sejam ao mesmo tempo educadores e educandos (CORREIA, 2005, p. 97).

Trata-se, portanto, de substituir o discurso tecnicista e monológico que impregna as instâncias participativas do SUS por uma práxis dialógica. Ao invés de valer-se de um discurso que busca imprimir e reproduzir os interesses e a ideologia opressora nos usuários, enquanto oprimidos, deve se primar por um projeto humanizador e libertador que tenha como ponto central a emancipação daqueles submetidos ao domínio do Estado e do mercado (FREIRE, 1987, p. 75). Essa práxis dialógica desenvolveria nos usuários, desde o princípio de sua experiência nos conselhos, a consciência de que também são sujeitos da produção do saber, sendo capazes de criar possibilidades para o desenvolvimento de um novo paradigma democrático na saúde, para que assim todos os segmentos que compõem os Conselhos de Saúde; apesar de suas diferenças; se complementem a partir de sua incompletude, não vindo um segmento

a ser reduzido à condição de objeto de outro, mas constituindo-se, simultaneamente, em sujeitos do processo de tutela e construção do direito à saúde (FREIRE, 1996, p. 24-26).

Dessa forma, em que pese suas contradições e problemas, os Conselhos de Saúde ainda podem representar importantes foros de deliberação e tutela coletiva no âmbito da saúde, sobretudo diante da realidade de um país no qual a cultura de submissão ainda está enraizada na maior parte da população e onde o público é tratado como privilégio de pequenas elites, motivo pelo qual as instâncias de democracia participativa do SUS ainda representam espaços de resistência à redução das políticas sociais, bem como à sua privatização e mercantilização (CORREIA, 2005, p. 41). Mesmo que a participação dos usuários nos Conselhos de Saúde ainda seja tímida, a existência destes já gera um impacto político, tendo em vista que funcionam como espaços difusores de práticas políticas alternativas, tornando o acesso à política de saúde algo mais próximo dos usuários, pois consistem em órgãos deliberativos sob os quais os usuários possuem ingerência direta sob os rumos da política de saúde (GERSHMAN, 2004, p. 242).

Contudo, além desses entraves que, em sua maior parte, são decorrentes da má vontade e autoritarismo do gestor público, os Conselhos e Conferências de Saúde foram instituídos num contexto em que a conjuntura internacional primava pelo amadurecimento de ideais contrários à universalização dos direitos sociais, como é o caso do ideário neoliberal (DA SILVA, 2011, p. 119). O neoliberalismo busca fortalecer e expandir o processo de privatização dos bens públicos, valendo-se para tanto de estratégias de esvaziamento das responsabilidades públicas, despolitização da política e desqualificação de instâncias participativas de representação popular, o que dificulta ainda mais a atuação dos conselhos, uma vez que, além de terem seu espaço de atuação minado pela iniciativa privada, esta última tende a utilizar-se de tais espaços de tutela extrajudicial do interesse coletivo para defender seus interesses particularistas, desvirtuando a lógica dos conselhos (DA SILVA, 2011, p. 120).

Ademais, CORREIA (2005, p. 21, 41) chama atenção para o fato de que o espaço de decisão dos conselhos mostra-se limitado diante dos rumos das políticas sociais, uma vez que estas, em sua maior parte, são decididas num nível macro através de acordos e negociações com representantes do projeto neoliberal. Dotados de um

poder político expresso no que pode se chamar de “voto de mercado”, os representantes do projeto neoliberal são capazes de manipular decisões governamentais através da ameaça de retirada de investimentos, exigindo a desregulamentação das políticas estatais para expandir a liberdade de mercado e a autonomia privada, o que, concomitantemente, resulta numa redução do espaço público e na precarização dos serviços públicos através de cortes com gastos sociais (CORREIA, 2005, p. 21, 41).

Dessa forma, também se mostra relevante para este estudo analisar o modo como tem se desenvolvido no Brasil a regulamentação da iniciativa privada dentro do setor de saúde, ressaltando-se os mecanismos de regulamentação do setor suplementar, e verificando a existência, ou não, de instrumentos de democracia participativa na tutela deste, uma vez que, conforme indica o art. 197 da CRFB⁵⁵, sejam realizadas pelo Estado ou pela iniciativa privada, as ações e serviços de saúde são de relevância pública, constituem matéria de interesse coletivo, motivo pelo qual sua tutela não deve relegar-se apenas ao voluntarismo dos representantes de Estado nem estar sujeita à volatilidade dos interesses de mercado.

3.2. A participação da ANS no SUS.

Conforme observado no capítulo anterior, o paradigma das ações e serviços de saúde inaugurado pela CRFB de 1988 dispõe que estas serão realizadas através de um Sistema “Único” de Saúde (SUS) o qual obedece a princípios e diretrizes de universalidade, igualdade e integralidade no atendimento, contando ainda com a participação popular na tutela coletiva de tal garantia fundamental. Todavia, a CRFB também prevê que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada⁵⁶, podendo ocorrer nas modalidades complementar ou suplementar.

A assistência complementar se dá mediante a atividade de

⁵⁵ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (BRASIL, 2010a).

⁵⁶ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (BRASIL, 2010a).

instituições privadas que participam do SUS de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio, devendo seguir as diretrizes do SUS, dentre estas, a participação popular, motivo pelo qual as Conferências e Conselhos de Saúde podem deliberar a respeito das políticas e recursos destinados ao setor complementar⁵⁷. Por outro lado, a assistência suplementar atua através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde suplementar, sendo que, diferente da saúde complementar, a saúde suplementar não possui uma vinculação direta com os princípios e diretrizes do SUS, motivo pelo qual, a princípio, a regulamentação e tutela dos interesses do setor não fazem parte da alçada de competência dos Conselhos e Conferências de Saúde⁵⁸.

Destaca-se que, desde o início da industrialização até a década de 90, o setor de saúde suplementar operou sob a lógica de uma atividade econômica auto-regulada pelo mercado através de pressupostos oriundos do ideário liberal, como os de livre

⁵⁷ § 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 2010a).

⁵⁸ 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;

II – Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo (BRASIL, 2010c).

concorrência, autonomia privada e liberdade de escolha. A inexistência de uma regulamentação específica destinada ao setor levou ao crescimento desordenado deste e ao acometimento de abusos para com seus beneficiários, o que fez com que o Estado; sob a pressão e articulação de diversos atores sociais⁵⁹ que viam na regulamentação do mercado de saúde suplementar uma matéria de interesse comum; passasse a adotar um modelo de hétero-regulação, aprovando a Lei Nacional n. 9.656/98, que dispôs sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Entretanto, a adoção de um modelo de hétero-regulação importa na fragmentação das competências normativas e decisórias estatais (JUSTEN FILHO, 2005, p. 464). Isso fez necessário a criação de agências reguladoras, autarquias especiais integrantes da administração indireta, dotadas de personalidade jurídica de direito público e sujeitas ao regime jurídico de sua categoria, possuindo independência quanto à regulação setorial de sua competência, não se sujeitando à revisão de seus atos pelo Executivo, apenas pelo Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2005, p. 466-467). Dessa forma, no campo da saúde suplementar, a Medida Provisória n. 1.928, reeditada pelas Medidas Provisórias n. 2.003-1 e 2.012, posteriormente convertida na Lei Nacional n. 9.961/00, criou a ANS, agência reguladora que visa a “defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”⁶⁰ (BRASIL, 2010e).

Ressalta-se ainda que a ANS se diferencia das demais agências reguladoras, pois não foi criada para romper o monopólio estatal de determinada atividade econômica, mas surgiu para regulamentar um segmento econômico já explorado pela iniciativa privada, tendo como fim equilibrar as relações compactuadas entre operadoras e

⁵⁹ Movimentos dos consumidores de planos de saúde, de portadores de patologias e de médicos que se sentiam ameaçados com a atividade do setor suplementar (CARVALHO; CECÍLIO, 2007, p. 172).

⁶⁰ Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País (BRASIL, 2010e).

consumidores de serviços de suplementação da assistência à saúde, que careceram de um dispositivo legal específico até o ano de 1998, com a promulgação da Lei n. 9.656/98 (NITÃO, 2004, p. 52). GREGORI (2007, p. 68) discorre sobre tal diferencial da ANS em relação às demais agências reguladoras:

É importante salientar que quando a ANS foi criada o setor a ser regulado não era um mercado a ser aberto à iniciativa privada. Tratava-se de um mercado já instalado, em plena atividade, extremamente complexo, em um setor essencial, que é a saúde e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação às seguradoras que tinham seu aspecto econômico-financeiro regulado pela SUSEP.

A ANS trata-se de uma autarquia constituída sob um regime de natureza especial⁶¹, estando vinculada ao Ministério da Saúde e subordinada às diretrizes estabelecidas pelo CONSU. O CONSU é um órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde criado pela Lei n. 9.656/98 e tem como atribuições: estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar; aprovar o contrato de gestão da ANS; supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS; fixar diretrizes gerais acerca de diversos aspectos (econômicos, contábeis, etc.) a serem implementadas no setor de saúde suplementar; deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, com o fim de subsidiar suas decisões (BRASIL, 2010c). Fazem parte do CONSU os Ministros da Justiça (que o preside), da Saúde, da Fazenda, e do Planejamento, Orçamento e Gestão, devendo

⁶¹ Art. 1º É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

Parágrafo único. A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes (BRASIL, 2010e).

o Diretor-Presidente da ANS participar deste na condição de secretário, sendo possível ainda a participação de outros Ministros de Estado e de representantes de entidades públicas, que, sob o convite do Presidente do CONSU; que também é o responsável pela convocação das reuniões; terão autorização para participar das reuniões do conselho, mas desprovidos do caráter deliberativo que os demais membros do CONSU possuem (BRASIL, 2010c).

Em que pese sua vinculação ao Ministério da Saúde e ao CONSU, a ANS é uma agência reguladora dotada de características deste modelo de intervenção que lhe permitem maior liberdade de ação em face da autoridade estatal e diante do mercado (autonomia administrativa, financeira e política; decisões colegiadas através de membros com mandato definido em lei; amparo legal para efetivar suas resoluções), normatizando as relações contratuais entre operadoras e beneficiários (função legislativa), atribuindo direitos e condições de ingresso no mercado, fiscalizando a atividade das operadoras (função executiva) e aplicando sanções àquelas que não seguirem suas diretrizes (função judiciária) (LIMA, 2005, p. 52-53).

Entretanto, os parâmetros para a administração interna da ANS e os indicadores de avaliação de seu desempenho são estabelecidos por um Contrato de Gestão realizado entre o Diretor-Presidente da ANS e o Ministro da Saúde, devendo este ser aprovado pelo CONSU, sendo que seu descumprimento injustificado resulta na dispensa do Diretor-Presidente da ANS pelo Presidente da República, mediante solicitação do Ministro da Saúde (NITÃO, 2004, p. 51).

No que tange à estrutura organizacional da ANS, o art. 5º da Lei n. 9.961/00 prevê que esta deve ser dirigida por uma Diretoria Colegiada (DICOL), devendo contar, também, com um Procurador, um Corregedor e um Ouvidor (BRASIL, 2010e). Além disso, o art. 5º da Lei n. 9.961/00 também designa que as competências da ANS devem ser distribuídas entre órgãos especializados, tendo o Regimento Interno instituído pela Resolução Normativa n. 197/09 (RN n. 197/09) dividido as competências da ANS entre as seguintes diretorias (BRASIL, 2011m):

Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES): representa os interesses do Estado na regulação do setor, com o fim de modernizar e melhorar o desempenho e qualidade das operadoras, bem como estimular e viabilizar a competição no

mercado de saúde suplementar;

a) Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (DIOPE): responsável pela regulamentação, registro e acompanhamento do funcionamento das operadoras de saúde suplementar;

b) Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos (DIPRO): órgão responsável pela regulamentação, registro e monitoramento dos planos e seguros de saúde, incluindo as autorizações e reajustes de contratos;

c) Diretoria de Fiscalização (DIFIS): representa os interesses dos beneficiários das operadoras de saúde suplementar enquanto consumidores finais dos “produtos” contratados, cuidando tanto de aspectos econômico-financeiros como médicos-assistenciais, articulando-se conjuntamente com órgãos de defesa do consumidor;

d) Diretoria de Gestão (DIGES): cuida da logística e infraestrutura da ANS, garantindo sua autonomia através do gerenciamento de recursos financeiros, recursos humanos, rede de informação e demais aspectos gerenciais da entidade (FIGUEIREDO, 2006, p. 149-153).

A DICOL é o órgão superior deliberativo e decisório da ANS, atuando como última instância recursal administrativa, bem como desenvolvendo o planejamento estratégico do mercado de saúde suplementar, podendo inclusive editar normas para tal (FIGUEIREDO, 2006, p. 148-149). A DICOL deve ser composta por até cinco diretores, os quais devem ser brasileiros indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, dentre os quais um dos diretores deve ser designado Diretor-Presidente, devendo a nomeação também ser realizada pelo Presidente da República (BRASIL, 2010e). O mandato dos membros da DICOL é de três anos admitida uma única recondução, sendo que, após quatro meses de exercício do cargo, os dirigentes da ANS apenas perderão o mandato no caso de: condenação penal transitada em julgado; condenação em processo administrativo; acumulação de cargos, empregos ou funções públicas; e na hipótese de

descumprimento injustificado dos objetivos e metas acordados no contrato de gestão (BRASIL, 2010e)⁶².

Com relação às competências da DICOL, o art. 10 da Lei n. 9.961/00 dispõe que estas contemplam: exercer a administração da ANS; editar normas sobre matérias de competência da ANS; aprovar o regimento interno da ANS e definir a área de atuação de cada Diretor; cumprir e fazer cumprir as normas relativas à saúde suplementar; elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades; julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados; encaminhar os demonstrativos contábeis da ANS aos órgãos competentes (BRASIL, 2010d). Ressalta-se que, segundo previsão dos §§ 2º e 3º do art. 10 da Lei n. 9.961/00, os atos praticados pelos Diretores são passíveis de recurso a ser apreciado pela DICOL enquanto última instância administrativa, tendo, via de regra, efeito suspensivo, exceto nos casos em que seu

⁶² Art. 6º A gestão da ANS será exercida pela Diretoria Colegiada, composta por até cinco Diretores, sendo um deles o seu Diretor-Presidente.

Parágrafo único. Os Diretores serão brasileiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após aprovação prévia pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, III, "f", da Constituição Federal, para cumprimento de mandato de três anos, admitida uma única recondução.

Art. 7º O Diretor-Presidente da ANS será designado pelo Presidente da República, dentre os membros da Diretoria Colegiada, e investido na função por três anos, ou pelo prazo restante de seu mandato, admitida uma única recondução por três anos.

Art. 8º Após os primeiros quatro meses de exercício, os dirigentes da ANS somente perderão o mandato em virtude de:

I - condenação penal transitada em julgado;

II - condenação em processo administrativo, a ser instaurado pelo Ministro de Estado da Saúde, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

III - acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; e

IV - descumprimento injustificado de objetivos e metas acordados no contrato de gestão de que trata o Capítulo III desta Lei.

§ 1º Instaurado processo administrativo para apuração de irregularidades, poderá o Presidente da República, por solicitação do Ministro de Estado da Saúde, no interesse da Administração, determinar o afastamento provisório do dirigente, até a conclusão.

§ 2º O afastamento de que trata o § 1º não implica prorrogação ou permanência no cargo além da data inicialmente prevista para o término do mandato (BRASIL, 2010e).

conteúdo apresentar matéria de risco à saúde dos beneficiários do setor suplementar (BRASIL, 2010e)⁶³.

No que diz respeito às deliberações e ao funcionamento da DICOL, esta se reunirá com a presença de pelo menos três diretores, dentre eles o Diretor-Presidente ou seu substituto legal, com o intuito de deliberar acerca de assuntos pertinentes ao setor de saúde suplementar, ou sobre o funcionamento da ANS, devendo as deliberações contar com, no mínimo, três votos coincidentes (BRASIL, 2011m). Todavia, por decisão do Diretor-Presidente, ou da maioria dos membros da DICOL, o conteúdo de determinadas reuniões pode ser levado a circuito deliberativo, quando então se deliberará sem a necessidade de reuniões, através da simples coleta de votos dos Diretores da DICOL, porém, não poderão ser objeto de deliberação via circuito deliberativo as questões relativas a Resoluções Normativas ou Administrativas, Súmulas Normativas, decretação de Regimes Especiais, Liquidação Extrajudicial e Indisponibilidade de Bens (BRASIL, 2011m). Salieta-se ainda que, no caso de empate de votos em circuito deliberativo, a matéria deverá ser objeto de deliberação em reunião, da mesma forma que por decisão do Diretor-Presidente, ou de algum dos diretores, o conteúdo a ser apreciado em circuito deliberativo também poderá ser encaminhado para deliberação em reunião (BRASIL, 2011m)⁶⁴.

⁶³ Art. 10. Compete à Diretoria Colegiada:
 I - exercer a administração da ANS;
 II - editar normas sobre matérias de competência da ANS;
 III - aprovar o regimento interno da ANS e definir a área de atuação de cada Diretor;
 IV - cumprir e fazer cumprir as normas relativas à saúde suplementar;
 V - elaborar e divulgar relatórios periódicos sobre suas atividades;
 VI - julgar, em grau de recurso, as decisões dos Diretores, mediante provocação dos interessados;
 VII - encaminhar os demonstrativos contábeis da ANS aos órgãos competentes.
 [...]
 § 2º Dos atos praticados pelos Diretores da Agência caberá recurso à Diretoria Colegiada.

§ 3º O recurso a que se refere o § 2º terá efeito suspensivo, salvo quando a matéria que lhe constituir o objeto envolver risco à saúde dos consumidores (BRASIL, 2010e).

⁶⁴ Art. 95. As deliberações da DICOL serão tomadas em reuniões ou circuitos

Além da Diretoria Colegiada e das demais Diretorias Especializadas, o parágrafo único do art. 5º da Lei n 9.961/00 dispõe que a ANS ainda contará com uma Câmara de Saúde Suplementar (CAMSS), órgão de participação institucionalizada da sociedade dentro da ANS, de caráter permanente, porém, apenas consultivo. Fazem parte da Câmara de Saúde Suplementar o Diretor-Presidente da ANS, na qualidade de Presidente da Câmara, um diretor da ANS, na qualidade de secretário, representantes de determinados segmentos (da Fazenda, Previdência e Assistência Social, Trabalho e Emprego, Justiça e Saúde), assim como representantes de diversos órgãos e entidades listados nos incisos IV e V do art. 13 da Lei n. 9.961/00, dentre estes, representantes do Conselho Nacional de Saúde, CONASS, CONASEMS, Social Democracia Sindical, Defesa do Consumidor, associações de beneficiários de planos e seguros privados de assistência à saúde, e de entidades de pessoas com deficiência e patologias especiais (BRASIL, 2010e).

Embora a participação popular dentro da CAMSS esteja limitada

deliberativos, nos termos deste Regimento.

1º A Diretoria reunir-se-á com a presença de pelo menos três diretores, dentre eles o Diretor- Presidente ou seu substituto legal, e deliberará com, no mínimo, três votos coincidentes.

[...]

§ 4º As reuniões destinam-se à deliberação sobre assuntos do setor de saúde suplementar e sobre o funcionamento da ANS.

§ 5º As matérias objeto de reunião poderão ser levadas a circuito deliberativo, por decisão do Diretor-Presidente ou da DICOL.

§ 6º O circuito deliberativo destina-se a coletar os votos dos Diretores, sem a necessidade da realização de Reunião.

§ 7º Não poderão ser objeto de Circuito Deliberativo as deliberações sobre as Resoluções Normativas ou Administrativas, as Súmulas Normativas, decretação de Regimes Especiais, Liquidação Extrajudicial e Indisponibilidade de Bens.

§ 8º Por decisão do Diretor-Presidente ou por solicitação de um Diretor, matéria em análise em Circuito Deliberativo poderá ser levada à Reunião.

§ 9º Na hipótese de ocorrer empate de votos em julgamento de processo objeto de circuito deliberativo, a matéria será levada à reunião.

§ 10. Cada ato a ser submetido à decisão da DICOL, pelo Diretor-Presidente ou por Diretor, deverá ser acompanhado do respectivo voto ou proposta de decisão, que conterá resumo de seu conteúdo, da nota de cada Diretoria e quando necessário ou solicitado, de parecer da Procuradoria (BRASIL, 2011m).

apenas ao aspecto consultivo e não obedeça a critérios de paridade, existem outros instrumentos que permitem o desenvolvimento de canais de democracia direta dentro da ANS, como as câmaras técnicas, audiências e consultas públicas, mecanismos de participação direta da sociedade civil previstos pelo Regimento Interno instituído pela RN n. 197/09, o qual postergou a regulamentação destes para Resolução Normativa específica (BRASIL, 2011m). Nesse sentido, as formas de participação social dentro da ANS foram objeto de consulta pública realizada no sítio eletrônico da agência reguladora entre os dias 20 de setembro de 2010 e 20 de outubro de 2010, período no qual sugestões, comentários e críticas à proposta de Resolução Normativa podiam ser encaminhados ao endereço eletrônico da ANS para posterior apreciação e deliberação pela DICOL, resultando na Resolução Normativa n. 242, de 07 de dezembro de 2010 (RN n. 242/10) (BRASIL, 2011n).

Dessa forma, o art. 2º da RN n. 242/10 aponta como objetivos das câmaras técnicas, audiências e consultas públicas no âmbito do setor de saúde suplementar:

- I - recolher sugestões e contribuições para o processo decisório da ANS e edição de atos normativos;
- II - propiciar à sociedade civil e aos agentes regulados a possibilidade de encaminhar sugestões e contribuições;
- III - identificar, da forma mais ampla possível, todos os aspectos relevantes à matéria submetida ao processo de participação democrática;
- IV - dar maior legitimidade aos atos normativos e decisórios emitidos pela ANS; e
- V - dar publicidade à ação da ANS (BRASIL, 2011o).

O art. 17 da RN n. 242/10 determina que compete à DICOL deliberar sobre a criação das câmaras técnicas, de caráter consultivo, as quais tem como função ouvir e colher subsídios de órgãos, entidades e pessoas físicas ou jurídicas, previamente indicadas, para fomentar as decisões da DICOL, devendo as câmaras técnicas serem formalizadas mediante a expedição de ofício aos convidados, o qual

deve indicar a data e local da realização da câmara técnica, bem como a matéria a ser discutida nesta (BRASIL, 2011o).

Com relação às audiências públicas, mediante deliberação da DICOL, estas podem preceder o processo decisório da ANS em matérias relevantes para o setor, coletando subsídios junto à sociedade civil e aos agentes regulados a fim de fomentar o processo decisório a ser apreciado pela ANS (BRASIL, 2011o). A convocação da audiência pública deverá ser formalizada por meio de publicação no Diário Oficial da União (DOU) e divulgada no endereço eletrônico da ANS, sendo que, caso o número de requerimentos de inscrição seja muito elevado, a ANS poderá estender os dias de realização da audiência pública com o fim de garantir a participação igualitária de todos os interessados, destacando-se que, quando a audiência for realizada em ambiente virtual, não haverá limite de vagas ou necessidade de inscrição prévia, podendo qualquer interessado ter acesso à sua transmissão pela internet (BRASIL, 2011o). Ao final da realização de todas as etapas da audiência pública, se divulgará no endereço eletrônico da ANS um Relatório da Audiência Pública (RAP), o qual deverá indicar a consolidação das principais contribuições, dados estatísticos relativos à participação na audiência, a identificação das sugestões incorporadas ao ato decisório da ANS, e a justificativa do acatamento ou não das principais contribuições apontadas no relatório (BRASIL, 2011o).

De acordo com o inciso V, do art. 86 da RN 197/09, a consulta pública “expressa decisão que submete documento ou assunto a comentários e sugestões do público em geral” (BRASIL, 2011m). A consulta pública deve ser formalizada mediante publicação no DOU e divulgada no endereço eletrônico da ANS, tendo início 07 dias após sua publicação e estendendo-se por um período de 30 dias, podendo o prazo ser prorrogado a critério da DICOL (BRASIL, 2011o). Além disso, a publicação deve deixar claro o período de recebimento de contribuições dos interessados, a forma de encaminhamento destas e a indicação do endereço eletrônico da ANS no qual se encontra a minuta objeto da consulta pública e os demais documentos atinentes a esta, os quais devem conter a exposição dos motivos que ensejam o ato normativo a ser editado, a proposta de ato normativo e o formulário para sugestões e contribuições dos participantes do processo de consulta (BRASIL, 2011o).

Com o término do prazo para o envio de contribuições, à

semelhança do que ocorre nas audiências públicas, o art. 8º da RN n. 242/10 determina que a área técnica da ANS responsável pela edição do ato normativo objeto de consulta pública deverá divulgar no sítio da ANS o Relatório da Consulta Pública (RCP), que deverá conter, no mínimo:

- I – o número de sugestões e contribuições recebidas no total;
- II – dados estatísticos sobre as sugestões e contribuições;
- III – a consolidação das principais sugestões e contribuições;
- IV – a manifestação motivada sobre o acatamento ou rejeição das principais sugestões e contribuições; e
- V – a identificação das sugestões e contribuições incorporadas à proposta do ato normativo (BRASIL, 2011o).

Segundo ALVES (2009, p. 50), “a consulta pública é um instrumento de legitimação de decisões, e superação do déficit democrático inerente ao exercício da função normativa pelo Poder Executivo”, uma vez que por meio da consulta pública a sociedade civil estaria participando diretamente do processo de formulação e tomada de decisão sobre as normas que serão editadas pela ANS. Entretanto, conforme pode se observar através do art. 4º da RN n. 242/10⁶⁵, a submissão de propostas de atos normativos à consulta pública trata-se de um ato exclusivo da DICOL da ANS, não podendo partir de um ato de iniciativa popular (BRASIL, 2011o). Da mesma forma, o art. 8º do mesmo dispositivo legal também demonstra que, mesmo que de forma motivada, o acatamento ou não das contribuições enviadas para a consulta pública permanece restrito ao crivo das comissões técnicas da ANS, reafirmando o caráter meramente consultivo da participação popular no setor de saúde suplementar e reduzindo a tutela do direito à saúde, no âmbito das relações privadas, ao voluntarismo e tecnicismo dos dirigentes da ANS (BRASIL, 2011o).

⁶⁵ Art. 4º Por deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, as propostas de atos normativos poderão ser submetidas à consulta pública (BRASIL, 2011o).

Além disso, ao analisar 05 consultas públicas⁶⁶ de um universo de 37 realizadas até o momento, ALVES (2009, p. 51-60) identificou uma série de problemas que afrontam tais mecanismos enquanto instrumentos de participação social:

- a) Não é uma prática comum da ANS a publicação de um quadro resumo contendo a síntese das sugestões recebidas ao longo do período em que a consulta pública esteve aberta, assim como também não é usual uma resposta da ANS sobre o aceite ou recusa das contribuições enviadas;
- b) A vedação do acesso da sociedade às contribuições enviadas para a consulta pública impossibilita o controle dos atos administrativos, tendo em vista que tal vedação implica na impossibilidade de verificar se a norma final editada atendeu às contribuições, ou se estas foram ignoradas;
- c) Não existe um critério uniforme para contabilizar as contribuições enviadas para a consulta pública;
- d) Entre os segmentos que enviaram contribuições, aquele que se destaca por uma maior mobilização, em face da quantidade de contribuições enviadas, é o que tem seus interesses diretamente regulados pela ANS, ou seja, operadoras de planos e seguros de saúde suplementar;
- e) Os segmentos representativos do Estado, associações de defesa do consumidor, organizações não-governamentais e pessoas físicas participam de forma singela, ou, certas vezes, deixam de participar dos processos de consulta pública.

Entretanto, no que diz respeito à relação existente entre o número de sugestões apresentadas por cada setor e o percentual destas sugestões que foi incorporado à norma final editada pela ANS, apesar do segmento empresarial possuir um grau de mobilização mais elevado em relação aos demais segmentos, tendo apresentado uma quantidade significativamente maior de contribuições, apenas 15 sugestões de um total de 121 foram acatadas, o que representa um percentual de 12,4% de sugestões incorporadas (ALVES, 2009, p. 59-60). Por outro lado, segmentos que possuem um índice menor de

⁶⁶ Consultas Públicas n. 4/2001, n. 5/2001, n. 6/2001, n. 8/2002 e n. 9/2003 (ALVES, 2009, p. 51).

participação tendem a ter um percentual maior de aprovação de suas contribuições, de modo que as sugestões enviadas por pessoas físicas e por organismos governamentais tiveram um percentual de 66,7% de incorporação de suas sugestões (de um total de três, duas foram acatadas), enquanto que 100% das sugestões enviadas por representantes de associações de defesa do consumidor foram incorporadas no texto final da norma editada pela ANS (todas as duas sugestões foram acatadas) (ALVES, 2009, p. 59-60).

Tal constatação pode ser um indicativo de que, em que pese a ANS centralizar o aspecto deliberativo na discussão e formulação das políticas destinadas ao setor de saúde suplementar e não existir um princípio de paridade nas dinâmicas participativas da agência reguladora, esta tende a resistir às investidas do setor privado, não cedendo aos intentos mercadológicos desta na regulamentação da assistência suplementar à saúde.

Além dos instrumentos de democracia direta anteriormente apontados, com o intuito de velar pela observância de seus atos normativos, a ANS também se utiliza de instrumentos de fiscalização direta materializados através de programas que visam inserir o cidadão na defesa de seus direitos (GREGORI, 2007, p. 70-73). A exemplo disso pode-se citar o Programa Cidadania Ativa, que visa inserir os beneficiários na defesa de seus direitos em face de abusos e irregularidades cometidos por parte das operadoras, buscando fazer dos beneficiários parceiros nas atividades de controle e fiscalização do setor de saúde suplementar, na medida em que estimula os beneficiários a apresentarem suas dúvidas e denúncias junto a ANS mediante canais de comunicação a distância e pessoalmente (GREGORI, 2007, p. 70-71).

Contudo, mesmo dispondo de tais instrumentos de democracia participativa, a ANS ainda assim mostra-se relapsa no que tange à tutela do interesse coletivo no âmbito do setor de saúde suplementar. Nessa esteira, pode-se citar o caso dos reajustes dos planos e seguros de assistência à saúde, muitas não recolhidas e não cobrança dos valores que seriam destinados ao ressarcimento ao SUS.

Em meados de 2001 a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo (PROCON) e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) acusaram a ANS de autorizar reajustes sem respaldo legal, tendo inclusive contestado os beneficiários do setor suplementar, o que além de ferir o CDC, criou

uma situação controversa em que os beneficiários, além de enfrentarem problemas com as operadoras de saúde suplementar, passaram a ter que enfrentar a própria agência reguladora que tem a função legal de protegê-los (LIMA, 2005, p. 57). Mais do que isso, em pesquisa realizada no ano de 2003, o IDEC também apontou a falta de eficácia na fiscalização do setor, de modo que, dos R\$ 46,6 milhões aplicados em multas, apenas 0,5% desse valor foi recolhido (LIMA, 2005, p. 58-59).

Entretanto, a ineficiência da ANS repercutiu de forma mais grave no que tange ao instituto do ressarcimento ao SUS. O art. 32 da Lei 9.656/98 estipula que os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos de saúde suplementar, que forem prestados aos beneficiários e dependentes de tais planos ou seguros, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, deverão ser ressarcidos pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS (BRASIL, 2010c)⁶⁷. O ressarcimento ao

⁶⁷ Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

§ 1º O ressarcimento a que se refere o **caput** será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração;

II - multa de mora de dez por cento.

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos (BRASIL, 2010c).

SUS deve ser mediatizado pela ANS, que tem como dever disponibilizar às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada beneficiário e realizar a cobrança do ressarcimento, cabendo às operadoras realizar o pagamento do valor devido à título de ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, do contrário, os valores serão inscritos em dívida ativa da ANS, acrescidos de juros e multa de mora (BRASIL, 2010c).

Num setor da economia que apenas no ano de 2009 movimentou uma receita total superior à R\$ 63 bilhões, os quais, deduzindo o total de despesas assistenciais e administrativas, propiciaram lucros de cerca de R\$ 941,3 milhões às operadoras de saúde suplementar (BRASIL, 2010f), em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) na ANS durante o primeiro trimestre de 2009, constatou-se que a agência reguladora deixou de cobrar a título de ressarcimento ao SUS cerca de R\$ 3,8 bilhões somente entre os anos exercícios de 2003 a 2007 (BRASIL, 2011p, p. 35). Esse valor é referente ao que o SUS deveria receber pelo atendimento de procedimentos de alto custo prestados a pacientes de planos e seguros de saúde, uma vez que a ANS apenas exigia das operadoras a indenização por internações hospitalares, ao passo que, legalmente, também deveria cobrar por procedimentos ambulatoriais (BRASIL, 2011p, p. 35).

Embora a ANS tenha implantado um novo sistema de ressarcimento ao SUS, pautado por pressupostos de desburocratização e simplificação administrativa por meio da aplicação de um procedimento de ressarcimento eletrônico, ainda assim, cabe destacar que o pouco empenho da ANS em dar cumprimento ao instituto legal do ressarcimento ao SUS gerou um enriquecimento sem causa para as operadoras de saúde suplementar, à custa do erário público e em função da própria omissão estatal (BRASIL, 2011q, p. 13). A ANS passou a cobrar das operadoras os débitos referentes ao ressarcimento ao SUS apenas em 2009, após ser notificada pelo TCU, o que poderia ter sido evitado caso a agência reguladora possuísse instrumentos de participação popular dotados de um caráter plural e deliberativo em que a escolha dos representantes e o poder de decisão acerca da formulação e fiscalização das políticas destinadas ao setor não fosse uma primazia da ANS, mas um direito dos interessados na tutela do interesse coletivo o qual a saúde e o

erário público representam (BRASIL, 2011q, p. 13)

Dessa forma, como pôde observar-se, apesar da ANS prever instrumentos de participação popular na tutela dos interesses do setor de saúde suplementar, estes não comportam parâmetros de paridade na representação dos segmentos envolvidos, nem são dotados de um caráter deliberativo, vindo a agência reguladora a concentrar todo o potencial normatizador reservado à regulação da atividade de saúde suplementar. Diante dessa centralização do potencial normatizador, os mecanismos de democracia participativa previstos pela ANS, em que pese representarem importantes canais de comunicação e expressão da vontade popular; valendo-se inclusive de dispositivos de democracia eletrônica para tanto; ainda assim não podem ser consideradas fontes legítimas de pluralismo jurídico, uma vez que se limitam a um caráter meramente consultivo, não influenciando diretamente na regulação do setor, apenas contribuindo mediante sugestões e recomendações a serem acatadas ou não à critério dos dirigentes da ANS.

Nesse sentido, mesmo diante dos problemas e desafios a serem superados pelas instâncias de participação popular do SUS, estas ainda contam com critérios de paridade em sua representação e são dotadas de caráter deliberativo, podendo influenciar diretamente na formulação e fiscalização das políticas de saúde, contribuindo assim para uma construção coletiva e sócio-histórica do direito fundamental à saúde que corresponda às necessidades e carências sociais da população. Dessa forma, tendo em vista o caráter plural e o potencial transformador das instâncias de participação social do SUS, bem como em face da negligência e ineficiência da ANS na tutela da assistência suplementar à saúde, mostra-se importante verificar as interfaces entre o setor público e “privado” de saúde para, assim, analisar-se as possibilidades de extensão do princípio da participação popular, em seu aspecto plural e deliberativo, para o setor de saúde suplementar, ou da inclusão das demandas relativas à tutela do interesse coletivo provenientes das relações oriundas do setor suplementar na agenda das instâncias de participação popular do SUS.

3.3. Interfaces entre o público e o privado: a natureza coletiva do Direito à Saúde.

Analisar as interfaces entre o Estado e o setor de saúde suplementar implica antes de tudo numa problemática que envolve um estudo acerca da natureza e titularidade do Direito à Saúde na ordem constitucional. Nesse viés, ao analisar a propriedade na Pós-Modernidade, PILATI (2011) traz grande contribuição para a superação das concepções monistas e individualistas arraigadas pela Modernidade, como a dicotomia público/privado, reforçando, assim, o interesse coletivo na tutela dos bens jurídicos. Para tanto, o autor vale-se do que chama de “Direito Romano de Contraponto”, uma releitura das fontes romanas por meio do resgate da experiência histórica de uma estrutura política e jurídica desestatalizada, pautada na relação privado-coletivo e não no privado-público moderno (PILATI, 2011, p. 41).

Nesse sentido, “o que hoje se entende por Estado, como comando político autocrático separado do povo, era para os romanos mais um lugar onde se reuniam para tratar dos interesses públicos” (PILATI, 2001, p. 43), vindo a soberania a ser partilhada entre todos, assim se assentando no coletivo e relativizando o individual, o que difere das concepções modernas que privilegiam o individual e publicizam o coletivo por meio do Estado (PILATI, 2011, p. 43).

Segundo PILATI (2011, p. 95), a partir do contraponto romano, observa-se a perda do espaço de ágora da coletividade, não tendo a sociedade moderna disposto de instrumentos jurídicos de participação efetiva em comparação com aqueles que dispunham o povo romano. Parte-se do princípio de que, ainda que a legislação moderna assegure a participação, esta não reconhece a sociedade como titular de bens que ultrapassem a dimensão público-estatal, confundindo tais bens coletivos com os público-estatais (PILATI, 2011, p. 95). Desse modo, ao passo que a Modernidade se desenvolveu por meio de uma pessoa jurídica centralizada no Estado e na lei, o direito romano atuava mediante uma coletividade despersionalizada (PILATI, 2011, p. 95).

Buscando superar a classificação dada pelo Código Civil; que reduz os bens às categorias de públicos (pertencentes à União, Estados, Distrito Federal, municípios, autarquias e demais entidades criadas por lei) e privados (pertencentes aos particulares, seja quem for); PILATI (2011, p. 48-50) faz uma nova classificação distinguindo a propriedade entre as categorias comum (que atende aos padrões tradicionais, reduzindo sua titularidade ao Estado ou indivíduo) e especial (que relativiza a autonomia do indivíduo

mediante titularidades coletivas). Enquanto na primeira modalidade o uso, gozo e disposição do bem se encontram à mercê do particular ou do Estado, na segunda se observa a vinculação de tais bens a procedimentos e decisões compartilhadas (PILATI, 2011, p. 65). Essa nova classificação resulta num redimensionamento quantitativo e qualitativo dos bens jurídicos, pois implica na cisão do tradicional nexos propriedade-personalidade, tendo em vista que a relação entre indivíduo e bens deixaria de ser necessariamente medida pela lógica proprietária (PILATI, 2011, p. 65).

Dentro da categoria de propriedades especiais, destaca-se a Propriedade Coletiva Extrapatrimonial, ou Propriedade Coletiva Propriamente Dita, a qual resgata a efetividade da função social e cria um novo modelo de tutela, a coletiva (PILATI, 2011, p. 65). Ao invés de reduzir a função social da propriedade à solidariedade social do proprietário privado, a tutela coletiva dá nova forma a esta na medida em que coloca a propriedade em confronto com outros direitos fundamentais elevados ao mesmo *status* de direito subjetivo, o que representa uma grande mudança no paradigma jurídico, tendo em vista que retira-se a tutela de tais direitos de uma dinâmica exclusivamente público-estatal; sujeita ao voluntarismo autocrático do poder público; levando estes à condição de bens autônomos, separados do individual e do público, porém, atrelados a uma titularidade coletiva (PILATI, 2011, p. 65).

Nesse sentido, PILATI (2011, p. 75), destaca:

A função social somente será efetiva com o resgate institucional da dimensão participativa da CRFB/88, pois é ela que corresponde à dimensão coletiva. A função social não tem natureza público-estatal: ela é antes de tudo espaço coletivo; carece de estrutura participativa e democrática [...] A função social não está na esfera política da maioria (representativa) e sim na do consenso, porque ela pertence por natureza e essência ao social e não só ao estatal.

Esse novo molde coletivo atribuído à função social redimensiona a dimensão privada e público-estatal, de modo que o desenvolvimento de uma racionalidade econômica absoluta não condiz com a função social da propriedade na pós-modernidade

(PILATI, 2011, p. 75). A operação de atividades prejudiciais ao interesse coletivo implica num dano à coletividade que deve resolver numa dimensão civil constitucional de coletividade que remonta à República em seu aspecto participativo, mediante um processo em forma de *ágora* que abre espaço para a autotutela da sociedade (PILATI, 2011, p. 76). Todavia, deve se atentar que “a participação da Sociedade, efetiva, não é para impedir o progresso da ciência e da economia, ao contrário; é lugar de legitimação e de inclusão, de transparência e de garantia de segurança jurídica” (PILATI, 2011, p. 138).

Nesse viés PILATI (2011, p. 46) aponta que “a crise não decorre da propriedade privada em si, mas da inoperância da ordem jurídica quanto a outra dimensão, a coletiva, da Pós-Modernidade”. Ou seja, a resolução dos problemas engendrados pela crise dos paradigmas da Modernidade não consiste em vedar a apropriação e a iniciativa privada, da mesma forma que também não se trata de reivindicar o espaço estatal, mas consiste em buscar o equilíbrio das instituições mediante processos coletivos na dimensão de *ágora* (PILATI, 2011, p. 128).

Os problemas atinentes aos bens coletivos propriamente ditos não se resolvem na esfera do público e do privado, entre infrator e autoridade pública, mas devem possuir uma tutela diferenciada. Em que pese apresentem interfaces com bens públicos e privados em determinadas situações jurídicas, são bens imprescritíveis e insuscetíveis de apropriação e disposição, pública ou privada, que não atendam a dispositivos participativos, deles podendo se dispor apenas coletivamente, pois sua natureza é extrapatrimonial, motivo pelo qual não podem ser regidos pela lógica econômica, mas sim pela dignidade da pessoa humana (PILATI, 2011, p. 101-102).

Da mesma forma que os direitos da personalidade em relação ao corpo não regem-se pela lógica econômica, mas pela dignidade da pessoa humana, a propriedade coletiva extrapatrimonial também deve pautar-se pela dignidade da pessoa humana, não se encontrando à margem do jogo de interesses do mercado ou do voluntarismo dos representantes estatais (PILATI, 2011, p. 102). Nesse sentido, o reconhecimento da autonomia dos direitos coletivos e da Sociedade como sua legítima titular transforma os institutos do direito privado, retirando da normalidade jurídica a especulação individualista em favor do mérito discutido através de uma nova hermenêutica

construtiva, repartindo melhor os riscos e custos sociais e desestimulando atividades contrárias ao interesse social mediante o abatimento de seu atrativo econômico, ou seja: a atividade privada deve respeitar o patrimônio coletivo (PILATI, 2011, p. 164).

Entretanto, o resgate do coletivo em seu sentido extrapatrimonial exige o resgate da democracia participativa e de procedimentos participativos na dimensão de *ágora*, ou seja, que propiciem a superação do monismo jurídico por meio de um pluralismo jurídico (PILATI, 2011, p. 103). De acordo com tal proposta, portanto, caberia ao Estado atuar como colaborador das decisões coletivas, não intervindo de forma autocrática e unilateral em tais processos coletivos, ao passo que caberia ao indivíduo; valendo-se de seu direito subjetivo e liberdade; buscar dar cumprimento e ser solidário às deliberações que firmou junto aos demais interessados (PILATI, 2011, p. 111). Assim, o reconhecimento e afirmação da soberania constitucional da sociedade abre espaço para um verdadeiro pluralismo jurídico na medida em que o Estado deixa de invadir competências que lhe são alheias e de obstruir a participação direta da sociedade (PILATI, 2011, p. 119).

Trata-se de um novo paradigma que; da mesma forma que rompe com a dicotomia Estado-indivíduo, público-privado; não implica na eliminação do Estado ou na estatização da sociedade, mas busca inserir dentro da ordem liberal um terceiro sujeito mediatizador dessa relação, a Sociedade (PILATI, 2011, p. 119). Dessa forma, uma vez tendo esvaído-se politicamente no vão criado pela dicotomia liberal; desaparecendo juridicamente como corpo coletivo titular de bens; a Sociedade retorna repersonalizada e reabilitada para o exercício de uma tutela coletiva pós-moderna, vindo a CRFB a se consolidar na medida em que se confere à Sociedade bens, atribuições e competências próprias, redesenhando a República Participativa em três esferas: Estado, Indivíduo e Sociedade (PILATI, 2011, p. 122).

Dessa forma, segundo PILATI (2011, p. 103):

Os bens coletivos são bens cuja defesa não pode ser monopólio do poder de polícia do Estado, ou de agências estatais, nem se restringir à categoria jurídica de função; devem gozar de status de direito subjetivo ao alcance das autoridades (Ministério Público, e.g.), mas sobretudo, da coletividade, legítima titular do Direito. É a

Sociedade munida de acesso à justiça e dos instrumentos adequados a conciliar os interesses todos e de todos.

Os bens coletivos possuem natureza constitucional, são todos aqueles que a CRFB garante a todos como fundamentais, e que não são passíveis de apropriação individual, podendo se dispor deles apenas coletivamente, como é o caso do meio ambiente, cultura e saúde (PILATI, 2011, p. 123). Possuem como características o fato de serem absolutos; oponíveis contra todos, inclusive ao Estado; imprescritíveis; pois não podem ser apropriados por particular a qualquer título; perpétuos e necessários; são pressupostos fundamentais da vida; consistindo em direitos subjetivos fundamentais de uma universalidade de titulares condôminos, motivo pelo qual seu exercício e tutela exigem um regime democrático de participação direta (PILATI, 2011, 124).

Assim, deve se assegurar a participação da Sociedade na tutela do interesse coletivo, não apenas através de representantes nos colegiados, como também mediante instrumentos que possibilitem uma dimensão de *ágora*, como as audiências públicas e consultas públicas, mecanismos de democracia participativa que estendem aos diversos segmentos sociais e aos particulares em geral a possibilidade de atuarem na tutela do interesse coletivo, levantando os riscos e estabelecendo as restrições e garantias atinentes ao caso concreto (PILATI, 2011, p. 138). Nos processos coletivos, portanto, em que pese a decisão partir da autoridade colegiada, esta deve ser precedida do aval da Sociedade consultada para poder ser considerada legítima (PILATI, 2011, p. 138).

É possível transpor para a saúde a lógica de um novo paradigma jurídico que prime pelo reconhecimento de bens coletivos propriamente ditos, de titularidade da Sociedade, tendo em vista que a CRFB prevê esta como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 2010a). A promoção e proteção da saúde não devem realizar-se tão somente por meios medicinais, mas também mediante a tutela coletiva do direito à saúde, ou seja, através do controle social exercido pela Sociedade, sua legítima titular, sobre as ações e políticas do Estado e de particulares envolvidos no setor

suplementar.

A natureza coletiva do Direito à Saúde também é reforçada pelo art. 197 da CRFB, que afirma que as ações e serviços de saúde; sejam aquelas realizadas pelo Estado ou pela iniciativa privada; são de relevância pública (BRASIL, 2010a). O inciso III do art. 198 da CRFB (BRASIL, 2010a) e o inciso VIII do art. 7º da Lei n. 8.080/90 (BRASIL, 2010d) também reforçam a titularidade da Sociedade na tutela do Direito à Saúde ao prever a participação da comunidade como um dos princípios basilares do SUS, o que implica no reconhecimento da natureza coletiva do SUS, o qual pertence à Sociedade e não ao Estado, que, mesmo atuando como seu gestor, não deve portar-se como seu proprietário.

Além disso, no que tange ao setor suplementar, este não deve operar à margem do SUS, pelo contrário, a este está vinculado em face da natureza coletiva extrapatrimonial do Direito à Saúde. O Relatório Final da 8ª CNS já previa essa vinculação, tendo apontado como uma das medidas necessárias para a reformulação do sistema nacional de saúde a subordinação do setor privado à direção estatal, e a garantia do controle de suas ações pelos usuários através de seus segmentos organizados (BRASIL, 2011f, p. 08)⁶⁸. Ademais, o Relatório Final da 8ª CNS também contemplou a saúde individual como matéria de interesse coletivo, o que faz com que as relações jurídicas oriundas do setor suplementar não consistam em interesse privativo das partes contratantes, mas em interesse coletivo, em face da natureza extrapatrimonial do Direito à Saúde (BRASIL, 2011f, p. 12).

Porém, embora a CRFB não preveja expressamente a vinculação do setor suplementar para com o SUS, o art. 1º, inciso III, da CRFB/88⁶⁹, aponta a dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, vinculando

⁶⁸ Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor, garantindo o controle dos usuários através dos seus segmentos organizados (BRASIL, 2011f, p. 12).

⁶⁹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
[...] III – a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2010a).

diretamente Estado e particulares aos direitos fundamentais, sendo que, mesmo que a livre iniciativa também constitua um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, e, apesar de não existir uma hierarquia fixa entre estes, ainda assim a livre iniciativa deve encontrar na dignidade da pessoa humana o seu valor fundamental (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 36). Além disso, o art. 3º, inciso I da CRFB⁷⁰, consagra como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, vindo a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais a ser um pressuposto imprescindível para a prática da solidariedade (KRETZ, 2005, p. 108).

Mais do que isso, de acordo com o art. 5º, § 1º, da CRFB⁷¹, os direitos e garantias fundamentais, dentre eles a saúde, possuem eficácia imediata, são aplicáveis em todo o ordenamento jurídico independente de intermediação legislativa, o que, nos dizeres de SARLET (2000, p. 108), “já bastaria para demonstrar o tratamento diferenciado (e privilegiado) que os direitos fundamentais reclamam no âmbito das relações entre Constituição e Direito Privado”. Nessa esteira, a iniciativa privada não pode operar à margem da CRFB no que tange à saúde, assim como não deve se admitir uma vinculação exclusiva do Poder Público para com esta enquanto direito fundamental, tratando-se de um imperativo constitucional a observância dos preceitos e diretrizes basilares do SUS pelo setor suplementar, dentre estes, a participação popular (SARLET, 2000, p. 121-122).

Conciliar o SUS e a saúde suplementar dentro de um mesmo âmbito tutelar importa em atuar no campo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, em estender a tutela do Direito à Saúde à Sociedade e vincular os particulares aos interesses coletivos inerentes à saúde e à Sociedade enquanto sua legítima titular, assim como também importa em vincular os particulares aos atores sociais e órgãos estatais imbuídos de função social, como aqueles pertencentes à estrutura do SUS (PILATI, 2011, p. 112). Nesse sentido, PILATI (2011, 166) salienta que, no que tange aos bens coletivos, a

⁷⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária (BRASIL, 2010a).

⁷¹ Art. 5º § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (BRASIL, 2010a).

multifuncionalidade dos direitos fundamentais pode ser dar através do exercício coletivo de tais direitos mediante instrumentos de participação pós-modernos:

Atua-se no campo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, porém, no sentido de que a autonomia dos bens coletivos sob a égide da República Participativa configura direitos subjetivos oponíveis ao Estado, à coletividade e a cada pessoa em particular, reciprocamente. Qualquer pessoa ou órgão pode exigir a sua realização eficaz perante o caso concreto, promovendo a formação da ágora constitucional dos titulares. Não se trata de perseguir mera declaração de direitos, ou dignidade da pessoa humana, por exemplo, e sim de exercer um direito concreto, que pode ser exercido coletivamente, pelos instrumentos próprios da participação pós-moderna (PILATI, 2011, p. 166).

No âmbito do SUS, a multifuncionalidade do Direito à Saúde pode ser exercida a partir de espaços de competência participativa, como os Conselhos de Saúde, onde, no lugar da autocracia pura e simples exercida por uma elite representativa, a decisão final é da coletividade, reforçando, assim, o pluralismo jurídico e a soberania popular no campo da saúde (PILATI, 2011, p. 99).

Dessa forma, é de fundamental importância para a saúde, enquanto direito coletivo extrapatrimonial, a implementação do princípio da participação popular no setor de saúde complementar dentro dos moldes constitutivos do SUS; inserida num sistema de conselhos e conferências de composição paritária e caráter deliberativo; ou de uma reforma nas instâncias “participativas” da ANS, atribuindo a estas uma composição plural e paritária e conferindo voz ativa aos representantes dos usuários e do SUS que a integrem, mediante o poder de deliberação nas demandas do setor, e não por meio de um mero caráter consultivo.

Porém, conforme se observou nos tópicos anteriores, as instâncias participativas do SUS ainda comportam alguns vícios que comprometem com sua estrutura plural e com a legitimidade de suas deliberações, motivo pelo qual, antes mesmo de se estender os moldes participativos do SUS para o setor complementar, é necessário

reformular a própria dinâmica dos Conselhos de Saúde, a fim de não apenas coibir tais vícios como estender a participação popular em saúde para espaços que vão além dos Conselhos de Saúde e que operem sob uma dinâmica de ágora, conferindo validade às deliberações dos Conselhos de Saúde e garantindo que se lance mão de Audiências e Consultas Públicas sempre que necessário. Nesse caso, o setor de saúde suplementar serve de exemplo para o SUS ao valer-se de dispositivos de democracia eletrônica para estender a consulta popular a um número ilimitado de participantes através da internet.

Todavia, um primeiro avanço para a renovação do pluralismo jurídico e da democracia participativa no âmbito da saúde é o reconhecimento desta como um direito coletivo extrapatrimonial de titularidade da Sociedade e cujo sua tutela se exerça por instrumentos de participação direta da sociedade, dotados de uma composição plural e caráter deliberativo. Dessa forma, o SUS não é uma pessoa jurídica, nem se confunde com seus órgãos públicos isolados ou o Estado, mas é um Sistema, abrangendo tanto a esfera público-estatal como os serviços prestados pela iniciativa privada, não funcionando por regras de Direito Administrativo comuns, mas mediante processo coletivo, ou seja: “SUS atua como SUS, que é mais do que Estado”⁷² (PILATI, 2011, p. 141).

⁷² O SUS, portanto, não é uma pessoa jurídica, nem se confunde com seus entes e órgãos públicos isolados. É um Sistema. Inclui público-estatal, serviços privados e coletivo social em função do atendimento integral à saúde de todos. O atendimento implica não em regras de Direito Administrativo tradicional, e sim procedimentos de exercício de direito coletivo: SUS atua como SUS, que é mais do que Estado (PILATI, 2011, p. 141).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após ter se analisado as interfaces entre saúde e democracia, algumas questões ficaram gravadas ao longo desta pesquisa: O pluralismo jurídico e a democracia participativa são alternativas capazes de superar os problemas sócio-político-jurídicos engendrados pela Modernidade? Pode o Direito à Saúde, no Brasil, ser considerado fruto e fonte de um pluralismo jurídico sanitário? As instâncias de controle social do SUS e da ANS enquadram-se dentro de uma dinâmica plural e democrática? Como conciliar o SUS e o setor suplementar, público e privado, na tutela do Direito à Saúde e atender ambas as diretrizes constitucionais de livre iniciativa, soberania e democracia sem incidir em maniqueísmos ou ilusões?

Foi para dar resposta a estas e outras questões conexas que esta dissertação foi desenvolvida dentro de um viés interdisciplinar que buscou unir concepções de Direito e Saúde com o fim de reconhecer a historicidade e sistematicidade do Direito à Saúde brasileiro como um marco regulatório que converge com as expectativas de um paradigma pós-moderno, no entanto, sem deixar de apontar os desafios e limites a serem superados para que assim o possa ser reconhecido.

Do que foi exposto, nota-se que, apesar do ideário liberal-burguês ter contagiado as massas com pressupostos democráticos contra-hegemônicos, os sonhos democráticos do povo foram frustrados a partir do momento em que a elite burguesa deixou de aplicar na prática os aspectos da teoria liberal que não atendiam aos interesses do capitalismo industrial, excluindo o povo do controle sob as decisões governamentais e monopolizando a soberania através de uma estrutura representativa formal e burocrática.

A supressão da democracia participativa pela democracia representativa resultou numa despersonalização do poder e racionalização normativa que deu margem ao desenvolvimento de uma teoria monista que subordinou a soberania popular ao império do direito, reconhecendo o Estado como única fonte de normatividade e criando nos cidadãos uma ilusão de soberania, tendo em vista que esta na verdade pertence apenas a uma elite de representantes que ocultam o monopólio desta mediante um discurso demagógico. Como consequência dos subterfúgios arraigados pelo ideário liberal-

burguês, observa-se uma fetichização da política, ou seja, uma inversão dos pressupostos de legitimidade do poder político, absolutizando-se a vontade dos representantes (detentores de um poder político delegado) e relativizando-se a vontade da Sociedade (detentora do poder político originário).

Apesar do Capitalismo Organizado e o Estado de Bem-Estar Social terem proporcionado experiências de expansão da democracia para além do marco representativo, estas não obtiveram o êxito esperado, tendo o quadro democrático se agravado a partir da ascensão do neoliberalismo. Na ânsia de reconcentrar o poder político e econômico nas mãos de uma minoria privilegiada, além de suprimir o aspecto participativo da democracia, o neoliberalismo acabou por desvirtuar a própria democracia representativa na medida em que disfarçou suas propostas privatistas sob o manto de reformas sociais, iludindo o eleitor e desacreditando a política representativa.

Dessa forma, ao invés de um equilíbrio entre as instituições, a regulação da sociedade deu-se à custa de sua emancipação, tendo os princípios do Estado e do mercado colonizado e subjugado a Sociedade, da mesma forma que a racionalidade técnico-científica, atinente ao monismo, também subjugou as demais racionalidades, o que no âmbito da democracia consiste na hegemonia do aspecto representativo sobre o aspecto participativo e na desqualificação do saber e vontade política popular.

Porém, constata-se que os pressupostos liberais que por muito tempo imperaram no paradigma moderno já não encontram mais respaldo diante dos anseios da sociedade, dando margem ao surgimento de novos sujeitos sociais que primam por processos participativos e radicam-se na sociedade civil ao invés de instalarem-se no Estado, promovendo uma política pluralista que visa ampliar a democracia para além dos moldes liberais. Contestando o universalismo abstrato oriundo de concepções jusnaturalistas arraigadas pelo ideal liberal e positivadas no ordenamento jurídico mediante procedimentos formais representativos, os novos sujeitos sociais primam pelo fundamento sócio-histórico dos direitos humanos, vislumbrando estes como o resultado de processos históricos de luta social, ou seja: os direitos humanos não adquirem sua legitimidade mediante seu reconhecimento formal, mas por meio da adesão da sociedade a luta social pela conquista de tais direitos.

São esses processos de luta social radicados na sociedade que dão

forma e força para que o pluralismo jurídico legitime-se como uma corrente contra-hegemônica ao monismo, ao mesmo tempo em que também reafirma a democracia participativa diante da democracia representativa, aproximando-se das reais necessidades, carências e expectativas da Sociedade, contribuindo assim para o resgate do aspecto coletivo dos direitos humanos, o qual havia sido dissolvido pelo dualismo público-privado promovido pela Modernidade.

Porém, conforme se observou, o pluralismo jurídico não importa no repúdio a democracia representativa e aos canais de tutela e produção de normatividade oficializados pelo Estado, mas no reconhecimento de que estas são apenas algumas das muitas manifestações jurídicas da Sociedade. O pluralismo é um fenômeno que prima pela coexistência de vários sistemas jurídicos dentro de um mesmo espaço político, sejam estes oficiais ou extra-oficiais, tendo como única exigência para sua validade e legitimidade a existência de espaços descentralizados e participativos que tenham como horizonte comum as aspirações da Sociedade e a satisfação das necessidades fundamentais.

Entretanto, deve se atentar para outro tipo de pluralismo de caráter não emancipatório, mas conservador, um pluralismo possessivo afeto ao neoliberalismo e que defende uma Sociedade de mercado e um Estado empresário, postulando a proliferação de mecanismos de auto-tutela econômica, não visando a satisfação das vontades e necessidades da coletividade, mas sim a satisfação das vontades e necessidades do mercado. Esse pluralismo possessivo transforma cidadãos ativos em consumidores passivos, tendo em vista que, no âmbito da regulação social, os grupos econômicos que o protagonizam submetem a política ao mercado e não são internamente participativos, afastando a Sociedade das instâncias deliberativas de base, tão somente conciliando os interesses do capitalismo com as necessidades dos indivíduos enquanto consumidores de bens comercializados no mercado.

Para evitar tal risco e caminhar em direção a um pluralismo jurídico de caráter emancipatório, faz-se importante conciliar Estado e Sociedade na regulação e tutela do direito, tendo em vista que, isoladamente, ambos podem não ser suficientes para garantir a sustentabilidade de arranjos político-jurídicos indispensáveis para a vida ante as investidas de uma economia capitalista predatória que busca universalizar sua *lex mercatória*. Essa descentralização

promovida pela articulação entre Estado e Sociedade rompe com o monismo na medida em que retira do Estado o monopólio da regulação social, restando a este o controle sobre a meta-regulação, não mais de forma isolada, mas dentro de uma esfera deliberativa muito mais ampla que a estatal, onde o Estado, ainda que de forma privilegiada, é apenas mais um de seus componentes.

Todavia, resta a questão: como garantir o equilíbrio das instituições no ordenamento jurídico brasileiro? Para tanto, antes de qualquer coisa, faz-se necessária uma reclassificação dos bens jurídicos, fugindo assim do dualismo existente entre bens públicos e privados, inserindo nesta relação uma terceira categoria, a dos bens coletivos. Tais bens possuem natureza constitucional e extrapatrimonial, não podendo se dispor deles individualmente, motivo pelo qual não podem ser regidos pela lógica econômica, da mesma forma que também não estão sujeitos a vontade autocrática do Estado, pois não pertencem a este ou a particulares, mas a Sociedade, sua legítima titular.

Os bens coletivos extrapatrimoniais exigem uma tutela diferenciada, coletiva, a qual se valha de instrumentos de democracia participativa em dimensão de ágora. Dentro dessa dinâmica, cabe ao Estado auxiliar as deliberações coletivas, não intervindo de maneira autocrática e unilateral, mas fazendo valer aquilo que foi deliberado pela Sociedade. Por sua vez, cabe aos particulares o dever de participarem da tutela coletiva dos direitos fundamentais, primando pelo bem comum ao invés do interesse privado, uma vez que são os indivíduos que compõem a Sociedade, legítima titular dos bens e direitos coletivos extrapatrimoniais.

O reconhecimento de bens coletivos extrapatrimoniais e de sua tutela pela Sociedade através de instâncias de democracia direta reflete numa reafirmação da soberania popular ante a democracia representativa, o Estado e o mercado, ou seja, na superação do monismo por um pluralismo jurídico de caráter emancipatório, tendo em vista que o Estado e a iniciativa privada deixariam de invadir e obstruir os canais de participação popular da Sociedade. Nesse viés, o equilíbrio das instituições não se garantirá por meio da privatização ou estatização dos bens jurídicos, mas mediante o reconhecimento da Sociedade como sua legítima titular e guardiã, vindo esta a impor-se como um terceiro sujeito capaz de mediar Estado e particulares na tutela do interesse coletivo.

Ao buscar analisar como a dinâmica entre monismo e pluralismo, autocracia e democracia se deu nas políticas de saúde pública e privada do Brasil, constatou-se que durante a maior parte do século XX estas se enquadraram dentro do dualismo público-privado da Modernidade, sobretudo mediante ações preventivas e um sistema médico-previdenciário, tendo a Lei Elói Chaves, de 1923, configurado, ao mesmo tempo, tanto o marco inicial de responsabilização do Estado pela prestação de serviços de saúde, como o marco inicial de transferência dessa responsabilidade para a iniciativa privada.

A criação dos IAPs e a expansão da indústria fomentaram o desenvolvimento do setor de saúde suplementar a partir da previdência social, mediante um sistema médico-previdenciário caracterizado pela compra de serviços privados de assistência à saúde pelo governo com o fim atender aos filiados à previdência social e assim manter a higidez da mão-de-obra, o que era fundamental para os planos desenvolvimentistas que contagiaram o cenário político e econômico da época. Todavia, além de fomentar a iniciativa privada por meio do fundo público, o sistema médico-previdenciário gerou uma política de exclusão sanitária na medida em que abrangeu apenas os trabalhadores formais; que interessavam aos desígnios de expansão capitalista da época; e excluía de sua égide os trabalhadores informais e desempregados; que não interessavam ao capitalismo industrial e eram considerados pré-cidadãos.

Em que pese as primeiras conferências de saúde terem manifestado um intento em alterar o paradigma das ações de saúde, a instauração do regime militar bloqueou os canais de comunicação entre o Estado e os cidadãos, passando a pautar-se por um discurso exclusivamente técnico e burocrático, valendo-se de práticas centralizadoras e decisões autocráticas, coagindo qualquer espécie de manifestação democrática participativa. Num primeiro momento, a ausência de pressões populares permitiu ao regime ditatorial privatizar a política de saúde, vindo os grupos médicos a disputarem os programas de atenção à saúde, fazendo com que o INPS logo se tornasse o principal financiador e consumidor dos serviços privados de assistência à saúde.

Porém, da mesma forma que o monismo e a democracia liberal-burguesa não atendem mais às necessidades e reivindicações populares, o regime ditatorial e o sistema médico-previdenciário não

conseguiram sustentar suas práticas por muito tempo, tendo a precarização e mercantilização da saúde ensejado a organização do Movimento Social em Saúde, que, valendo-se de um discurso democrático e socializante, radicou-se na sociedade como um movimento opositor ao próprio autoritarismo e centralismo do regime militar.

À medida que o Movimento Social em Saúde radicou-se na sociedade e estreitou laços entre acadêmicos, prestadores de serviços de saúde, políticos e membros da sociedade civil organizada, este potencializou-se como um espaço de renovação democrática no âmbito da saúde, tornando-se o marco de um pluralismo jurídico sanitário de caráter extra-oficial. Nesse viés, contando com grande participação das massas e inspirada pelos auspícios da abertura democrática, a 8ª CNS representou o resgate da democracia participativa na área da saúde, primando por uma reformulação do sistema nacional de saúde que atendesse às necessidades materiais e reivindicações da população, tendo o Relatório Final da 8ª CNS subsidiado a Assembléia Nacional Constituinte na elaboração do texto relativo à saúde da CRFB. Tal esforço resultou na criação de um SUS que recepciona o pluralismo jurídico e a democracia direta na medida em que prevê como um de seus sustentáculos a participação social, a qual poderá ser exercida através de Conselhos e Conferências de Saúde.

Entretanto, apesar da CRFB ter preconizado um SUS pautado por princípios e diretrizes de universalidade, igualdade, integralidade e participação social, esta não obedeceu ao que fora proposto pelo Relatório Final da 8ª CNS no que tange à natureza das ações e serviços de saúde, considerando-as de relevância pública, mas ainda assim abrindo margem para que a iniciativa privada explore a assistência à saúde sob as modalidades complementar e suplementar. Essa abertura para a iniciativa privada, aliada às dificuldades de implementação e custeio do SUS e a regulamentação tardia do setor suplementar, levaram a uma remercantilização da saúde e a uma nova seletividade na dinâmica das prestações de saúde, vindo as operadoras de saúde suplementar a abranger o atendimento à saúde daqueles economicamente mais abastados e relegar ao SUS a atenção à saúde daqueles considerados carentes. Ademais, as ações e políticas do setor suplementar não são regidas pelo SUS, mas pela ANS, agência reguladora do setor, motivo pelo qual as instâncias

participativas do SUS não exercem um controle social direto sob o mercado de saúde suplementar, em que pese a ANS contar com alguns mecanismos de democracia participativa.

Nesse sentido, no que tange à historicidade do Direito à Saúde no Brasil, nota-se que este se manteve adstrito ao monismo e à uma política autocrática e centralizadora até o final do século XX, até então estando investido por uma ótica neoliberal que visava privatizar a política de saúde mediante o custeio do setor privado de atenção à saúde através da seguridade social.

Porém, a partir dos anos 70, o Movimento Social em Saúde passou a radicar-se na Sociedade e reivindicar uma reforma de cunho democrático e prestacional no sistema de saúde, se consubstanciando numa legítima fonte de pluralismo jurídico de caráter extra-oficial nas relações de saúde. Mais do que isso, com a promulgação da CRFB de 1988, o pluralismo jurídico foi recepcionado pelo direito oficial por meio do reconhecimento do princípio basilar da participação popular no SUS e pela instituição dos Conselhos e Conferências de Saúde como espaços de democracia participativa no âmbito da saúde. Por sua vez, a possibilidade de exploração econômica da saúde dividiu o paradigma da regulação das políticas e ações de saúde entre o SUS e a ANS, sendo que a última possui dinâmicas diferenciadas de controle social sob o setor.

Observando a estrutura e funcionamento das instâncias de controle social do SUS, constatou-se que estas representam legítimos espaços de pluralismo jurídico e participação popular institucionalizados dentro do direito oficial, dispondo de uma composição paritária e de um caráter deliberativo que lhes possibilita traçar as diretrizes básicas e realizar a tutela coletiva das políticas de saúde. Porém, também constatou-se que tais instâncias de participação popular estão sujeitas ao risco de terem sua natureza plural e deliberativa desvirtuada por agentes do Estado e do mercado que valem-se de concepções tecnocráticas e burocráticas que desqualificam o saber popular e esvaziam o caráter deliberativo de tais instâncias, transformando-as em meros órgãos consultivos, assim despolitizando a política de saúde para atender aos seus fins particularistas.

No caso dos conselhos, esse problema pode justificar-se pelo fato de que, apesar de consistirem em espaços de democracia participativa, sua estrutura de deliberação ainda possui contornos

representativos. Levando-se em consideração que a estrutura dos Conselhos de Saúde se enquadra nos moldes de um sistema piramidal com democracia direta nas bases e democracia por delegação nos níveis superiores, para superar os entraves decorrentes de uma estrutura deliberativa dotada de contornos representativos, é de fundamental importância reforçar os mecanismos de democracia direta nas bases para manter o controle social sob as instâncias superiores. Isso torna necessário expandir a participação popular em saúde para além do espaço dos Conselhos e Conferências de Saúde, possibilitando assim que a democracia participativa alcance patamares mais amplos no âmbito da saúde, que sejam capazes de expressar de forma mais eficaz e concreta a opinião popular a respeito da tutela do Direito à Saúde.

Nesse viés, apesar da ANS não contar com instâncias de participação popular que apresentem uma composição paritária entre representantes dos usuários e dos demais segmentos sociais interessados, ou que sejam dotadas da capacidade de deliberar os rumos da política de saúde suplementar, reservando à sociedade apenas um papel consultivo; motivo pelo qual é possível considerar o setor suplementar mais próximo ao monismo e à democracia representativa do que ao pluralismo e à democracia participativa; ainda assim a ANS conta com dispositivos de democracia participativa que, apesar de surtirem efeito meramente consultivo, expandem a participação popular para além de seus espaços institucionais, como é o caso das consultas e das audiências públicas.

Porém, em que pese a incorporação de várias propostas apresentadas pelos usuários nas consultas públicas e a rejeição de várias propostas apresentadas pelas operadoras representar que a ANS tem resistido às investidas neoliberais, o grande montante de despesas transferidas ao SUS pelo setor privado e não ressarcidas pelas operadoras, aliado ao grande número de queixas apresentadas nos órgãos de defesa do consumidor, demonstram a necessidade de expandir a tutela do setor suplementar para além do marco da agência reguladora. Assim, faz-se mister conciliar a tutela do setor suplementar com a do SUS, de modo que esta passe a operar dentro da lógica do SUS e não de forma dissociada para com este.

Portanto, buscando atender à problemática e às hipóteses levantadas no início desta dissertação, pode se concluir que, apesar de todos os entraves já apresentados, o Direito à Saúde no Brasil, dentro

de uma perspectiva histórica e operacional posterior à CRFB de 1988, pode ser considerado fruto e fonte de um pluralismo jurídico de cunho emancipatório e participativo no que tange ao seu viés público. Porém, o mesmo não pode ser dito com relação ao seu viés privado, que, apesar de alguns avanços no âmbito democrático e social, ainda continua adstrito a um monismo, centralismo e autoritarismo típicos da democracia liberal-burguesa, pautando-se pela hegemonia do aspecto representativo sobre o aspecto participativo da democracia, e pela supremacia de um formalismo e universalismo abstrato sobre as reais necessidades e anseios da Sociedade.

Por fim, importa ressaltar que o primeiro passo para superar os problemas oriundos do dualismo existente nas políticas de saúde do Brasil consiste, antes de qualquer coisa, numa reforma da própria classificação dos bens jurídicos que determine a natureza coletiva daqueles tidos como fundamentais, de caráter extrapatrimonial, como é o caso da saúde, bens que são de titularidade da Sociedade, a qual deve ser inserida como um terceiro elemento na relação entre Estado e indivíduo e ser designada como responsável por sua tutela coletiva. O reconhecimento da saúde como um bem coletivo extrapatrimonial e da Sociedade como sua legítima titular não importa na extinção do setor suplementar, mas em submeter este à dinâmica do SUS, agora não mais identificado como uma entidade público-estatal, mas como um sistema coletivo-social, reforçando assim a democracia direta no âmbito das políticas de saúde e conciliando público e privado através do coletivo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

ACIOLE, Giovanni Gurgel. **A Saúde no Brasil: cartografias do público e do privado**. São Paulo: Hucitec; Campinas: Sindimed, 2006;

ALVES, Sandra Mara Campos. Democracia Participativa e a Consulta Pública na Agência Nacional de Saúde Suplementar. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas Atuais de Direito Sanitário**. Vol 1. Brasília: CEAD/FUB, 2009;

ARAÚJO, Ângela Maria. **A Regulação do Mercado de Saúde Suplementar no Brasil: barreiras à entrada e à saída de operadoras de planos privados de assistência à saúde** (Dissertação de Mestrado). Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004;

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e Rotinas de Funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde. In: Brasil. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. vol I. Brasília: Ministério da Saúde, 2003;

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar**. Tese de Livre-Docência em Direito. São Paulo: USP, 2003. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/>. Acesso em: 16 de setembro de 2010;

BERTOLI FILHO, Cláudio. **História da Saúde Pública no Brasil**. 4.ed. São Paulo: Ática, 2008;

BOBBIO, Norberto. **As Ideologias e o Poder em Crise**. 4.ed. Brasília: UNB, 1999;

_____. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004;

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde: comentada artigo por artigo, doutrina, jurisprudência**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005;

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **A Prática do Controle Social: conselhos de saúde e financiamento do SUS**. Série Histórica do CNS, n.1. Brasília: Ministério da Saúde: 2002;

_____. Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA. **VisaÉ**: almanaque de vigilância sanitária. Brasília: ANVISA, ed nº 1, outubro de 2007a;

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: CONASS, 2007b;

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Legislação Estruturante do SUS**. Brasília: CONASS, 2007c;

_____. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Saúde Suplementar**. Brasília: CONASS, 2007d;

_____. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na Década de 70: a participação das universidades e dos municípios – memórias**. Brasília: Conasems, 2007e;

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: 1988. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 06 de novembro de 2010a;

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm#responsabilidadecivil>. Acesso em: 07 de novembro de 2010b;

_____. **Lei nº. 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os

planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília: 1998.
Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em: 24 de maio de 2010c;

_____. **Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8080.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2010d;

_____. **Lei nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000.** Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília: 2000. Disponível em: www.ans.gov.br. Acesso em: 23 de maio de 2010e;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos.** Rio de Janeiro: mar/2010. Disponível em: www.ans.gov.br. Acesso em: 20 de maio de 2010f;

_____. **Emenda Constitucional n. 29, de 13 de setembro de 2000.** Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm. Acesso em: 03 de janeiro de 2011a;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Carta da XI Conferência Nacional de Saúde.** Disponível em:
<http://www.datasus.gov.br/cns/11Conferencia/relatorio/relatorio.htm>. Acesso em: 03 de janeiro de 2011b;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 12ª Conferência Nacional de Saúde.** Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=112

8. Acesso em: 04 de janeiro de 2011c;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Pacto Pela Saúde**. Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1021. Acesso em: 04 de janeiro de 2011d;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Consolidado para a 13ª Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em:
http://conselho.saude.gov.br/web_13confere/relatorio_consolidado_13cns.pdf. Acesso em: 04 de janeiro de 2011e;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=112
4. Acesso em: 04 de janeiro de 2011f;

_____. **Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília: 1990. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm. Acesso em: 20 de janeiro de 2011g;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Participação Social no SUS: o olhar da gestão municipal**. Disponível em:
http://www.conasems.org.br/files/cartilha_participacao_social_setembro.pdf. Acesso em: 20 de janeiro de 2011h;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 9ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1992. Disponível em:
http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=112
5. Acesso em: 22 de janeiro de 2011i;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **A Prática do Controle Social:** conselhos de saúde e financiamento do SUS. Série histórica do CNS, n. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. Disponível em: http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/livros/A_Pratica_Control_Social.pdf Acesso em: 20 de janeiro de 2011j;

_____. **Resolução CNS n. 33/92.** Recomendações para constituição dos Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/cidadania/gesau/legislacao/temas/control/resolucao_CNS_333.pdf Acesso em: 20 de janeiro de 2011k;

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. **Relatório Final da 10ª Conferência Nacional de Saúde.** Brasília: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1126. Acesso em: 23 de janeiro de 2011l;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS. **Resolução Normativa n. 197, de 16 de julho de 2009.** Institui o Regimento Interno da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências. Disponível em: www.ans.gov.br Acesso em: 28 de janeiro de 2011m;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Consulta Pública n. 33, de 31 de agosto de 2010.** Disponível em: www.ans.gov.br Acesso em: 30 de janeiro de 2011n;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Resolução Normativa n. 242, de 07 de dezembro de 2010.** Dispõe sobre a participação da sociedade civil e dos agentes regulados no processo de edição de normas e tomada de decisão da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS mediante a realização de consultas e audiências públicas, e câmaras técnicas. Disponível em: www.ans.gov.br Acesso em: 30 de janeiro de 2011o;

_____. Tribunal de Contas da União - TCU. **Relatório de Atividades:** 1º Trimestre de 2009. Brasília: TCU, Secretaria de

Planejamento e Gestão, 2009. Disponível em: www.tcu.gov.br Acesso em: 30 de janeiro de 2011p;

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. **Caderno de Informações de Ressarcimento e Integração com o SUS**. Brasília: ANS, 2009. Disponível em: www.ans.gov.br Acesso em: 30 de janeiro de 2011q;

BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. 6.ed. São Paulo: Thomson Learning, 2006;

BUEN L., Néstor de. **El Estado de Malestar**. México: Porrúa, 1997;

CAMPOS, Gastão Wagner de Souza Campos. **Reforma da Reforma: repensando a saúde**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 1997;

CÁRCOVA, Carlos María. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: Ltr, 1998;

CARVALHO, Eurípedes Balsanuf; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. A regulamentação do setor de saúde suplementar no Brasil: a reconstrução histórica de disputas. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro. vol.23, n.9, p. 2167-2177, 2007;

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PSIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das Idéias Políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000;

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999;

CORREIA, Maria Valéria Costa. **Que Controle Social?: os conselhos de saúde como instrumento**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000;

_____. **Desafios para o Controle Social: subsídios para capacitação de conselheiros de saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005;

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas Públicas, Justiça Distributiva e Inovação: saúde e saneamento na agenda social**. São Paulo:

Hucitec, 1998;

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Brasil. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. vol I. Brasília: Ministério da Saúde, 2003;

DA SILVA, Jacqueline Maria Cavalcante. **Controle Social das Políticas Públicas no Brasil: caminho para uma efetiva democracia** (Dissertação de Mestrado). Fortaleza: UNIFOR, 2010. Disponível em: ... Acesso em: 22 de janeiro de 2011;

DERENGOWSKI, Maria da Graça. Nota Introdutória sobre Estrutura de Mercado, Concentração e Mercados Relevantes. **Regulação & Saúde: documentos técnicos de apoio ao fórum de saúde suplementar de 2003**. vol.3. tomo1. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004;

DULCE, Maria José Fariñas. **Los Derechos Humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la actitud postmoderna**. Madri: Dykinson, 1997;

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. São Paulo: Expressão popular, 2007;

EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e Diálogo Intercultural: uma perspectiva antropológica. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

ESCOREL, Sarah. **Reviravolta na Saúde: origem e articulação do movimento sanitário**. Rio de Janeiro: 1998;

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; EDLER, Flavio Coelho. As Origens da Reforma Sanitária e do SUS. n: LIMA, Nísia Trindade; GERSHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho (org.). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. 20.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005;

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS. In: LIMA, Nísia

Trindade; GERSHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho (org.). **Saúde e Democracia: história e perspectivas do SUS**. 20.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005;

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996;

FERRAJOLI, Luigi. **A Soberania no Mundo Moderno: nascimento e crise do estado nacional**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007;

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de Direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: Fiocruz, 2006;

FLEURY, Sonia. A Questão Democrática na Saúde. In: FLEURY, Sonia (org.). **Saúde e Democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997;

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 29.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987;

_____. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996;

GALLARDO, Helio. **Derechos Humanos como Movimiento Social**. Colômbia: Desde Abajo, 2006;

GERSHMAN, Silvia. **A Democracia Inconclusa: um estudo da reforma sanitária brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2004;

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: a ótica da proteção do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997;

HERRERA FLORES, Joaquín. Los Derechos Humanos en el

Contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales. In: RÚBIO, David Sanchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. **Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

_____. **A (Re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 21.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1986;

HUNT, Angela Elwell; SHERMAN, Howard J. **História do Pensamento Econômico**. Petrópolis: Vozes, 2000;

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. Globalización, Pluralismo Jurídico y Ciencia del Derecho. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (Org.) **Dimensiones Jurídicas de la Globalización**. Madri: Dykinson, 2007;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001;

KOSELECK, Reinhart. **Crítica e Crise**: uma contribuição à patogênese do mundo burguês. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999;

KRETZ, Andrietta. **Autonomia da Vontade e Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais**. Florianópolis: Momento Atual, 2005;

LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de. **Informação e Regulação da Assistência Suplementar à Saúde**. Rio de Janeiro: e-papers, 2005;

LIMA, Nísia Trindade; FONSECA, Cristina M. O.; HOCHMAN, Gilberto. A Saúde na Construção do Estado Nacional no Brasil: Reforma Sanitária em Perspectiva Histórica. In: LIMA, Nísia Trindade; GERSHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho (org.). **Saúde e Democracia**: história e perspectivas do SUS. 20.ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005;

LOURENÇATO, Antonio Aparecido. **Sobre a Neutralidade do Estado: do laissez-faire ao welfare state**. Dissertação de mestrado em Economia. PUC-SP: 2005. Disponível em: http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1552. Acesso em: 28 de março de 2010;

MACPHERSON, C. B. **Ascensão e Queda da Justiça Econômica e Outros Ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991;

_____. **A Democracia Liberal**: origens e evolução. Rio de Janeiro: Zahar, 1978;

MALTA, Deborah Carvalho; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira; MERHY, Emerson Elias; FRANCO, Túlio Batista; JORGE, Alzira de Oliveira; COSTA, Mônica Aparecida. Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. **Ciência & Saúde Coletiva**. vol.9, n. 2, p. 433-444, abr./jun. 2004;

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967;

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

MONTONE, Januário. Evolução e Desafios da Regulação do Setor de Saúde Suplementar. BRASIL. **Regulação & Saúde**: documentos técnicos de apoio ao fórum de saúde suplementar de 2003. vol.3. tomo1. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004;

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rosseau: da servidão à liberdade. IN: WEFFORT, Francisco C. (Org.). **Os Clássicos da Política**. 13.ed. Vol 1. São Paulo: Ática, 2003;

NETO, Eleutério Rodriguez. **Saúde**: promessas e limites da constituição. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003;

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Carta de Constituição da**

Organização Mundial da Saúde. 1946. Disponível em:
<http://www.fd.uc.pt>. Acesso em: 09 de março de 2011;

PAIM, Jairnilson. **Reforma Sanitária Brasileira:** contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: EDUFBA; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008;

PETRAS, James. **Neoliberalismo:** América Latina, Estados Unidos e Europa. Blumenau: FURB, 1999;

PILATI, José Isaac. Por uma Nova Ágora Perante o Desafio da Globalização. In: **Revista Jurídica – CCJ/FURB.** Blumenau. v.12, n. 24, p. 14-29, jul./dez. 2008. Disponível em:
<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/viewFile/1329/935>. Acesso em: 04 de novembro de 2010;

_____. **Propriedade e Função Social na Pós-Modernidade.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003;

POCOCK, J.G.A. **Linguagens do Ideário Político.** São Paulo: USP, 2003;

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social-Democracia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1989;

REIS, Otávia Miriam Lima Santiago. **O Ressarcimento ao SUS Pelas Operadoras de Planos de Saúde:** uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança (Monografia). Minas Gerais: Universidade Federal de Viçosa, 2008;

RITTER, Gerhard. **El Estado Social:** su origen y desarrollo em una comparación internacional. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991;

ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico.** Florianópolis: Boiteux, 2008;

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: Martins Claret, 2003;

ROTH, André-Noel. O Direito em Crise: fim do Estado moderno. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996;

SALAZAR, Andréa Lazzarini; RODRIGUES, Karina; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Assistência privada à saúde: regulamentação, posição IDEC e reflexos no sistema público**. In: BRASIL. Direito Sanitário e Saúde Pública. vol.1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003;

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000;

_____. **A Gramática do Tempo: para uma nova cultura jurídica**. 2.ed. São Paulo: Cortez 2008;

_____. **Pensar el Estado y la Sociedad: desafíos actuales**. Buenos Aires: Waldhunter, 2009;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998;

_____.- Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000;

SATO, Fábio Ricardo Loureiro. A teoria da agência no setor da saúde: o caso do relacionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar com as operadoras de planos de assistência supletiva no Brasil. **Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, v.41, n.1, p.49-62, fev. 2007;

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto

Machado de. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007;

SILVA, José Luiz Toro. **Manual de Direito da Saúde Suplementar**. São Paulo: M.A Pontes, 2005;

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol 1. São Paulo: Nova Cultural, 1996a;

_____. **A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Vol 2. São Paulo: Nova Cultural, 1996b;

SOUZA, Rosimary Gonçalves de; BODSTEIN, Regina Cele de Andrade. Inovações na intermediação entre os setores público e privado na assistência à saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro. vol.7, n.3, p. 481-492, 2002;

TORRES, Carlos Alberto. **Democracia, Educação e Multiculturalismo: dilemas da cidadania em um mundo globalizado**. Petropolis: Vozes, 2001;

VALLA, Victor Vincent. Sobre Participação Popular: uma questão de perspectiva. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro. n. 14, p. 07-18, 1998;

VIEIRA, Marcelo Milano Falcão; VILARINHO, Paulo Ferreira. O Campo da Saúde Suplementar no Brasil. **Revista Ciências da Administração – RCA**. Florianópolis: UFSC. vol.6, n. 11, p. 09-34, jan/jul. 2004;

VILARINHO, Paulo Ferreira. **A Formação do Campo de Saúde Suplementar no Brasil** (Dissertação de Mestrado). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003;

_____. **O campo da saúde suplementar no Brasil à luz da teoria do poder simbólico de Pierre Bourdieu**. In: Cadernos EBAPE.BR. Rio de Janeiro: vol 2, n.3, dez/2004;

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição**

Brasileira. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

WENDHAUSEN, Águeda . **O Duplo Sentido do Controle Social:** (des)caminhos da participação em saúde. Itajaí: UNIVALI, 2002;

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Omega, 2001;

_____. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004;

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.