

As Parcerias Público-Privadas no Estado Democrático de Direito: uma análise no contexto do direito à saúde no Brasil e em Portugal.

N. 41017 – Rafael Alves de Oliveira.

Mestrado em Ciência Jurídica Forense

Dissertação de Conclusão



IMP.GE.208.1



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

Orientado por Prof. Doutora Maria João Mimoso Ferreira Baptista

Data: 26.11.2021.



UNIVERSIDADE PORTUCALENSE

IMP.GE.208.1



DEPARTAMENTO
DIREITO



AGRADECIMENTOS

Após a conclusão de uma pesquisa hercúlea e que demandou organização, equilíbrio e serenidade, há aqueles e aquelas, a quem não posso deixar de agradecer.

Primeiramente, o agradecimento sempre é, e sempre será a Deus, pela inesgotável fonte de força e resiliência nos momentos mais difíceis, agraciando-me com saúde e disposição para que este estudo fosse realizado e concluído. Toda honra e toda glória a Deus!

Ao meu eterno avô, Odilardo Alves, por todas as oportunidades e lições concedidas, ainda hoje. Por toda vida.

Aos meus pais pela vida, criação, educação e presença em minha trajetória, sem a qual, não seria capaz de perseguir o caminho até então trilhado.

À minha amada esposa Hellen, que sempre está ao meu lado em todos os momentos e decisões, por todos esses longos anos, sempre com muito companheirismo, carinho e amor, concebendo os três maiores presentes de minha vida.

Aos meus filhos Luís Felipe, João Marcelo e Joaquim Rafael, que fazem com que eu me sinta a pessoa mais feliz do mundo, todos os dias, e me ensinam mais que quaisquer livros, enciclopédias e textos sobre amor e amizade.

Aos meus amigos fiéis, com quem posso contar em todos os momentos. Parafraseando o poeta Vinicius de Moraes: Eu poderia suportar, embora não sem dor, que tivessem morrido todos os meus amores, mas enlouqueceria se morressem todos os meus amigos. Sou muito grato por ter os melhores amigos do mundo.



Por fim, à minha orientadora, Doutora Maria João Mimoso Ferreira Baptista, que sempre se mostrou paciente e parceira, estando suas lições nas linhas deste trabalho, sem as quais, este trabalho jamais seria concluído. Muito obrigado!

*“É melhor ter pouco com retidão
do que muito com injustiça”.*

(Provérbios 16:8)

“Nem toda lágrima é dor, nem toda graça é sorriso, nem toda curva da vida tem placa de aviso, nem sempre que você perde de fato é prejuízo”.

(Bráulio Bessa)

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar, em um estudo luso-brasileiro, o modelo de complementariedade na área da saúde a partir de das políticas de parcerias público-privadas com exemplos e resultados demonstrados, para, por fim, analisar se se trata de um modelo neoliberal de garantia do direito à saúde ou se é um modelo compatível com os objetivos fundamentais da República e com os objetivos, princípios e diretrizes da lei do SUS (lei n. 8.080/90). Assim, o trabalho pergunta diretamente em que medida essa complementariedade estaria adequada ao modelo universal de proteção à saúde inserido nas Constituições brasileira e portuguesa. Portanto, pela experiência luso-brasileira, realiza-se um estudo bibliográfico de direito comparado em relação à aplicação das parcerias público-privadas para compreender se tais experiências podem ser utilizadas como mecanismos de concretização do direito à saúde sem que possam ser transfiguradas como artifícios neoliberais de supressão dos direitos sociais ou se revestem como sistemas de “dirigismo social invertido”. Através do método hipotético-dedutivo, o estudo baseou-se em pesquisa qualitativa, de abordagem indutiva, técnica de pesquisa bibliográfica e documental de direito comparado, ambas utilizadas em todas as fases da pesquisa: inicialmente, pela evolução histórica dos direitos sociais no século XXI e os impactos da onda neoliberalizadora e do poder econômico; após, pela explicação da proteção constitucional de uma ordem social universal e do dirigismo invertido imposto pelo neoliberalismo; da exclusão neoliberal e a salvaguarda por meio da judicialização da política; e, por fim, pelo estudo do decreto 10.530/20 e dos exemplos e resultados de parcerias público-privadas aplicadas no Brasil e em Portugal, concluindo que as parcerias público-privada funcionam como medida efetiva de concretização do direito à saúde, pelos dados exitosos que apresentaram, mas que a proteção social da saúde, mesmo em PPP, deve sempre estar vigilante e atento às tentativas expressas de privatização da saúde, tal como se tentou pelo decreto 10.530/20 e pelo teto de gastos na área social, no Brasil, e sutis, tal como se alerta pelo dirigismo invertido, para que não sejam integralmente executadas por terceiros e que o Poder Público ainda se mantenha competente sobre sua regulamentação, fiscalização e controle para efetivar a gratuidade e universalidade disposta constitucionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Fundamental à Saúde; Direitos Sociais; Neoliberalismo; Dirigismo Invertido; Parcerias Público-Privadas.



ABSTRACT

The main objective of this work is to analyze, from the Luso-Brazilian experience, how Public-Private Partnerships can be used as a mechanism for the realization of the right to health, within the context of the Democratic Rule of Law, without allowing them to be transfigured as neoliberal artifices for the suppression of social rights. The work sought to analyze how the transition from the Liberal to the Neoliberal State perpetuated principled roots that constitute real obstacles to the strengthening of public policies present in the Constitution, and for this reason, several movements that hinder the implementation of public health arise as a direct consequence of the neoliberal root. in the Democratic Rule of Law. Through the hypothetical-deductive method, we sought to bring theoretical and practical aspects to the discussion. Having this objective, at first an attempt will be made to reconstruct the historical paradigm of transition from the Liberal to the Neoliberal State. Later, it analyzes how neoliberalism works as an exclusionary and suppressive basis for social rights. Finally, it analyzes the right to health in Brazil and Portugal and Public-Private Partnerships as an alternative to implement the right in the country.

KEYWORDS: Fundamental Right to Health; Public-Private Partnerships; Democratic state; Social rights.



SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O DIREITO À SAÚDE NO SÉCULO XXI: os impactos da onda neoliberalizadora e poder econômico	13
2.1 Evolução do Estado Moderno: do Estado Social ao Estado Neoliberal	13
2.2 O Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo: a tentativa de cumprimento das promessas da modernidade tardia na América Latina	27
3 DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DA ORDEM SOCIAL UNIVERSAL AO NEOLIBERALISMO EXCLUDENTE	44
4 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ALINHADAS COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA “NOVA” ALTERNATIVA PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE?	76
4.1 Da Complementariedade Privada: estudo sobre as parcerias público-privadas	76
5 CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS	111

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva analisar, em um estudo luso-brasileiro, o modelo de complementariedade na área da saúde a partir de modelos de parcerias público-privadas com exemplos e resultados demonstrados, para, por fim, analisar se se trata de um modelo neoliberal de garantia do direito à saúde ou se é um modelo compatível com os objetivos fundamentais da República e com os objetivos, princípios e diretrizes da lei do SUS (lei n. 8.080/90). Portanto, questiona-se em que medida essa complementariedade estaria adequada modelo universal de proteção à saúde inserido nas Constituições brasileiras e portuguesas, enquanto manifestadoras de dirigismos constitucionais.

Desta forma, da evolução do Estado Social ao Estado Neoliberal, vê-se que o Estado Moderno se erigiu a partir da racionalidade do homem e busca produzir, a partir da Revolução Científica, um conhecimento racional a partir de experiências e observação. Com isso, surge o positivismo jurídico, que se acompanha com o referido reconhecimento da racionalidade, mesmo momento em que, na esteira foucaultiana, passou-se a aliar o conceito de “prática de governo” com o de “regime da verdade” e o mercado torna-se a imposição da verdade para a prática governamental.

Com estas características, o Estado Moderno forma-se liberal, com predominância de direitos de individualidade, tal como a igualdade formal, a defesa da propriedade privada e liberdades e, em seguida, com o surgimento de teorias marxistas, a relação estatal com a sociedade passa a ser reestudada no momento de passagem do Estado Liberal ao Social.

Assim, o Welfare State não possui um conceito previamente definido e não tem aparência uniforme. Neste trabalho, abordamos a definição de bem-estar social a partir dos “custos sociais”, a partir de uma concepção universalista e de cidadania proposta por Marshall e a partir da teoria das capacidades proposta por Amartya Sen.

Ocorre que tais direitos de caráter social, que, no Brasil, passaram a constar em capítulos de ordem econômica e social desde 1934, devem ser relacionados ao contexto histórico autoritário latino-americano de promessas incumpridas de promoção de direitos em um movimento de redemocratização dirigente e ao chamado “dirigismo invertido”

exposto por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massoneto, que refletem a deferência elitista e neoliberal contraditória à universalização destes direitos, principalmente os de caráter social.

Neste rumo, o trabalho retomou para explicar neoliberalismo como um plano de governamentalidade simultâneo ao exercício de uma forma de governo, que impõe uma intervenção inclusive social resumindo a existência e experiências a termos econômicos e pautando-se em relações de competitividade mesmo em âmbitos pessoais, o que se reconhece como cidadania sacrificial, isto a partir dos estudos de Wendy Brown, Michel Foucault, André Coelho Vladimir Safatle e Loiane Verbicaro. Em seguida, é importante estudar o neoliberalismo para diferenciá-lo do liberalismo e identificar as suas influências à constituinte brasileira e aos objetivos fundamentais deste documento.

Por fim, chega-se ao estudo do direito à saúde no Brasil, que envolve a análise histórica das reivindicações do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB) e as problematizações que o neoliberalismo excludente, estudado acima, nos coloca. Portanto, acompanha-se a explicação de Jarbas Cunha sobre a condução da Assembleia Nacional Constituinte brasileira em relação à criação de um Sistema Único de Saúde brasileiro com os objetivos, princípios e diretrizes de universalidade, gratuidade e integralidade, mas que convivem com a redução do Estado de bem-estar social e a globalização dos interesses do capital, o que novamente leva ao dirigismo invertido anteriormente mencionado.

Especificamente em relação ao direito à saúde, a aplicação neoliberal é entendida a partir dos estudos de Leila Göttems e Maria de Lourdes Mollo e Leila Borlini que, em geral, indicam que a aplicação neoliberal nas áreas de saúde levou a uma redução da responsabilidade do Estado no financiamento dos serviços de saúde que beneficiavam poucos sujeitos (em contrariedade à aplicação universal trazida na Constituição brasileira) – o que, ao final, leva à necessidade de estudar a constante judicialização da necessidade de medicamentos e tratamentos de saúde no Brasil.

Neste sentido, partindo do inicial estudo “*The Global Expansion of Judicial Power*”, de Tate e Vallinder, foi compreendido o conceito de judicialização da política a partir das lições de Luís Roberto Barroso, Lorena Fonseca e Felipe Fróes Couto, Loiane Verbicaro e Fabiana Luci de Oliveira, com os resultados destes direitos judicializados

analisados em relação às conclusões de Jarbas Cunha, que delimitou quatro períodos de judicialização: a) não-ativismo (1988-1996); b) absolutização da saúde (1997-2003); c) custo dos direitos: mínimo existencial x reserva do possível (2004-2009); d) Medicina Baseada em Evidências (2009 até os dias atuais), e às conclusões de Thana Campos e Vitor Ido, Octávio Ferraz e Luciano Motta Lopes et. ali de que a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil se dá por ações individuais com pouca reflexão sobre a estrutura social a que estão vinculados e que há uma tendência amplamente favorável à concessão.

Por outro lado, Felipe Asensi realizou uma comparação da judicialização da política na área de saúde entre Brasil e Portugal e percebeu que, embora em Portugal o sistema de saúde compartilhe dos mesmos princípios de universalização, democratização e municipalização (ou descentralização), tradicionalmente não se utiliza do Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito à saúde.

Após este dado, curiosamente sobressalta uma similaridade entre Brasil e Portugal na área da saúde: a complementariedade proposta por Parcerias Público-Privadas como alternativa para a judicialização da saúde, o que ressalta ser o principal objeto de pesquisa desta dissertação. Ou seja, há uma realidade de direitos sociais reconhecidos de forma universal em um fenômeno chamado de *Welfare State*, ao mesmo tempo em que as teorias econômicas e políticas neoliberais se apresentam e disformam a universalidade em um chamado “Dirigismo Invertido”.

Em razão disso, no Brasil há uma amplitude de ações judiciais buscando a concessão de medicamentos e tratamentos de saúde que apontam números exorbitantes de judicializações, enquanto que em Portugal busca-se a concretização por mobilizações sociais e protestos. Entretanto, em ambos os países as parcerias público-privadas foram reconhecidas como uma forma singular de aliança estratégica entre o setor privado e o setor público, o que se torna curioso para fins de pesquisa.

Por conta desses apontamentos, será necessário realizar reflexões sobre o decreto 10.530/20 e diferenciar críticas neoliberais a um projeto e a outro (parcerias público-privadas). A presente dissertação especificamente pesquisa a aplicação das PPP em experiências brasileiras, especialmente no Hospital do Subúrbio em Salvador, e relaciona com os resultados de PPP aplicadas nos Hospital de Cascais, Hospital de Braga, Hospital

de Loures e Hospital de Vila Franca de Xira em Portugal a partir das análises de Fernando Borges Mânica, Mariana Carrera, Antonio Pires Barbosa e Ana Maria Malik, e Alexandre Morais Nunes e Andreia Afonso de Matos.

Por fim, apesar as experiências exitosas mencionadas acima, Carrera alerta que que tais parcerias são um grande desafio em conciliar a defesa do interesse público com os objetivos de lucro do setor privado, justamente sob ameaça da onda neoliberalizadora, que podem levar à progressiva privatização da saúde, o que atualmente resulta na seletividade do serviço, na destruição da universidade pública e faz parte do processo de continuidade dos projetos de contrarreforma do Estado e é o que claramente propunha o inconstitucional decreto 10.530/20 promulgado pelo Presidente da República brasileiro.

Em relação à metodologia utilizada, o estudo baseou-se em pesquisa qualitativa, de abordagem indutiva, técnica de pesquisa bibliográfica e documental de direito comparado, ambas utilizadas em todas as fases da pesquisa: evolução histórica dos direitos sociais no século XXI e os impactos da onda neoliberalizadora e do poder econômico; a proteção constitucional de uma ordem social universal e o dirigismo invertido imposto pelo neoliberalismo; a exclusão neoliberal e a salvaguarda por meio da judicialização da política; e as parcerias público-privadas como meios complementares de proteção à saúde e meios alternativos à judicialização.

Ao final, foi possível concluir que existem diversos modelos exitosos de parcerias público-privadas, no Brasil e em Portugal, mas ambos os ordenamentos sociais devem estar alertas aos riscos neoliberais que tais parcerias podem indicar, tal como mencionado acima em relação à progressiva privatização da saúde e à contrarreforma do Estado Social – neste sentido, Mânica menciona que a assistência à saúde não pode ser integralmente executadas por terceiro e que compete ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle e, segundo Malik, os custos devem ser estatais e o atendimento às pessoas continuar de forma gratuita.

2. O DIREITO À SAÚDE NO SÉCULO XXI: os impactos da onda neoliberalizadora e do Poder Econômico.

2.1 Evolução do Estado Moderno: do Estado Social ao Estado Neoliberal

Para compreender a positivação atual do direito à saúde, é necessário refletir sobre as concepções e formações históricas dos modelos de Estado, bem como seus princípios e ideologias basilares, visto que, embora estejam sujeitas a transições para modelos diferentes com o decorrer do tempo, algumas características perpetuam-se, fazendo parte do novo modelo em constituição. Além disso, a forma com que as transições ocorreram diz muito sobre como aquele determinado modelo se correlaciona com o mercado, sempre presente em tais processos governamentais e de sociedade.

Com isso, vê-se que as atividades comerciais de natureza econômica sempre foram fator definidor para entender o modelo com que o Estado, e a sociedade, passam a formar seus princípios, correntes e ideologias e indicam a relação que passam a ter na positivação de direitos de caráter fundamental.

Inclusive, tal conexão entre atividades mercantis, Estado e sociedade pôde ser notada com mais intensidade no período de formação dos Estados Modernos na Europa, após o movimento das grandes codificações no século XIX e início do século XX naquele mesmo continente, o que significou, a princípio, o surgimento de um positivismo jurídico de caráter liberal dentro de um momento em que a classe burguesa iniciou processo de ascensão ao poder, unindo-se à monarquia, classe que, até então, detinha o poder político das unidades feudais.

A aliança acima mencionada fez com que a burguesia expandisse suas atividades mercantis, uma vez que, agora, havia maior controle e unicidade do exercício do poder político no que diz respeito às práticas jurisdicionais e políticas. Demais disso, foi justamente esse princípio direcional de unicidade político-jurisdicional que constituiu a base principal para a formação do Estado Moderno, rompendo com o medievalismo que até então seguia como modelo político.

Esta corrente racionalista, agora predominante, foi de fundamental importância para o surgimento do Estado Moderno, haja vista que quando passou a perpetuar a epistemologia das ciências sociais nos séculos seguintes (XVIII e XIX), buscava-se alcançar o ideal de segurança e previsibilidade, característica essencial do Estado Liberal

de Direito. Pode-se dizer que esta corrente racionalista presente na sociedade moderna foi a responsável por proporcionar as bases metodológicas de descobrimento das leis das ciências da natureza (Leis de Newton, Teoria do Heliocentrismo de Nicolau Copérnico e etc.), mas também proporcionou tais bases para o descobrimento de leis e teorias essencialmente sociológicas e jurídicas¹.

Através da perspectiva iluminista, o Estado Moderno se erigiu a partir da racionalidade do homem como ponto-guia da sociedade. Como ressalta Boaventura de Sousa Santos, o modelo de racionalidade presente na formação da modernidade, e em vigor durante o período da ciência moderna, tem por base a “revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente nos domínios das ciências naturais. Ainda que com alguns prenúncios, é só no século XIX que este modelo de racionalidade se estende às ciências sociais emergentes”².

Como vimos, um dos conceitos fundamentais para a compreensão da ascensão do Estado Liberal e a seus limiares na modernidade é a “racionalidade” que, a partir do Século XVI, surge no contexto de razão de Estado, ou seja, a racionalidade no âmbito da prática governamental, permitindo que o governante administrasse o Estado a partir de um conceito político de Estado oriundo do movimento mercantilista, da balança europeia e do estado de polícia emergente³. Foucault explica que, nesse novo contexto de racionalidade governamental, no século XVII,

“(…) o direito vai servir ao contrário como ponto de apoio para toda pessoa que quiser, de uma maneira ou de outra, limitar essa extensão indefinida de uma razão de Estado que toma corpo num Estado de polícia. A teoria do direito e as instituições judiciárias vão servir agora, não mais como multiplicadoras, mas ao contrário como subtratoras do poder real”⁴.

Já no século XVIII advém a razão governamental moderna, que surge com o propósito de limitar a “arte de governar”, de forma inerente, isto é, de forma natural e

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. Revista Estudos Avançados, 2003, pp. 48-54.

² *Ibidem*, pp. 48.

³ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁴ *Ibidem*, pp. 11.

interna, diferentemente de como acontecia anteriormente, do século XVII, que acontecia de forma extrínseca. Tal limitação inerente acontece a partir da presença do mercado, que tornou-se o lugar da verdade, dotado de naturalidade, e não mais de regulamentações jurídicas, tornando-se o parâmetro de conformação das práticas governamentais e do próprio governo, por isso fala-se em uma limitação intrínseca.

Posteriormente, tem-se o surgimento da racionalidade governamental crítica, que pregava, como lema principiológico, a ideia de “como não governar demais”, ou seja, ultrapassar tais limites estipulados pela razão governamental⁵. Com isso, veio o que Michel Foucault conceituou de autolimitação da razão governamental. Ao discutir tal conceito, pontuou o seguinte:

“Autolimitação da razão governamental’: o quer dizer isso, afinal? O que é esse novo tipo de racionalidade na arte de governar esse novo tipo de cálculo consiste em dizer “aceito, quero, projeto, calculo que não se deve mexer em nada disso?” Pois bem, acho que é isso que se chama, em linhas gerais, liberalismo”⁶.

Aliado a esta visão proposta por Michel Foucault, segundo Boaventura de Sousa Santos, a racionalidade da “natureza teórica do conhecimento científico decorre dos pressupostos epistemológicos e das regras metodológicas já referidas. É um conhecimento causal que aspira à formulação de leis, à luz de regularidades observadas”⁷, isto é, a nova racionalidade rompe com a anterior, no sentido de que a razão já não é mais conduzida pela fé, mas pelas experiências e observação⁸, produzindo um conhecimento mais profundo e austero da natureza, visando prever acontecimentos futuros, rompendo

⁵ *Idem*, pp. 18.

⁶ *Ibidem*, pp. 28.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. *Revista Estudos Avançados*, 2003, pp. 50-51.

⁸ Neste sentido, aponta-se para a alta contribuição da literatura de David Hume, que em suas obras, sempre “empirizava” o ser humano e a sua vivência. Como bem define o jurista britânico Wayne Morrison na teoria de Hume: “o direito é o instrumento do poder humano, a ferramenta de um sujeito humano que começa a assenhorear-se do mundo e a submetê-lo à análise racional, confiante em seu poder de raciocínio, capaz de criar uma estrutura social, uma sociedade, através de modalidades de direito – privado e público, civil e criminal -, tudo interligado. O mundo torna-se um predomínio de oportunidades infinitas a ser controlado pela legalidade: especificamente, contrato, propriedade, individualidade e defesa das relações jurídicas por meio da sanção criminal”. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, pp. 124.

com a utilização do sobrenatural para a explicação dos causídicos da vida diária, e utilizando os métodos da nova racionalidade para tanto.

Vale ressaltar que este panorama de racionalidade foi formado até meados do século XVII, quando se visualizou, na Inglaterra, a formação histórica de um Estado Liberal pela primeira vez e, seguidamente, no século XVIII a partir das revoluções liberais francesa e estadunidense⁹.

Na esteira de estar alinhado com a revolução científica, com a racionalidade e com o paradigma filosófico e sociológico do Estado Moderno, surge o positivismo jurídico, que se acompanha com o referido reconhecimento da racionalidade. Portanto, a ciência jurídica passou a ser tão racionalizada que a fonte normativa se tornou unicamente positiva, sendo a corrente jusfilosófica predominante nas democracias ocidentais¹⁰.

Segundo François Ost, “a obtenção das codificações não passa apenas por uma certa racionalização formal; também implica uma simplificação radical do material jurídico concomitante para um nivelamento do próprio sistema social”¹¹, isto é, o direito moderno, ao precisar propiciar ao Estado um mecanismo eficiente para que houvesse intervenção na vida em sociedade, precisou estar alinhado com os ideais de racionalização e equiparação do sistema social. Neste período, Viviane Lima afirma que, em relação à contraposição entre positivismo e jusnaturalismo, “ainda que seu conteúdo, para os

⁹ DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 15-21.

¹⁰ Vale ressaltar que diversas correntes positivistas se seguiram à época, como o positivismo metodológico, positivismo teórico, positivismo ideológico. Neste sentido, o positivismo metodológico transformou o direito puramente em uma ciência, nos mesmos termos das ciências da natureza. Isto é, transformou o direito livre de cargas axiológicas, sendo a lei criada, esta deve ser aplicada, indistintamente. Esta corrente ficou bastante conhecida por ser anti-ideológica, ou seja, não deixava o direito ser impactado por quaisquer ideologias, não importando de qual nicho viessem (filosofia, sociologia, historiografia e etc). Em seguida, para o positivismo teórico, pregava-se, com forte veemência, a ideia de centralização da atividade de criação de leis nos Estados Modernos, levando a um certo “Estatalismo”, isto é, utilizando tão somente fontes estatais para a resolução de problemas, sem qualquer tipo de conexão com outras fontes. Assim, quando determinado conflito surgia, o Juiz deveria encontrar a solução dentro da norma. Por fim, o positivismo ideológico acreditava na existência de haver o compromisso de ordem moral no cumprimento do direito positivo. Segundo Norberto Bobbio (1995, pp. 220-241), tem-se que a lei é transfigurada em um comando de natureza moral, ou seja, justo é quem está a agir de acordo com que impõe a lei.

¹¹ OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2007, pp. 174. Tradução livre: “el logro de las codificaciones no pasas solo por cierta racionalización formal; implica también una simplificación radical del material jurídico concomitante para una nivelación del propio sistema social”.

jusracionalistas, pudesse ser previamente cognoscível – já que se tratava dos ditames da razão, a lei imposta pelo Estado é lei positiva. E, em sendo positiva, deixa de ser natural”¹²

Vale ressaltar que, à essa altura, o capitalismo e o Estado Liberal confundiam-se, em que alguns autores, inclusive, o chamavam de Estado capitalista, como é o caso dos estadunidenses Samuel Bowles e Herbert Gintis, ao tratarem da experiência dos Estados Unidos da América com o Estado Liberal e sua crise¹³.

Neste sentido, segundo Foucault, passou-se a aliar o conceito de “prática de governo” com o de “regime da verdade”, de sorte que, assim, o mercado passasse a ser o lugar da verdade. Para ele, desde o Século XVIII o mercado não era dotado de regulação jurisdicional, vindo a ser regulamentado pelo natural, por artifícios espontâneos e, com isso, na prática, percebe que o governo (ou a arte de governar) estava alinhado com o local da verdade, ou seja, com o mercado. Nas palavras do filósofo francês:

“o que se descobre nesse momento, ao mesmo tempo na prática governamental e na reflexão dessa prática governamental, é que os preços, na medida em que são conformes aos mecanismos naturais de mercado, vão constituir um padrão de verdade que vai possibilitar discernir nas práticas governamentais as que são corretas e as que são erradas. Em outras palavras, o mecanismo natural do mercado e a formação de um preço natural é que vão permitir – quando se vê, a partir deles, o que o governo faz, as medidas que ele toma, as regras que impõe – falsificar ou verificar a prática governamental. Na medida em que, através da troca, o mercado permite ligar a produção, a necessidade, a oferta, a demanda, o valor, o preço, etc., ele constitui nesse sentido um lugar de verificação, quero dizer, um lugar de verificabilidade/falsificabilidade para a prática governamental(...) O mercado é que vai fazer que o governo, agora, para poder ser um bom governo, funcione com base da verdade”¹⁴.

¹² LIMA, Viviane. A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2020, pp. 163-164.

¹³ BOWLES, Samuels e GINTIS, Herbert. The crisis of Liberal Democratic Capitalism: The Case of the United States. In: Politics & Society, v. 11, 1982, pp. 51-93.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 45.

Portanto, o mercado seria a imposição da verdade para a prática governamental. Posteriormente, Foucault designa outros pontos de ancoragem da razão governamental, como a elaboração do poder público e a utilização do princípio da utilidade como parâmetro para sua intervenção no cotidiano¹⁵. Segundo Foucault, as condições mercadológicas impunham as perspectivas de verdade e, conseqüentemente, a suposta ideia de segurança jurídica funcionava como parâmetro de cálculo para fabricação da liberdade.

Com estas características, tem-se a formação do Estado Moderno na sua feição liberal, com predominância a direitos de individualidade como a igualdade formal, defesa da propriedade privada e liberdades. Porém, sob as vestes de uma pretensa igualdade, se constatava uma carência de liberdade e igualdade junto a um verdadeiro quadro de injustiças sociais. Neste sentido, aponta Foucault que:

“A liberdade é algo que se fabrica a cada instante. O liberalismo não é o que aceita a liberdade. O liberalismo _ o que se propõe fabricá-la a cada instante, suscitá-la e produzi-la com, bem entendido, [todo conjunto] * de injunções, de problemas de custo que essa fabricação levanta (...). liberalismo, a arte liberal de governar vai se ver obrigada a determinar exatamente em que medida e até que ponto o interesse individual, os diferentes interesses – individuais no que têm de divergente uns dos outros, eventualmente de oposto – não constituirão um perigo para o interesse de todos. Problema de segurança: proteger o interesse coletivo contra os interesses individuais. Inversamente, a mesma coisa: será necessário proteger os interesses individuais contra tudo o que puder se revelar, em relação a eles, como um abuso vindo do interesse coletivo. É necessário também que a liberdade dos processos econômicos não seja um perigo”¹⁶.

¹⁵ Neste sentido, Foucault destaca: “Agora encontramos um segundo ponto de ancoragem da nova razão governamental. Esse ponto de ancoragem é a elaboração do poder público e a medida das suas intervenções indexadas ao princípio de utilidade. Troca, do lado do mercado – utilidade, do lado do poder público. Valor de troca e verificação espontânea dos processos econômicos, medidas de utilidade e jurisdição interna dos atos do poder público. Troca para as riquezas, utilidade para o poder público: eis como a razão governamental articula os princípios fundamentais da sua autolimitação”. In: FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 60.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 88-89.

Como os processos de injustiça social foram ficando cada vez mais constantes, aliado ao fato de que as sociedades estavam cada vez maiores e aglomeradas, no bojo da recente industrialização, a vida social passou a ser marcada, cada vez mais, por níveis exorbitantes de fome, pobreza, mortalidade, baixas condições salariais aos trabalhadores. E, conseqüentemente, foi marcada pela insurgência de constantes revoltas e confrontos sociais, em que cada vez mais o Estado Liberal se mostrava incapaz de contornar ou gerir, passou-se a refletir sobre as condições de um Estado mais intervencionista.

Então, o processo de reconhecimento de direitos foi se tornando mais complexo, com necessidade de críticas sobre a posição individualista deste período. Junto às crescentes tensões sociais, houve um aumento de estudos acadêmicos que buscavam estudar a recente relação Estado, jurisdicionado e capitalismo, com destaque para as teorias marxistas, buscando romper as teorias liberais que, conforme citam Bowles e Gintis, “apesar de todas as diferenças óbvias entre elas, [...] refletiam uma concepção comum da articulação do Estado com a economia”¹⁷.

“Há, enfim e sobretudo, processos de saturação que fazem que os mecanismos produtores da liberdade, os mesmos que foram convocados para assegurar e fabricar essa liberdade, produzam na verdade efeitos destrutivos que prevalecem até mesmo sobre o que produzem. É, digamos assim, o equívoco de todos esses dispositivos que poderíamos chamar de ‘liberógenos’*, de todos esses dispositivos destinados a produzir a liberdade e que, eventualmente, podem vir a produzir exatamente o inverso”¹⁸.

Portanto, com o surgimento de teorias marxistas, passamos a compreender uma nova relação estatal com a sociedade. Ainda para Bowles e Gintis, “na teoria marxista, o Estado é, em última análise, um reflexo do domínio do capital ou do equilíbrio das forças

¹⁷ BOWLES, Samuels e GINTIS, Herbert. The crisis of Liberal Democratic Capitalism: The Case of the United States. In: *Politics & Society*, v. 11, 1982, pp. 57. Tradução livre: “Despite all their obvious differences, these theories reflect a common conception of the articulation of state and economy”.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 93.

de classe forjada na dinâmica da acumulação capitalista. Em nenhum dos casos, então, o estado é mais do que uma variável dependente no processo de acumulação”¹⁹.

Ou seja, a teoria marxista busca romper ao que, nas palavras de Paul Sweezy, seria um Estado como “instrumento nas mãos das classes dominantes para forçar e garantir a estabilidade da estrutura de sua classe (...)”²⁰. Assim, com os desgastes e crise liberais e positivistas, Paulo Bonavides defende que, já no momento de passagem do Estado Liberal ao Social:

“ao se exaurirem porém as potencialidades sociais, políticas e económicas contidas naquele rígido quadro de separação entre o Estado e a Sociedade, típico da idade do liberalismo, o constitucionalismo ingressou numa fase de todo distinta, em que Estado e Sociedade se interpenetram numa conciliação de conceitos e realidade, com alta dose de politização ou estatização (essa ocorre em casos mais extremos) das relações sociais básicas, cujo eixo de gravitação já não se contém como antes em esfera inteiramente privatista”²¹.

Em seguida, surgem direitos sociais reconhecidos na modernidade ocidental²². Também conhecido como *Welfare State*, o Estado de Bem-Estar Social representou uma verdadeira guinada metodológica do estudo do direito, sendo possível destacar, principalmente, o resgate do protagonismo da democracia e a resignificação na forma com que o ser humano passou a ser visto perante o Estado e a Constituição respectiva.

Embora possamos chamar esta mesma ideia estatal por estes nomes variados, segundo Lenio Streck, “o modelo constitucional do Welfare State principiou ser construído com as Constituições mexicana de 1917 e de Weimar de 1919; contudo, não

¹⁹ BOWLES, Samuels e GINTIS, Herbert. The crisis of Liberal Democratic Capitalism: The Case of the United States. In: *Politics & Society*, v. 11, 1982, pp. 57-58. Tradução livre: “In Marxist theory, the state is ultimately a reflection either of capital’s dominance or of a balance of class forces forged within the dynamics of capitalist accumulation. In neither case, then, is the state more than a dependent variable in the process of accumulation”.

²⁰ SWEEZY, Paul. *The Theory of Capitalist Development: The principles of marxian political economy*. London: Dobson Books, 1962, pp. 243. Tradução livre: “an instrument in the hands of the ruling classes for enforcing and guaranteeing the stability of the class structure itself...”

²¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 487.

²² Remotamente, alguns direitos sociais já haviam sido reconhecidos, porém um constitucionalismo de caráter social somente passou a ser desenvolvido neste período.

tem aparência uniforme. O conteúdo próprio dessa forma estatal se altera, se reconstrói e se adapta a situações diversas”²³ e uma definição mais precisa foi trazida pela Enciclopédia Internacional de Ciências Sociais²⁴, que entende o Estado de Bem-Estar Social como um conjunto de programas governamentais destinados a garantir o bem-estar dos cidadãos em face das contingências da vida na sociedade moderna, individualizada e industrializada. Em seguida, menciona que tal modelo fornece uma assistência direta aos pobres (por exemplo, assistência social) e em espécie (habitação e serviços sociais), bem como proteção ao seguro social contra consequências financeiras, contra riscos biológicos (doença, incapacidade para o trabalho, parto, criação de filhos, velhice) e riscos ocupacionais (desemprego, acidente, lesão).

Neste sentido, o Welfare State foi inicialmente constatado na Alemanha de Otto von Bismarck, sendo tal modelo configurado a partir do contrato de trabalho, inaugurando para o trabalhador uma série de direitos que eram geridos pelo que hoje se conhece como sindicatos, além de instituir, de forma embrionária, um sistema de seguridade social para o trabalhador²⁵.

Foi Alfred Zimmern que estudou esse modelo novo estatal e cunhou a expressão “Welfare State”²⁶ (não à toa é grafado em inglês), sendo um conjunto de programas governamentais voltados para assegurar o bem-estar dos cidadãos a partir da satisfação de necessidades sociais e prevenção de custos sociais.

Portanto, em um contexto de regulação do mercado de trabalho e promulgação de Convenções Internacionais por parte da Organização Internacional do Trabalho, a partir de 1919, o direito ao trabalho passa a ser reconhecido como um direito humano de ética social. Em seguida, alguns constitucionalismos expressam direitos de seguridade social e de trabalho, principalmente a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919. Ou seja, muda-se o Estado, que passa a assumir um papel de fomento à redução da desigualdade. Vale ressaltar que, neste período, havia uma preocupação tripla

²³ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 84.

²⁴ ENCYCLOPEDIA.COM. Social Sciences and the law. Welfare state. Online. Disponível em: <https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/economics-business-and-labor/economics-terms-and-concepts/welfare-state>. Acesso em: 29/10/2021.

²⁵ KERSTENETZKY, Celia Lessa. *O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão – a Reinvenção do Estado Social No Mundo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 6.

²⁶ ZIMMERN, Alfred Eckhard. *Quo Vadimus?*. Oxford: Oxford University Press, 1934.

sobre a direção estatal: preocupação econômica e política agora acompanhadas de uma preocupação social.

Por outro lado, o modelo inglês de Welfare State é atrelado diretamente à questão da cidadania, isto é, o Estado Social inglês se consolida a partir do momento em que é proporcionado para todos o mínimo necessário para um bom padrão de vida. É o que acontece, por exemplo, com o Estado Providência nos Estados Unidos da América²⁷, um componente social do New Deal em 1935, que possui grande diferença do Welfare State que se estabeleceu na França, assim como daquele de Portugal e da Inglaterra. Neste rumo, cabe ressaltar o seguinte, conforme pontua Streck, ao citar Bobbio:

“é correto pretender que há um caráter que lhe dá unidade: a intervenção do Estado e a promoção de serviços. Ou seja: o *Welfare State* seria aquele Estado do qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão não como caridade, mas como direito político”²⁸.

Sendo assim, o Estado Social, não possui um conceito previamente definido, sendo uma árdua tarefa defini-lo, afinal:

“Primeiro, o estado não é a única fonte de bem-estar. A maioria das pessoas encontra apoio no mercado de trabalho para a maioria da vida deles. (...) Os indivíduos podem garantir seu próprio bem-estar por meio de seguros privados; e instituições de caridade privadas, familiares e amigos também fornecem bem-estar. Em segundo lugar, não se segue que se um serviço é financiado pelo Estado e deve necessariamente ser produzido publicamente. (...) Bem-estar é portanto, um mosaico, com diversidade tanto na origem quanto na forma de entrega. (...) O termo "estado de bem-estar" pode (...) ser pensado "como uma abreviatura para o papel do estado na

²⁷ Termo utilizado por Löic Wacquant, em *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*, obra que discute a relação do declínio do Welfare State nos Estados Unidos da América e alto número de encarceramento, preconceito e miséria no país.

²⁸ STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 84.

educação, saúde, habitação, assistência aos pobres, seguro social e outros serviços sociais”²⁹.

Voltando às definições de Estado de Bem-Estar Social, é possível destacar algumas a partir das visões de alguns sociólogos e economistas. Por exemplo, a primeira definição do Welfare State, é conhecida por “custos sociais”, estando diretamente relacionada com o sistema de compensações, isto é, segundo Célia Lessa Kerstenetzky, “a política social deveria ser desenhada para compensar os “custos sociais” da atividade econômica”³⁰, como, por exemplo, excesso de lixo, acidentes, poluição, desmatamento e outras questões atinentes a este aspecto *custoso*.

Outra definição do Welfare State atrela-se à questão dos direitos sociais, a partir de uma concepção universalista idealizado por T. Marshall, que preceituava os direitos sociais como representativos “um direito absoluto a certo padrão de civilização que é condicional apenas à contrapartida de obrigações gerais da cidadania”³¹. A partir desta concepção, sendo, então, os direitos sociais inerentes à cidadania, o Welfare State se relaciona à ideia de um padrão mínimo de vida com financiamento por recursos públicos e tem engajamento direto com todos aqueles que são cidadãos.

Por fim, há uma outra terceira definição do Welfare State, que se conecta diretamente com a teoria das capacidades (*cappabilities approach*) de Amartya Sen e que traz uma definição mais extensiva, isto porque, para Sen, capacitação está diretamente ligado com a liberdade, pois transverte as capacidades naturais – potências – e os hábitos destinados para realizar certa finalidade³².

²⁹ NORMAN GINSBURG Divisions of Welfare: A Critical Introduction to Comparative Social Policy Sage London, Newbury Park, New Delhi, 1991, pp. 223.

Tradução livre: “First, the state is not the only source of welfare. Most people find support through the labour market for most of their lives. ... Individuals can secure their own well-being through private insurance; and private charities, family and friends also provide welfare. Second it does not follow that if a service is financed by the state it must necessarily be publicly produced. ... Welfare is thus a mosaic, with diversity both in its source and in the manner of its delivery. ... [T]he term ‘welfare state’ can ... be thought of ‘as a shorthand for the state’s role in education, health, housing, poor relief, social insurance and other social services’ [citing Ginsburg]”.

³⁰ KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão – a Reinvenção do Estado Social No Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, pp. 25.

³¹ MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, pp. 30.

³² SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, pp. 12.

Para o autor, em uma sociedade, a partir das políticas públicas que um determinado Estado anuncia, o que deve ser igualado são as capacidades, e não a renda em si, pois igualar as capacidades significa conceber oportunidades iguais, a partir do ideal de liberdade que as pessoas devem possuir para alcançar suas metas e seus propósitos.

Sen engloba para a compreensão da sua teoria das capacidades o uso do termo “funcionamentos” (“*functionings*”), que seriam determinadas conquistas das pessoas, sendo parte delas, sendo “(...) o que ela consegue fazer ou ser e qualquer desses funcionamentos reflete, por assim dizer, uma parte do estado da pessoa”³³. Para exemplificar o que seriam funcionamentos, Sen usa o seguinte exemplo:

“A bicicleta possui ‘características’, tais como *transportar quem a pedala*. Posso ter uma bicicleta ou não. Posso apenas estar perto de uma. Posso apenas achá-la um objeto bonito. Posso me sentir bem vendo pessoas andando de bicicleta. Mas também posso fazer uso daquela característica da bicicleta, por exemplo. E de diferentes maneiras. Posso me exercitar andando numa todas as manhãs. Posso usá-la como meio de transporte de casa para o trabalho. Algumas vezes, isso me é prazeroso. Mas outras, embora chegando em casa mais rapidamente, não sinto prazer tendo que pedalar depois do trabalho. Deslocar-se, dar um passeio, transportar-se, ir ao trabalho, trabalhar (como um ciclista profissional, ou como um motorista de bici-taxi) e pedalar são todas atividades e realizações que uma pessoa pode alcançar usando uma bicicleta. Todas elas são funcionamentos. Funcionamentos são definidos como estados e ações que uma pessoa consegue realizar vivendo de algum modo”³⁴.

A relação do conceito de funcionamentos com o de capacidades reside no aspecto de que a capacidade de uma pessoa é resultante de vários arranjos diferentes de funcionamento, em que, a partir de cada arranjo disponível, pode ser escolhido aquele

³³ SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 44.

³⁴ *Ibidem*, pp. 15.

que assim terá. Portanto, ter capacidade significa ter liberdade para possuir determinado estilo de vida³⁵. Segundo o próprio Amartya Sen:

“a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. A ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. O conceito de capacidade está, portanto, ligado intimamente com o aspecto de oportunidade da liberdade, visto com relação a oportunidades ‘abrangentes’, e não apenas se concentrando no que acontece na ‘culminação’ dessa liberdade”³⁶.

Ou seja, a intrínseca relação entre as capacidades de uma pessoa e a liberdade formam uma conjuntura propícia ao desenvolvimento social, muito mais do que as fórmulas prontas das teorias econômicas tradicionais. É por este motivo que Amartya Sen conceitua desenvolvimento conforme a liberdade: quanto mais determinado país possui liberdade em relação aos seus jurisdicionados, mais desenvolvido ele será.

Para Manfred G. Schmidt, as minorias sociais consideram a democracia como um fator preponderante para a ascensão do Estado Social. Ainda para ele, embora considere que a democracia não seja uma característica de desenvolvimento fundamental de desenvolvimento do *Welfare State* – para tanto, cita exemplo de países autoritários na Europa socialista, que também obtiveram ascensão de um modelo de Estado Social –, mas, por si só, é uma condição suficiente e propagadora³⁷. Inclusive, ao interpretar o que diz Hans Zacher, Schmidt afirma que, no Estado Social alemão, a “democracia e o princípio do social são duas dinâmicas e processos permanentes que reforçam um ao outro”³⁸ e “onde a democracia coexiste com um nível relativamente alto de

³⁵ NUSSBAUM, Martha e SEN, Amartya. *The Quality of Life*. Oxford Scholarship Online, 1996.

³⁶ SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 266.

³⁷ SCHMIDT, Manfred G. *The Democratic Welfare State*. In: *Democracy. Responsibility and Responsibility*. Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 6, Vatican City, 2001, pp. 1.

³⁸ *Ibidem*, pp. 1. Tradução livre: “(...) democracy and the principle of the social are both dynamic and permanent processes which reinforce each other (...)”.

desenvolvimento econômico, contribui de forma massiva para a reprodução e expansão do Welfare State”³⁹.

A partir do desenvolvimento do *Welfare State*, vimos uma ascensão vertiginosa do aspecto democrático que, por sua vez, impulsionou ainda mais o próprio Estado Social, em uma espécie de contrarreforço. É possível afirmar, então, que a partir deste novo paradigma, a ideia de democracia salta para também refletir sobre o âmbito dos direitos e garantias fundamentais de caráter social. Portanto, sob a perspectiva de um Estado agora intervencionista, outros direitos passaram a ser concebidos e proporcionados, a partir de uma postura positiva, tais como os direitos de natureza prestativa por parte do Estado, os chamados direitos sociais.

Então, a positivação de direitos de caráter social foi, inegavelmente, a principal marca do *Welfare State*, por proporcionar significativa mudança à proteção e garantia de direitos fundamentais, isto porque, antes, os direitos sociais eram tratados como mera garantia institucional, a partir dos serviços públicos, sendo também necessário indicar a aparição de uma Constituição política estatal aplicada às relações econômicas, demonstrando a presença do econômico na ideologia e no texto constitucional⁴⁰.

Entre tais direitos de natureza prestativa por parte do Estado, é possível destacar os que, à época de advento do *Welfare State*, foram de suma importância para a mitigação da desigualdade social tanto mencionada acima, principalmente direito à saúde, educação, seguridade social, cultura, esporte e lazer.

³⁹ *Idem*, pp. 1. Tradução livre: “However, where democracy coexists with a relatively high level of economic development it contributes massively to the reproduction and expansion of the welfare state”.

⁴⁰ Formalmente, a Constituição Econômica não é uma inovação do “constitucionalismo social” do século XX, pois as Constituições liberais anteriores possuíam disposições econômicas em seus textos, principalmente no controle estatal do mercado monetário e questões de política fiscal e de política comercial, tudo visando o funcionamento de um sistema econômico liberal de liberdade de comércio e indústria ao lado do direito de propriedade. Porém, o “constitucionalismo social” do século XX traz a ideia de dirigismo constitucional, em que o constitucionalismo busca alcançar um government by policies, buscando metas, fins sociais a serem alcançados e, para tanto, a ordem econômica, financeira e orçamentária passaram a aparecer para controlarem o alcance de tais metas. Inclusive, Rogério Bastos Arantes (2021, pp. 312-315) defende que, em relação às policies (dispositivos constitucionais veiculadores de políticas públicas, que são sujeitas a alteração por política ideológica), de um total de 1.627 dispositivos originais da Constituição de 1988 (excluídos os dispositivos do ADCT) 30,7% são de policy. Em relação às emendas constitucionais promulgadas entre 1992 e 2017, 79,4% foram direcionadas às policies, o que demonstra que as policies (organização estatal e direitos fundamentais de liberdade, participação e proteção material) são mais estáveis e que as policies são suscetíveis a alterações por recortes ideológicos específicos e alternâncias de poder. No recorte desta pesquisa, percebe-se que as alterações das policies de direitos sociais rumam à perspectiva neoliberal, como visto acima.

Vale dizer que, após o período da Segunda Guerra Mundial, o Estado Social sofreu uma pequena mudança, não tão substancial, transigindo para o que se denominou de Estado Democrático de Direito⁴¹. Esta nova feição do Estado Social manteve sua essência intervencionista para garantia e manutenção dos direitos sociais, porém o efeito causado pela Segunda Guerra trouxe a necessidade de se repensar a democracia não apenas a partir da garantia e positividade de direitos, mas principalmente sobre a efetivação de regimes políticos que se manifestem como democráticos, período esse marcado como uma batalha contra o totalitarismo⁴². No tópico seguinte, passaremos a analisar ainda esse contexto histórico de proteção de direitos e busca pela democratização em volta de uma prática neoliberal de governo.

2.2 O Estado Democrático de Direito e Neoliberalismo: a tentativa de cumprimento das promessas da modernidade tardia na América Latina

Embora os países da América Latina não tenham participado da Segunda Guerra Mundial em igual forma comparado aos países do continente europeu e, em razão disso, as consequências da guerra não serem similares, a América desde sempre conviveu com problemas políticos estruturais. Entre tais problemas, é possível citar a existência de constantes golpes de Estado, ditaduras militares e exploração de recursos naturais por parte de empresas de capital privado como fatores determinantes para colocar a região positivando direitos fundamentais ainda não concretizados. Com base nesta relação,

“As ditaduras civis-militares na América Latina e no Brasil surgiram para garantir a subordinação dos países latino-americanos ao sistema imperialista e para reprimir toda mobilização popular que almejasse reversão dos padrões de superexploração. Portanto, os golpes militares repetiram a violência histórica latino-americana”⁴³.

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna, Revista Crítica de Ciências Sociais, v. 30, 1990, pp. 13-44.

⁴² ZIBLATT, Daniel e LEVITSKY, Steven. Como as Democracias Morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, pp. 2-12.

⁴³ HUR, Domenico Uhng e LACERDA JÚNIOR, Fernando. Ditadura e Insurgência na América Latina. In: Psicologia: Ciência e Profissão, v. 37, 2017, pp. 29.

Além disso, há um destaque quanto a influência da “guerra fria”, também no século XX, principalmente a partir do contexto de divisão do mundo em dois blocos⁴⁴. Koike ressalta que:

“a derrota norte-americana no episódio dos mísseis soviéticos fez aumentar o medo dos EUA do crescimento dos comunistas no Cone Sul. Aliado a este fato, houve o agravamento das questões sociais na região, que exigiam a implementação de reformas de base, sobretudo a reforma agrária. É deste modo que deve ser percebida as intenções americanas em apoiar logística e politicamente o crescimento dos regimes militares nesta região”⁴⁵.

Ou seja, via-se, cada vez mais, o crescimento e a evolução dos regimes militares ditatoriais nas Américas subdesenvolvidas, deixando como uma de suas principais marcas a violação a direitos humanos e garantias fundamentais. Neste sentido, a América Latina possui uma estrutura comum, compartilha similares problemas e desafios à garantia de direitos fundamentais, principalmente relativos à temática social, o que se compatibiliza com as debilidades e ameaças ao Estado Democrático de Direito nestes países⁴⁶.

Exemplo deste fato é que, enquanto no continente europeu imprimiam-se lutas e debates em prol da construção do *Welfare State* e do Estado Democrático de Direito, nas Américas Latina e do Sul ainda se debatiam, nos anos 1950 a 1980, formas de luta contra a pobreza, concentração de renda e demais formas de injustiça social. Outro exemplo é o crescente “mal estar social” instaurado na região, em especial com o aumento dos níveis de pobreza e o crescimento da desigualdade junto ao desemprego e à informalização do trabalho.

⁴⁴ COMBLIN, Joseph. A ideologia da segurança nacional. O poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, pp. 54.

⁴⁵ KOIKE, Maria Lygia. O sequestro de crianças pela ditadura militar Argentina e atuação das Avós da Praça de Maio pelo direito à verdade (jurídica e biológica) e à memória. In: Revista Gênero e Direito, v. 2, n. 1, 2013, pp. 4.

⁴⁶ GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latino-americanas: Entre lo viejo y lo nuevo. Nueva Sociedad, n. 258, pp. 96-106, jul./ago. 2015; GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latino-americano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010). In: Gaceta Constitucional, n. 48, 2011; SOARES, João Gabriel e BASTOS, Elísio. Novo Constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades. Revista Culturas Jurídicas, v.8, Ahead of Print, 2021.

Conforme Carlos M. Rama, as ditaduras latino-americanas constituíam modelos tão difusos que é possível realizar uma classificação: as ditaduras do Paraguai e da Bolívia, por exemplo, seriam as “clássicas ou arcaicas”; as ditaduras do Brasil, Uruguai, Chile e da República Dominicana seriam reconhecidas como neofascistas; e as ditaduras do Peru, Equador e Panamá como nasseristas⁴⁷. Porém, tais ditaduras possuem sempre o mesmo *modus operandi*:

“O mecanismo é sempre o mesmo. Diante de uma grave situação de crise que põe em risco sua situação de classe, e mesmo a própria existência de seus interesses materiais, as oligarquias econômicas, por meio de seus partidos ou porta-vozes autorizados, recorrem aos oficiais dos exércitos e os instam a se pronunciar e adotar medidas de segurança política, ou reorganização econômica, que salvam ou resolvem seus problemas”⁴⁸.

Isto é, os golpes militares e as ditaduras seriam tão somente mecanismos de manutenção da exploração de pessoas e de recursos desde o século XV, totalmente em desacordo com as lutas por direitos humanos e com os parâmetros constitucionais do ocidente moderno. Assim, por serem modelos de autoritarismo ora escrachado ora sutil, tem como características a rejeição das regras democráticas; a negação da legitimidade dos oponentes políticos; a tolerância ou encorajamento à violência; a propensão a restringir liberdades civis de oponentes e a contrariedade à proteção de direitos fundamentais em sentido lato.

Por esta razão, Lenio Luiz Streck fala que, no Brasil, “a Constituição brasileira (...) está voltada/dirigida para o resgate das promessas (incumpridas) da modernidade”, e que tais promessas seriam, em suma, “(...) igualdade, justiça social, realização dos direitos fundamentais”⁴⁹. Assim, é possível afirmar que no Brasil nunca se viveu um Estado

⁴⁷ RAMA, Carlos M. Modelos Autoritários Latinoamericanos del Siglo XX. In: Papers, Revista de Sociología. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 128. Tradução Livre: “El mecanismo siempre es el mismo. Ante una situación grave de crisis que pone en peligro sus situaciones de clase, e incluso la misma existencia de sus intereses materiales, las oligarquías económicas a través de sus partidos o portavoces autorizados recurren a los oficiales de los ejércitos y les impelen a pronunciarse y adoptar medidas de seguridad política, o de reordenación económica, que salven o resuelvan sus problemas”.

⁴⁹ STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, pp. 31-44.

Social propriamente dito, pois há uma constante reflexão sobre a pouca concretização de direitos de caráter social⁵⁰. Em verdade, o cenário brasileiro (e latino-americano) é completamente diferente daquele *Welfare State* que vigorava na Europa.

Com base na explicação histórica dos regimes militares brasileiros identificados desde o ano de 1964 até o ano de 1985, conforme Maria Paula Araújo, percebemos a incompatibilidade entre a centralização do poder, a censura, as prisões políticas e os assassinatos e desaparecimentos de opositores do regime com o regime poliárquico indicado por Dahl⁵¹⁵².

Neste sentido, precisamos compreender quais regras não estão expressamente escritas neste jogo, afinal, no Brasil, desde 1988 se vive uma pretensa redemocratização com a promulgação de uma nova Constituição com valores mais plurais e participativos. Porém, ainda assim há um grave e deficitário número em relação à positivação de direitos de caráter social, o que nos faz voltar à relação política entre governo e economia.

No toar deste processo de redemocratização do Estado brasileiro após 1988, os direitos sociais foram profundamente transformados no país, principalmente por conta da afirmação constitucional de lutas por tais direitos nas décadas anteriores, buscando, assim, a própria democratização de tais direitos sociais e da cidadania.

Sônia Fleury⁵³ ressalta que houve uma uniformização do processo de democratização dos direitos sociais, principalmente na seguridade social, uma vez que houve rompimento com a tradição de cobertura restrito, buscando associações cada vez mais redistributivas em políticas públicas. Portanto, após a Constituição de 1988, a assistência à saúde passou a ser tida como direito de todos e dever do Estado, em um

⁵⁰ FLEURY, Sonia. Reforma do Estado, seguridade social e saúde no Brasil. In: MATTA, G.C e LIMA, J.C.F (org.). Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em 20 anos de SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

⁵¹ ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel e SANTOS, Desirree dos Reis (org.) Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, 2013, pp. 19-29.

⁵² Quais sejam: liberdade de formar ou aderir organizações; liberdade de expressão; direito de voto; elegibilidade para cargos políticos; direito de líderes políticos disputarem apoio; fontes alternativas de informação; eleições livres e idôneas; garantia de que políticas governamentais dependam de eleições e de manifestações de preferência (DAHL, 2005, pp. 27).

⁵³ FLEURY, Sonia. Reforma do Estado, seguridade social e saúde no Brasil. In: MATTA, G.C e LIMA, J.C.F (org.). Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em 20 anos de SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

sistema de seguridade social gratuito e universal, que independe de contraprestação individual.

Assim, o que se tem no novo modelo de seguridade social do Estado brasileiro redemocratizado, é a prestação de serviços em relação aos direitos sociais, de ordem universal, sendo este o princípio fundamental basilar erigido pela constituinte, que, mais à frente, voltaremos a estudar.

“O novo padrão constitucional da política social caracteriza-se pela ‘universalidade’ na cobertura, o reconhecimento dos ‘direitos sociais’, a afirmação do ‘dever do Estado’, a subordinação das práticas privadas à regulação em função da ‘relevância pública das ações e serviços’ nestas áreas, uma perspectiva ‘publicista’ de cogestão governo-sociedade, um arranjo organizacional ‘descentralizado’. Este novo modelo foi expresso nos princípios organizadores da Seguridade Social: universalidade da cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios e serviços; equidade na forma de participação do custeio; diversidade da base de financiamento e gestão quadripartite, democrática e descentralizada, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo em órgãos colegiados. Além disso, introduziu a noção de uma renda de sobrevivência, de caráter não contributivo, ao assegurar um benefício financeiro de prestação continuada para idosos e deficientes incapazes de trabalhar”⁵⁴.

Em complementariedade, Cass Sunstein e Stephen Holmes⁵⁵, partindo da distinção entre direitos positivos e negativos compreenderam uma nova relação entre direitos sociais e prestação pública, rompendo com a ideia de que apenas a intervenção social é custosa, afinal qualquer direito, não apenas os de caráter social, é custoso. Em verdade, concluem que tanto o direito à seguridade social, inclusa a saúde, quanto o

⁵⁴ *Idem*, pp. 66-67.

⁵⁵ HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

direito à propriedade são custosos, dependem de recursos financeiros, logo demandam intervenção estatal.

Para eles, direitos são reivindicações de respostas governamentais afirmativas, ou seja, o Estado garante um direito quando pode assegurá-lo, inclusive orçamentariamente, e isto implica custeio de instituições, custeio de funcionários, de recursos físicos, logísticos, financeiros e técnicos. Vale dizer que, além do custo financeiro, os autores defendem haver um segundo custo: em exemplo, falam que a atividade policial é custeada para garantir o direito de propriedade ao serem instados para evitar invasões (há o custo financeiro de pagar os policiais e custear a instituição policial em si), mas há um outro custo (que chamam de custo de oportunidade), afinal os policiais poderiam estar com outra demanda ou em outro lugar, ou seja, são custos que decorrem da exclusão de outra ação para proteção de um bem jurídico.

Abramovich acompanha e discute a falsa ideia de obrigatoriedade negativa de direitos individuais e ressalta a inter-relação entre obrigações positivas e negativas do Estado em qualquer garantia de direitos, corroborando a sociabilidade de direitos individuais (ex.: a liberdade de expressão é garantida junto ao direito de resposta, quando violada). O autor ainda avança ao dizer que, neste parâmetro, as obrigações estatais não seriam meramente positivas ou negativas, mas estariam dispostas em quatro níveis: obrigação de respeitar, de proteger, garantir e de promover direitos fundamentais.

Seguindo o raciocínio acima, Abramovich e Courtis⁵⁶ mencionam que os direitos sociais têm duas facetas: refletem uma obrigação de fazer, mais visível, e uma obrigação de não-fazer, que implica a obrigação estatal de não causar danos à saúde. Nesta análise, cabe ao Estado atender aos indicadores estruturais, processuais e resultantes, assim como compreendê-lo dentro da recepção legal de direitos, capacidade estatal de execução e contexto financeiro, conforme Abramovich⁵⁷ e Pautassi⁵⁸ dialogam.

⁵⁶ ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. Direitos sociais são exigíveis. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011.

⁵⁷ ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 2, 2005, pp. 188-223. Disponível em: www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/2.

⁵⁸ PAUTASSI, Laura. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (comp.). La medición de derechos en las políticas sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

Ao lado desta primeira distinção, a principal regra não-escrita deste jogo que leva à retração de direitos sociais é o que hoje se chama neoliberalismo e sua transição como modelo paradigmático atual no Ocidente. Para entendê-lo, precisamos inicialmente conceituar o que seria o liberalismo clássico.

Neste sentido, constata-se que o neoliberalismo não consiste em uma revisão do liberalismo e seus princípios, ou em uma forma de ressurgência da sua aplicação, pois, à época, para os liberais clássicos, o ponto nodal do mercado residia no aspecto das trocas e da liberdade, enquanto que, para os neoliberais, tal essencialidade diz respeito à concorrência e formação individualista da subjetividade, bem como levantar o máximo possível sobre até que ponto o mercado pode servir para o Estado como um modelo de governança e não mais como ponto de ancoragem⁵⁹, sendo principalmente uma reformulação de como se regula a vida por questões mercadológicas e econômicas.

“O governo – nem é preciso dizer, já que se está num regime liberal – não tem de intervir sobre os efeitos do mercado. Tampouco tem – e é isso que diferencia o neoliberalismo, digamos, das políticas de bem-estar e coisas assim, que se conheceu [dos anos 20 aos anos 60]* –, o neoliberalismo, o governo neoliberal não tem de corrigir os efeitos destruidores do mercado sobre a sociedade”⁶⁰.

Ou seja, o liberalismo clássico foi uma corrente ou doutrina político-econômica dominante até o século XIX, que buscou uma reação contra o regime absolutista, afirmando a supremacia do indivíduo sobre a sociedade, com a defesa de direitos individuais e do livre mercado, regido sob a supremacia do princípio da liberdade.

Para Dardot e Laval⁶¹, o neoliberalismo, em verdade, é um movimento político-econômico que surge no século XVIII com o objetivo de estabelecer limitações às ações governamentais, com foco no direito natural, na liberdade do comércio, na propriedade privada e na ideia de equilíbrio do mercado. Com isso, o Estado deveria ser não-interventor nos princípios liberais estruturantes, somente coibindo ameaças à ordem

⁵⁹ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 159-160.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 199.

⁶¹ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 33-37.

liberal e aos direitos de propriedade e garantindo a manutenção da ordem, cumprimento dos contratos, proteção dos bens e defesa do território.

Há, também, o que alguns (poucos) doutrinadores classificam como faceta escondida do liberalismo, que seria, em verdade, quase que o oposto da conceituação padrão que a academia proporciona para tal regime político:

“A face escura do liberalismo, que aparece nas páginas mais escondidas, nas notas de rodapé e sobretudo nas práticas liberais, é que a defesa de padrões universais de liberdade e igualdade nunca se aplicou da mesma forma às mulheres e às populações coloniais. Não era incompatível, por exemplo, com escravidão e opressão, com aculturação e genocídio, com pilhagem e exploração. Não era incompatível com voto de apenas homens, brancos, proprietários e educados. O poder soberano dos povos também não se estendia aos conquistados. Seu universalismo sempre foi seletivo, porque ele era uma autocompreensão dos dominadores imposto aos dominados como discurso de legitimação de sua dominação”⁶².

Ainda segundo Dardot e Laval⁶³, tal liberalismo clássico não conseguiu responder suficientemente à expansão corporativa e à inerente busca por concentração de recursos e eliminação da concorrência. Assim, a liberdade passou a ser ameaçada por práticas governamentais dominadoras. Por exemplo, Avelãs Nunes⁶⁴ indica o conflito entre trabalhador e empregador, dentro do movimento sindical europeu, como um indicativo da incapacidade liberal em resolver tentativas de reformas sociais.

Em seguida, segundo os mesmos franceses, o Colóquio Walter Lippman, em 1938, buscou restaurar o liberalismo como forma de combater a ascensão de movimentos totalitários, ocasião em que se fundou uma nova razão capitalista contemporânea: a razão

⁶² COELHO, André Luiz Souza. Liberalismo Clássico x Neoliberalismo: para entender melhor o que está ocorrendo no Brasil e Mundo. In: <https://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2020/06/liberalismo-classico-x-neoliberalismo.html>. Acesso: 30/11/2021.

⁶³ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 40.

⁶⁴ NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003, pp. 453.

neoliberal, mesmo sem qualquer precisão técnica sobre o termo⁶⁵. Como é imposto pela própria denominação, trata-se de uma reinvestura do liberalismo, buscando reinaugurar ideias oriundas do Estado Liberal, tentando ser uma espécie de “novo liberalismo”, com a marca principal de regulação geral pela lógica do mercado.

O neoliberalismo é uma teoria que adveio da economia política e que, no real, funciona como guia de definição e postura interventiva para o Estado. Neste rumo, buscou promover uma reconfiguração para compreender o Estado como uma figura importante e ativa em prol da estrutura mercadológica por intermédio da liberalização governamental pautada na estrutura institucional de propriedades privadas, livre comércio e livre mercado⁶⁶.

Em verdade, o Estado neoliberal, além dos aspectos econômicos acima mencionados, atua de forma política, na sociedade, na cultura e no meio ambiente, conforme Fraser e Jaeggi (2020) apontam, pois se estrutura como um sistema normativo a partir da lógica do capital e é o Estado que articula a garantia do desenvolvimento do mercado. Portanto, a ordem concorrencial é constituída e regulada por uma política estatal que possibilite o seu funcionamento e, como consequência, o neoliberalismo se coloca como um liberalismo intervencionista⁶⁷, logo não acompanha as leis naturais de mercado trazidas pelo liberalismo clássico, que afirmava uma tendência de equilíbrio pautada no *laissez-faire*.

Historicamente, o neoliberalismo surgiu a partir da Sociedade Mont Pèlerin e só foi aplicado a partir das décadas de 1970, em contraposição aos modelos econômicos keynesianos (programas econômico-sociais impostos nos Estados Unidos em razão da Grande Depressão em 1929-1933, que pautavam-se em política fiscal forte, controle da flutuação de preços, ampliação de garantias trabalhistas, distribuição de renda e auxílios sociais a grupos vulnerabilizados e impostos progressivos sobre a renda⁶⁸, com o objetivo

⁶⁵ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 17-18.

⁶⁶ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 121-123.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 195-196. Neste sentido, afirma que os teóricos neoliberais consentem que o governo neoliberal deve ser vigilante e intervencionista e que haja uma relação concorrencial por um jogo de diferenciações.

⁶⁸ VERBICARO, Loiane Prado e SILVA, Paulo Henrique. O neoliberalismo enquanto política de supressão de direitos: a reformulação do liberalismo para a construção de um projeto de governo antidemocrático e (des)construtor de subjetividades. In: MANTELLI, Gabriel Antônio Silveira;

de aumentar o consumo das classes mais baixas)⁶⁹. Porém, como visto, a partir da década de 1970, o modelo keynesiano não conseguiu responder à recessão econômica, momento em que se recorta a ascensão do neoliberalismo⁷⁰.

Desta forma, em meados de 1970, começaram a surgir estratégias políticas e econômicas com foco em manter o capitalismo vivo, alterando a estrutura do Estado e a forma com que interage com os problemas sociais, o que se deu principalmente a partir dos escritos de Friedrich A. Von Hayek e Milton Friedman, partindo-se da escola austríaca e estadunidense de economia até se chegar no ordoliberalismo alemão.

Vimos acima que os anos 1970 foram marcados pela Grande Recessão na economia, o que culminou na crise econômica de 1973. Segundo Cerqueira, ainda havia “as grandes e médias companhias trabalhando abaixo da sua capacidade instalada de produção, baixas taxas de crescimento econômico e inflação alta (quanto mais alta mais propícia à expansão da política neoliberal)”⁷¹.

Essa crise econômica de 1973 foi utilizada pelos neoliberais como o marco de necessidade de alteração da forma com que o Estado atuava, de tal modo que a referida crise significou o fim do crescimento econômico sob a bandeira do Estado Social e Democrático de Direito, com alguns economistas, inclusive, acusando o Estado pela falha no crescimento econômico que culminou na crise⁷².

Verbicaro e Silva⁷³ explicam que o neoliberalismo foi inaugurado como modelo econômico e social no governo ditatorial de Augusto Pinochet (1974-1990), no Chile, e também aplicado no governo britânico de Margaret Thatcher (1979-1990) e no governo estadunidense de Ronald Reagan (1981-1989), todos pautados em políticas de Estado

MASCARO, Laura Degaspere (org.). Direitos Humanos em Múltiplas Miradas. 1 ed. São Paulo: Editora da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, v. 1, 2021, pp. 89-110.

⁶⁹ KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. In: KEYNES, John Maynard. Essays in persuasion. London: Palgrave Macmillan, 2010, pp. 279-284.

⁷⁰ NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003, pp. 426.

⁷¹ CERQUEIRA, Jackson B. A. Uma visão do neoliberalismo: surgimento, atuação e perspectivas. In: Revista Sitientibus, Feira de Santana, n. 39, jul./dez. 2008, pp. 172.

⁷² STARK, Christian. The Neoliberal Ideology, its contradictions, the consequences and challenges for social work. In: Ljetopis Socijalnog Rada: Austria, v. 5 (1), 2018, pp. 41.

⁷³ VERBICARO, Loiane Prado e SILVA, Paulo Henrique. O neoliberalismo enquanto política de supressão de direitos: a reformulação do liberalismo para a construção de um projeto de governo antidemocrático e (des)construtor de subjetividades. In: MANTELLI, Gabriel Antônio Silveira; MASCARO, Laura Degaspere (org.). Direitos Humanos em Múltiplas Miradas. 1 ed. São Paulo: Editora da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, v. 1, 2021.

mínimo a partir de estabilização do mercado e privatizações dos serviços públicos, processos de flexibilização, deslegalização e precarização dos direitos, reivindicações de propriedade e expansão do comércio e do livre mercado⁷⁴⁷⁵.

Em geral, sintetiza-se em políticas de desestatização dos serviços públicos, neutralização de demandas sociais, principalmente de serviços prestacionais essenciais ou que possuem relação com a garantia de direitos fundamentais, tal como serviços de água, eletricidade, petróleo⁷⁶ e, segundo eles, levava à consequência direta de diminuição de investimento de dinheiro público em demandas sociais. Em síntese, a biopolítica neoliberal defende o encolhimento estatal (por privatização ou desregulação), em especial relacionadas ao “desmantelamento ou a privatização do Estado social”⁷⁷, como visto acima, por supostamente demandarem alto custo (e vimos que direitos de caráter individuais, com base revolucionária liberal, são equiparada e igualmente custosos).

Neste rumo, como vimos, a América Latina não experimentou propriamente um Estado Social ou Democrático de Direito, mas um Estado Neoliberal foi, de forma inédita, experimentado na ditadura chilena de Pinochet (cujos resquícios estão minando com os recentes debates constituintes). Portanto, o Chile foi o laboratório de inauguração das ideias neoliberais no mundo, o que, segundo Stark:

“aconteceu após o golpe apoiado pela CIA contra o regime popularmente eleito de Allende em 1973. Desde 1975 as diretivas da escola de Chicago sob a coordenação de Milton Friedman guiaram o Chile para uma reestruturação neoliberal, iniciando com o apoio do regime militar de Pinochet”⁷⁸

⁷⁴ BROWN, Wendy. Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, pp. 28-31.

⁷⁵ VERBICARO, Loiane Prado. Pandemia e o colapso do Neoliberalismo. In: VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado (org.). Tensões de uma sociedade em crise. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, pp. 113.

⁷⁶ ANDERSON, Perry; THERBORN, Göran; BORÓN, Atilio; *et al.* A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: EMIR, Sader; GENTILI, Pablo (org.). Pós-neoliberalismo: As políticas Sociais e o Estado Democrático. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

⁷⁷ BROWN, Wendy. Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, pp. 48.

⁷⁸ STARK, Christian. The Neoliberal Ideology, its contradictions, the consequences and challenges for social work. In: Ljetopis Socijalnog Rada: Austria, v. 5 (1), 2018, pp. 42.

Este movimento, junto às eleições inglesas e estadunidenses em 1979 e 1980, levaram a uma guinada de governos neoliberais na América do Sul e o neoliberalismo passou a predominar como modelo político, principalmente a partir de 1989 com o fim da cortina de ferro. Neste período, avançaram grandes partes das propostas neoliberais que vimos acima: privatização de estatais e prestadoras de serviços públicos, incentivo para empresas através de impostos mais baixos, cortes em benefícios sociais e articulações para promover o declive dos sindicatos, principalmente os representantes dos trabalhadores das grandes massas.

Hayek escreveu sobre sua teoria neoliberal ainda em 1944, quando o Estado Social começava a ganhar contornos mais definidos e suas conquistas passavam a ser implementadas. Para ele, o individualismo do sujeito deveria ser alçado à posição principal, em especial quanto à participação do Estado na regulação econômica, que, não sendo influenciado por intervenções sociais ou morais, protege a propriedade privada e os livre comércio e mercado. Neste sentido:

“(...) Sua teoria do conhecimento afirma que, devido à própria natureza do conhecimento econômico, nenhum cérebro único, individual ou coletivo (e ele poderia ter acrescentado agora o sistema computadorizado), é capaz de conhecer todos os fatores relevantes para as decisões econômicas que possam vir a tomar. Da mesma forma, uma autoridade única não pode centralizar com eficácia o conhecimento dos indivíduos. O principal elemento do conhecimento economicamente relevante é, de acordo com Hayek, o “conhecimento do tempo e da circunstância”. Em geral o que é tácito – “coisas que se sabe mas não se pode dizer” – muitas vezes é efêmero e sempre passível de erro. Como consequência, socialmente podemos entrar no mundo às cegas: nunca somos capazes de saber as sequelas sociais de nossas ações (...)”⁷⁹.

Isto é, para Hayek, deve haver uma espécie de espontaneidade na ordem econômica, também defendendo ideias contrárias a qualquer forma de promoção social,

⁷⁹ WAINWRIGHT, Hilary. Uma resposta ao Neoliberalismo: Argumentos para uma nova esquerda. Tradução: Ângela Melim. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

principalmente se o Estado for o agente responsável a realizar tal promoção. De acordo com o autor:

“Passei mais de 10 anos procurando intensamente pelo significado do termo justiça social. Eu falhei nisso, ou melhor, cheguei à conclusão de que o termo não tem significado para uma sociedade de pessoas livres (...) Social não se refere a um definível ideal, mas hoje só serve para tirar o significado dos regulamentos da sociedade livre, ao qual todos nós devemos ser gratos por nossa riqueza. Mesmo que algumas pessoas fiquem horrorizadas para ouvir, devo dizer que não consigo pensar socialmente, porque não entendo o que significa”⁸⁰.

Percebe-se que há, por parte dos neoliberais, o surgimento do sentimento de “fobia de Estado” ou “antiestatismo”⁸¹, proveniente da experiência soviética no século XX, do nazismo alemão, Inglaterra pós-guerra e outros, que foram fortemente marcadas pelo arbítrio, despotismo e tirania.

Para Wendy Brown, em verdade, não há um único neoliberalismo, mas sim constantes mudanças e que apontam a sua atual fase como um modelo que vai além do sistema econômica, mas uma racionalidade política de se governar a partir da biopolítica foucaultiana, afinal o pensamento econômico passa a formar a subjetividade humana: os indivíduos são vistos a partir de um modelo concorrencial e de eficiência, postos em comparações de sucessos/fracassos de vida, produtividade e competitividade⁸². Para Safatle, o neoliberalismo é um modo de intervenção social⁸³.

⁸⁰ HAYEK, Friedrich. (1979). Liberalismus. Vorträge und Aufsätze [Liberalism. Lectures and essays]. Tübingen: Mohr, pp. 729. Tradução Livre: “*I have spent more than 10 years searching intensively for the meaning of the term social justice. I have failed in this or, rather, I have come to the conclusion that the term has no meaning for a society of free people (...) Social does not refer to a definable ideal, but today only serves to take away the meaning of the regulations of free society, to which we all have to be grateful for our affluence. Even if some people will be horrified to hear it, I have to say that I cannot think socially, because I do not understand what that means*”.

⁸¹ FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 106.

⁸² BROWN, Wendy. Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

⁸³ SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JR, Nelson e DUNKER, Christian (org.). Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, pp. 22.

Considerando os textos de Wendy Brown⁸⁴, questiona-se o que seria essa “nova razão liberal”, que impõe uma racionalidade em todos os âmbitos da vida pública e privada, inclusive na subjetividade dos indivíduos, resumindo a existência a termos econômicos. Assim, provoca-se a economização das esferas sociais e atomiza os indivíduos em pequenas hierarquias. Assim, “como dirá décadas depois Margareth Thatcher: ‘Economia é o método. O objetivo é mudar o coração e a alma [...] que os indivíduos começassem a ver a si mesmos como ‘empreendedores de si’, isso até o momento em que eles internalizassem a racionalidade econômica como a única forma de racionalidade possível⁸⁵’.

Neste sentido, Foucault, supramencionado, afirma que há reprogramação dos princípios clássicos do liberalismo, quando se adaptam os princípios de mercado como princípios de governo. Assim, o Estado passa a ser reformado para servir ao capital e torna-se responsável diretamente pela estabilidade e regulação econômica⁸⁶. Esta economização dos âmbitos sociais traz consequências como a desnaturação do regime democrático, a atrofia dos imaginários comuns e a vitimização fatal e, por fim, a razão neoliberal incentiva a concorrência e demanda desigualdades sociais para manter a lógica foucaultiana de que “é preciso que os preços também subam e desçam, para que as regulações se façam”⁸⁷.

Aliado a estes fatores, um dos princípios basilares do neoliberalismo traduz-se no ato de ser submisso, em todos os âmbitos, ao que se denomina de “lógica do mercado”, isto é, todas as áreas da sociedade e da vida, devem ser reguladas pela lógica de mercado. Ou seja, passa-se a realizar a financeirização da vida humana e relacionar este modelo político com o conceito foucaultiano de biopolítica. Em síntese, o capitalismo neoliberal

⁸⁴ BROWN, Wendy. *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Cambridge: Zone Books, 2015; BROWN, Wendy. *Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

⁸⁵ SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JR, Nelson e DUNKER, Christian (org.). *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, pp. 21.

⁸⁶ BROWN, Wendy. *Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente*. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019, pp. 75-77.

⁸⁷ FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979)*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, pp. 195-196.

é estruturado a partir da mercantilização dos valores da vida e da neutralização dos marcadores sociais de raça, classe, gênero, etnia, nacionalidade, entre outros.

Então, se a forma de viver passa a ser conduzida por cálculos de agir político, percebe-se uma economia entre a vida e a morte, entre o que seria eficiente “viver” e o que poderia se deixar morrer. Neste sentido, não é uma ideologia apenas econômica, mas que impõe uma concorrência que perpassa o mercado e o Estado, mas que alcança a forma de viver do indivíduo, pois associa a sociabilidade e o trabalho ao discurso meritocrático de sucesso e fracasso.

Segundo Foucault⁸⁸, o neoliberalismo é uma forma de governo, mas também um plano de governamentalidade, que busca ressignificar os valores democráticos e busca conduzir os indivíduos a uma forma de viver neoliberal, construindo o neoliberalismo como a única realidade possível de ser vivida. Assim, o homem se vê como “empresário de si” e uma partícula do capital, gerindo-se conforme a mesma lógica aplicável a empresas. Consequentemente, as lógicas corporativas gerem todas as esferas da vida humana, pautando-se em relações de competitividade mesmo em âmbitos pessoais, o que chama de cidadania sacrificial⁸⁹ sob a lógica de sujeitos empreendedores (competitivos, produtivos e responsáveis pela sua própria eficiência e méritos).

Com isso, o indivíduo torna-se responsável pela prosperidade econômica, a partir da exploração do seu trabalho e da competitividade e também responsável pelo seu próprio bem-estar moral. Logo, todos os insucessos econômicos são transferidos para a esfera individual, o que, em uma leitura de filosofia psicanalítica, leva a um sofrimento psíquico neoliberal. Para Vladimir Safatle⁹⁰, “a disciplina social neoliberal deve anular tal dimensão de revolta que se exprime no sofrimento psíquico [...]. Não por acaso, a ascensão do neoliberalismo nos anos 1970 é seguida por uma modificação brutal das formas de descrição do sofrimento psíquico”. Por exemplo, o autor menciona a

⁸⁸ *Idem*, pp. 305-308; pp. 311-313.

⁸⁹ BROWN, Wendy. *Cidadania Sacrificial: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018, pp. 5-6.

⁹⁰ SAFATLE, Vladimir. *A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral*. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JR, Nelson e DUNKER, Christian (org.). *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020, pp. 31.

reconfiguração completa da forma de descrever o sofrimento psíquico a partir da individualização das depressões e da ascensão das patologias narcísicas.

Neste rumo, o sul-coreano Byung-Chul Han passa a refletir sobre um adoecimento da sociedade a partir da concepção neoliberal de vida, afinal “quem fracassa na sociedade neoliberal de desempenho, em vez de questionar a sociedade ou o sistema, considera a si mesmo como o responsável e se envergonha por isso”⁹¹.

Han defende parte do ponto de que o ideal de liberdade existente na sociedade atualmente, permite o indivíduo possa se sentir livre de uma determinada forma, entretanto, tal sensação representa, em verdade, uma das atuais formas de subjetivação e até de sujeição do homem ao sistema neoliberal, em relação a competições internas e imprescindibilidade de que seja um indivíduo de alto desempenho na sociedade⁹².

Em “Sociedade do Cansaço”, Han reflete sobre o estágio atual do capitalismo, bem como de sobre de que forma o neoliberalismo impacta na vida do ser humano na atualidade, causando um cansaço, por conta do esgotamento, sendo de tom incapacitante, principalmente em uma sociedade que preza pelo máximo desempenho e competitividade.

Em seguida, em relação ao avanço de um Estado Neoliberal no Brasil, é necessário compreender em que sentido a Constituição da República de 1988 incorpora medidas neoliberais em relação a direitos sociais reconhecidos, o que passamos a analisar mais detidamente.

Tal Constituição vigente no Brasil se apresenta como uma “Constituição Cidadã”, oriunda de um período de redemocratização, ou seja, conforme mencionado por Ulysses Guimarães, busca ser democrática “(...) quando após tantos anos de lutas e sacrifícios promulgamos o Estatuto do Homem da Liberdade e da Democracia bradamos por imposição de sua honra. Temos ódio à ditadura. Ódio e nojo”⁹³.

⁹¹ HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Belo Horizonte: Editora Âyinê, 2018, pp. 16.

⁹² *Ibidem*, pp. 28.

⁹³ BRASIL. Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. 1988. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

De forma mais profunda, a Constituição brasileira busca ser um texto substantivo com objetivos expressos de regular conflitos sociais a partir da conquista de vários direitos e com direcionamento dos rumos das políticas públicas. Tal vertente constitucional influenciou os modelos português (1976) e espanhol (1978) e compreende a Constituição como um documento político propositivo e compromissado, um verdadeiro programa de ação para a alteração da sociedade, que não deve se limitar a garantir ou regular o existente, mas revelar-se como uma proposição ao futuro ao inserir um programa de ação nos termos constituintes. No Brasil, tais objetivos estão claramente materializados no programa de transformações políticas e sociais inseridos no art. 3º.

Com isso, o atual constitucionalismo brasileiro se inaugura por objetivos fundamentais (sociedade livre, justa e solidária; desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e redução de desigualdades sociais e regionais). Na Constituição de 1988, o título II se direciona totalmente a direitos sociais, reconhecendo no artigo 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, em indissociabilidade aos direitos fundamentais de caráter individual.

Porém, sendo o neoliberalismo uma regra obscura no jogo de implementação de direitos sociais, não à toa a redemocratização ainda é um caminho a ser percorrido, afinal, no Brasil, os efeitos neoliberais foram sempre sentidos de forma bastante profunda, desde o seu processo embrionário (os primeiros presidentes eleitos após a redemocratização tinham um claro encaminhamento à venda de estatais para a iniciativa privada e à mitigação e desregulamentação de políticas sociais e da economia⁹⁴).

Por exemplo, um dos principais rumos do caminho neoliberal que foi aplicado no Brasil, e que será importante para os rumos da presente pesquisa, foi a Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos (EC 95/2017), responsável por impedir que as despesas da União Federal tenham aumento real em um novo regime fiscal que estará vigente por vinte anos e é responsável por congelar as despesas com serviços e de investir em áreas primárias de necessidade, como saúde, educação, saneamento e outros (direitos

⁹⁴ BOITO JR, Armando. A hegemonia neoliberal no Governo Lula. revista Crítica Marxista, n.17, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2003.

de caráter social), sendo reajustados só pela inflação, por meio do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo)⁹⁵.

“O teto de gastos é o gatilho deste modelo de intervenção. Ao converter em regra de aparência racional a posição de valor que advoga pela redução das despesas sociais, ele produz a necessidade do corte estrutural, culminando na revisão dos pilares constitucionais atuais. Não é por outra razão que o teto antecedeu propostas como a da reforma da previdência social. Afinal, ele constitui a despesa como um objeto a controlar, na medida em que seu excesso é expresso pelos riscos de superar o limite estabelecido pela EC 95. Nesses termos, a única resposta possível passa a ser o ajuste das dotações à realidade do teto, constringendo o financiamento das políticas sociais e demandando mudanças abruptas em seus princípios, de maneira a requerer menos recursos públicos”⁹⁶.

É justamente esta Emenda Constitucional de congelamento dos gastos públicos que nos alerta que, mesmo a saúde pública, um dos direitos mais fundamentais de nossa Constituição, não escapou da onda neoliberalizadora que atinge o Brasil. Em verdade, junto às reformas trabalhista e previdenciária, a escolha dita técnica pelo teto de gastos é uma manifestação de seletividade política de não-concretização de direitos sociais que estão informalmente, mas fortemente, adstrita à economia política neoliberal, com distanciamento da Constituição financeira das políticas distributivas e universais trazidas na Constituição da “ordem social”.

Em verdade, a transição democrática constitucional brasileira foi acompanhada de uma transição neoliberal de privatizações, marginalização de segmentos sociais e deterioração de condições laborais. Por isso, Bello, Bercovici e Lima⁹⁷ explicam que as constantes reformas especificamente na área social brasileira “aproximam indevidamente

⁹⁵ BRASIL. Emenda Constitucional n. 95/17. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 24 de maio de 2021.

⁹⁶ MENEZES, Ana Paula; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. In: Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 5, 2019, pp. 62.

⁹⁷ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019, pp. 1800-1803.

o poder constituinte derivado de sua forma originária” em prol de um conflito entre dirigismo constitucional e vontade neoliberal, justamente separando a Constituição econômica dos compromissos e objetivos constitucionais.

Segundo Vieira⁹⁸, há um inerente choque entre tais objetivos constitucionais com a política liberal, que demanda controle estatal da economia na forma de agentes econômicos diretos, e que tem como características a flexibilização da Administração Pública, a reorganização do sistema previdenciário, a reforma no Poder Judiciário, a redefinição do conceito de empresa nacional, a permissão do fim dos monopólios estatais e a garantia de um amplo processo de privatização, tudo isto em direção contrária ao objetivo fundamental de reduzir as desigualdades sociais e regionais e construir uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, a partir dos anos 1990, há uma verdadeira atuação do Estado em perspectiva neoliberal desenvolvimentista⁹⁹.

Portanto, os objetivos constitucionais, e consequentemente suas políticas públicas de concretização, passam a ser rotineiramente condicionados a uma suposta “realidade político-econômica momentânea”, o que, ao fundo, trata-se de política neoliberal contraditória com as escolhas políticas e obrigações positivas em prol da redução da desigualdade reconhecidas no texto da Constituição de 1988¹⁰⁰. Em síntese, o texto constitucional trouxe um conceito democrático substancial, comprometido com a realização de direitos e redução de desigualdades¹⁰¹, mas manteve um “neoliberalismo incipiente” com excesso de benefícios das corporações, apropriação privada do Estado e presença de elementos patrimonialistas na condução política estatal, que se fortifica com a precarização de serviços sociais e a consequente privatização destes “mecanismos de segurança”¹⁰².

⁹⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 39-42.

⁹⁹ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10. n. 3, 2019, pp. 1786

¹⁰⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 39.

¹⁰¹ AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia. 1. ed. São Paulo: Editora Todavia, 2019.

¹⁰² LAZZARATO, Maurizio. Fascismo ou revolução? O neoliberalismo em chave estratégica. Trad.: Takashi Wakamatsu e Fernando Scheibe. 1. ed. São Paulo: N-1 Edições, 2019.

Para Bercovici e Massoneto¹⁰³, trata-se do fenômeno da Constituição Dirigente Invertida, um padrão sistêmico neoliberal, influenciando pela globalização econômica, que ataca diretamente direitos de caráter social, condicionando a concretização destes direitos a uma rigidez e fragmentação da ordem econômico-financeira justamente para não cumpri-los. Para tanto, sustenta uma abstenção do Estado em domínio econômico e pretensa neutralidade financeira, o que resulta em um intervencionismo estatal na economia limitado e a conformam as obrigações constitucionais como meramente programáticas, não-concretizáveis e mais permeáveis aos interesses privados e às demandas externas do capital global¹⁰⁴.

Inegavelmente, a EC/95 representou, até então, o ápice do movimento neoliberal no Brasil e que ratifica o que fora narrado por Foucault ainda em 1978, isto é, de que constitui uma autolimitação autoritária à forma de governo naturalmente escolhida, acarretando não somente numa redução drástica do Estado, mas também numa espécie de conduta ou diretriz pela qual deve o Estado se guiar.

Como visto, a doutrina classifica o neoliberalismo a corrente política que é contra a ordem coletiva e social, e principal opositora teórico-prática do Estado de Bem-Estar Social, principalmente por ser a corrente responsável por combater o avanço do socialismo, sendo todo o ato de justiça social, redistribuição de renda e afins, como pilares iniciais de um regime totalitário, e, portanto, deve ser definitivamente combatido.

Assim, o neoliberalismo pensa o Estado como uma verdadeira empresa, gerindo assim suas riquezas, necessidades, políticas internas e externas, bem como assuntos relacionados ao meio ambiente, direitos e garantias fundamentais e afins.

Diferente do que se defendeu tradicionalmente, é possível conceber hoje o movimento neoliberal como estranho ao liberalismo clássico, ou seja, o neoliberalismo não é um continuador da ideia de liberdade natural, mas um refundador, embora seja possível perceber a semelhança entre de determinados pressupostos e até de estratégia de funcionamento¹⁰⁵. É cediço que o liberalismo clássico funcionou como uma política

¹⁰³ BERCOVICI, Gilberto e MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, v. 49, 2006, pp. 58-59.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 63-71.

¹⁰⁵ DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 40.

reacionária ao movimento absolutista, colocando a figura do indivíduo como destaque em detrimento da sociedade – coletividade, colocando o livre mercado como a doutrina necessária para o crescimento e desenvolvimento econômico-social, isto é, sem intervenções do Estado. Portanto, a partir desta relação acima indicada, precisamos estudar a derrocada da saúde pública no Brasil e sua relação com o neoliberalismo acima indicado.

3. DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: DA ORDEM SOCIAL UNIVERSAL AO NEOLIBERALISMO EXCLUDENTE.

Como descrito anteriormente, a presente dissertação busca refletir a efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil a partir das recentes estratégias neoliberais e sua composição junto à consolidação do Sistema Único de Saúde a partir de 1988, o que será analisado por reflexões sobre o decreto 10.530/20 e a implementação de parcerias público-privadas como meios complementares de proteção à saúde.

Inicialmente, quando Rosana Maas e Ana Paula Daroit¹⁰⁶ analisam o direito à saúde na prática interamericana, percebemos o artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelecendo um dever de proteção social a ser desenvolvido de forma progressiva, afirmando que os Estados americanos se comprometem a adotar providências a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais¹⁰⁷.

Demais disso, a Corte Interamericana já reconheceu o direito à saúde como um direito humano indispensável e “ponto de partida e equilíbrio” ao exercício dos demais direitos, inclusive civis e políticos, sendo dever do Estado a proteção e a garantia de serviços essenciais de saúde¹⁰⁸. No caso, *Poblete Vilches e outros vs. Chile*, o direito à saúde foi reconhecido como direito autônomo aos demais constantes na Convenção

¹⁰⁶ MAAS, Rosana Helena e DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. In: Revista De Direito Sanitário, ano 20, n. 1, 2019, pp. 13-31.

¹⁰⁷ BRASIL. Decreto 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26/06/2021.

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual de 2018. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 26/06/2021, pp. 141.

Americana e que deve ser efetivado a partir de critérios de qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade.

Em mesmo rumo, a Constituição da República brasileira materializa, nos Capítulos II e III, do Título VII (Da Ordem Social), a concessão da organização, dos objetivos, competências e financiamento dos Direitos à Seguridade Social. Ou seja, o direito à saúde é reconhecido, junto à Assistência Social e à previdência Social, a partir de um tripé denominado “Seguridade Social”, que compõem direitos de ordem social.

Assim, o artigo 196 afirma que a saúde, que faz parte da seguridade social, é direito de todos e dever do Estado, que tem a responsabilidade de garantir, mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e mediante ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, a integralidade do bem-estar físico, mental e social, com acesso universal e igualitário a todos os brasileiros e estrangeiros residentes.

Ou seja, no Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 consagrou o direito à saúde como um direito fundamental com caráter universal e igualitário: é um direito destinado a todos os indivíduos que necessitem de assistência integral e gratuita e o Estado deve atuar na promoção, proteção e recuperação da integralidade da saúde.

André de Carvalho Ramos ratifica o entendimento ao dizer que “o direito à saúde assegura a promoção do bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, impondo ao Estado a oferta de serviços públicos a todos para prevenir ou eliminar doenças e outros gravames. O direito à saúde possui uma faceta individual e difusa, pois há o direito difuso de todos de viver em um ambiente sadio, sem o risco de epidemias ou outros malefícios à saúde”¹⁰⁹.

Por ser um sistema universal a todos os residentes no Brasil, o Estado é o principal ator do custeio e efetivação da saúde, sendo solidária a obrigação entre todos entre os entes federados (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) para prestar ações e serviços à efetivação da saúde e do bem-estar social através do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde (art. 23, II, CF/88). Em continuidade, o Enunciado n. 60 da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ ratificou a

¹⁰⁹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 611.

responsabilidade solidária e a competência comum entre todos os entes, o que já estava disposto no artigo 23, inciso II e artigo 23, inciso XII da Constituição da República (competência administrativa comum cuidar da saúde e assistência pública e competência legislativa concorrente legislar sobre previdência social, proteção e defesa da saúde).

A partir desta amplitude do direito à saúde, foi editada a lei 8.080/90 (regulamenta o Sistema Único de Saúde brasileiro), que reitera a garantia de acesso universal e equitativo, assim como define os princípios de universalidade, equidade, integralidade, regionalização e hierarquização, descentralização, participação popular. Nesta lei, estão estabelecidas as principais diretrizes do Sistema de Saúde, bem como suas políticas de funcionamento e todos os mecanismos afins. Portanto, trata-se de verdadeira materialização da política pública do direito à saúde no Brasil. Assim, Carlos Valder do Nascimento argumenta que:

“[a] Constituição Federal conferiu dimensão nacional à saúde determinando a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS de cunho descentralizado visando à oferta e atendimento integral à população [...] cumpre realçar as leis n. 8.080/90 e 8.142/90, que veiculam normas gerais em matéria de saúde, de onde se pode retirar a noção do 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 públicas mantidas pelo Poder Público’¹¹⁰.

Portanto, o vetor principal do direito à saúde, a ser garantido pelo Estado brasileiro, é a universalidade, por ser previsto na Constituição da República Federativa de 1988 do Brasil que o atendimento ocorreria em sua integralidade, além da proteção contra o risco de doenças e outros problemas afins, de forma indistinta entre os cidadãos, sem necessitar de qualquer contrapartida financeira por parte dos mesmos.

Importa destacar que este ideal de universalidade do direito à saúde advém diretamente do princípio da dignidade humana, que como bem preceitua Luís Roberto

¹¹⁰ NASCIMENTO, Carlos Valderdo. Direito Fundamental à Saúde. In: Tratado de Direito Constitucional. MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) São Paulo, Saraiva, v. 2. 2012, pp. 398.

Barroso, constitui o “centro axiológico dos sistemas jurídicos e fonte de irradiação dos direitos humanos”¹¹¹, sendo parte integrante e expressa das Cartas Magnas de diversos países e, inclusive, da Carta das Nações Unidas de 1945 e da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948¹¹².

Um dos principais aspectos de tal materialização está presente no artigo 6º, que estabelece as atribuições do sistema de saúde, com destaque para o inciso IV, atribuindo como obrigação do Estado, no âmbito do direito à saúde, “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”. Luís Roberto Barroso ainda destaca que a Lei 8.080 também:

“além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX)”¹¹³.

Assim, percebe-se que, no Brasil, a competência pública para atuar na área de saúde abrange diversas ações, tais como: ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saúde do trabalhador; promoção de ações de saneamento básico; proteção do meio ambiente e conscientização ambiental; incentivo ao desenvolvimento científico e tecnológico que beneficie o tratamento e prevenção de doenças; supervisão da produção de medicamentos, equipamentos, procedimentos, produtos e substâncias; vigilância nutricional e orientação alimentar.

¹¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 490.

¹¹² No Brasil a dignidade da pessoa humana possui a mesma importância e carga axiológica, uma vez que consta como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, presente no inciso III do Art. 1º da Constituição de 1988.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso: 08/07/2021.

Constata-se que o direito à saúde no Brasil perpassa necessariamente não somente pelas políticas públicas de hospitais (construção, disponibilidade, administração etc.), mas principalmente pela disponibilização de exames e medicamentos, sendo estes, inclusive, os principais assuntos judicializados, como veremos à frente.

Neste rumo, o sistema brasileiro de garantia da saúde é público e baseado nos princípios da saúde como um direito do cidadão e um dever do Estado, o que é realizado através de um Sistema Único de Saúde universal, preventivo e curativa, por meio da gestão e prestação descentralizadas de serviços de saúde, assim como visa promover a participação da comunidade em todos os níveis de governo. Assim, são princípios gerais do direito à saúde no Brasil e propriamente do Sistema Único de Saúde, a universalidade, subsidiariedade e municipalização, garantindo a democratização do direito à saúde.

Como bem preconiza Thalita Moraes Lima, os “(...) dispositivos relativos ao setor de saúde não foram meros resultados de conjuntura, mas produtos de um amplo processo de discussão e politização”¹¹⁴. A discussão e a politização referenciada pela autora referem-se ao período da reforma sanitária, que, entre diversos processos e movimentos, consignou que a dimensão máxima do direito à saúde, implicaria em um movimento de democratização de tal direito.

Neste sentido, se força a definição de saúde realizada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, e acompanhada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que defendem o conceito de saúde como o “nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar” ou o “desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”, ou seja, indicam a garantia de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença.

Em seguida, o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos (chamado de Protocolo de San Salvador) indicou a amplitude do direito à saúde a partir do atendimento primário de saúde, com assistência médica ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; total imunização contra as principais doenças

¹¹⁴ LIMA, Thalita Moraes. O Direito à Saúde Revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. Revista de Informação Legislativa – Senado Federal. Ano 51, Número 201, 2014, pp. 182.

infecciosas; prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza; educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e em situação de pobreza.

Em verdade, a constitucionalização do direito à saúde se deu a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde, em 1986, junto às reivindicações do Movimento da Reforma Sanitária Brasileira (MRSB). Vale ressaltar que, segundo Jarbas Cunha, anteriormente “as políticas públicas de saúde tinham como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à viabilidade da produção [...] avesso à noção de priorização de políticas públicas de saúde de aspecto universalista”¹¹⁵.

Cunha¹¹⁶ ainda aponta que esta Conferência Nacional foi a perfeita ocasião para discutir a necessidade de uma reforma sanitária, a constitucionalização do direito à saúde e a importância de um sistema público de saúde. Neste momento, a partir da Conferência, o conceito de saúde passou a ser compreendido como uma questão social e um direito do cidadão. Por fim, elaboraram estratégias de coordenação, integração e transferência de recursos entre os entes federativos como bases para um futuro Sistema Único de Saúde.

Com isso, Jairnilson Paim et. al.¹¹⁷ afirmam que a reforma sanitária brasileira foi conduzida pela sociedade civil, e não por governos, partidos políticos ou organizações internacionais, mencionando que a proposta de rediscussão do sistema de saúde se iniciou na década de 1970, ao mesmo tempo da luta pela redemocratização. Os mesmos autores sistematizaram a evolução do sistema de saúde brasileiro da seguinte forma:

	<i>Contexto macroeconômico e socioeconômico</i>	<i>Contexto político</i>	<i>Sistema de saúde</i>	<i>Principais desafios da saúde</i>
Colonialismo português (1500-1822)	Exploração de matérias-primas e monopólio comercial por Portugal	Controle político e cultural de Portugal	Século XVI: - Criação de hospitais da Santa Casa de Misericórdia em Santos, São Paulo, Bahia, Rio de	Doenças pestilenciais e assistência à saúde para a população

¹¹⁵ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020, pp. 50.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ PAIM, Jairnilson, TRAVASSOS, Claudia, ALMEIDA, Celia, BAHIA, Ligia e MARCINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. Disponível em: <https://www.thelancet.com/pb/assets/raw/Lancet/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>. Acesso em: 31/10/2021.

			Janeiro, Belém e Olinda - Organização sanitária incipiente	
Império (1822-1889)	Abertura dos portos (1808), surgimento do capitalismo moderno e início da industrialização	Centralismo político e sistema de coronelismo, que dava aos grandes proprietários de terra o controle político de províncias e localidades	- Estruturas de saúde com ênfase na política sanitária - Administração da saúde centrada nos municípios - Criação das primeiras instituições de controle sanitário dos portos e de epidemias (1828 e 1850)	Doenças pestilenciais e prioridade da vigilância sanitária (portos e comércio)
República Velha (1889-1930)	Economia agroexportadora (capital comercial), crise do café e insalubridade dos portos	Estado liberal-oligárquico, revoltas militares e emergência das questões sociais	- Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP, 1897) - Reformas das competências da DGSP (Oswaldo Cruz, 1907) - Caixas de Aposentadoria e Pensão (Lei Eloi Chaves, 1923) - Incipiente assistência à saúde pela previdência social - Dicotomia entre saúde pública e previdência social	Doenças pestilenciais (febre amarela, varíola, peste) e doenças de massa (ex. tuberculose, sífilis, endemias rurais).
Ditadura Vargas (1930-1945)	Industrialização, mas com manutenção da estrutura agrária	“Estado Novo” – Estado autoritário entre 1937 e 1938 identificado com o nazifascismo	- Saúde Pública institucionalizada pelo Ministério da Educação e Saúde Pública - Previdência social e saúde ocupacional institucionalizadas pelo Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio - Campanhas de saúde pública contra a febre amarela e a tuberculose - Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP) estendem a previdência social à maior parte dos trabalhadores urbanos (1933-1938)	Predominância de endemias rurais (p. ex., doença de chagas, esquistossomose, ancilostomíase, malária), tuberculose, sífilis e deficiências nutricionais

Instabilidade democrática (1945-1964)	Substituição de importações, rápida urbanização, migrações, advento da indústria, automobilística, penetração do capital internacional	Governos liberais e populistas	<ul style="list-style-type: none"> - Criação do Ministério da Saúde (1953)- Leis unificaram os direitos de previdência social dos trabalhadores urbanos (1960) - Expansão da assistência hospitalar - Surgimento de empresas de saúde 	Emergência de doenças modernas (p. ex., doenças crônicas degenerativas, acidentes de trabalho e de trânsito).
Ditadura militar (1964-1985)	Internacionalização da economia, milagre econômico (1968-1973), penetração do capitalismo no campo e nos serviços	<ul style="list-style-type: none"> - Golpe militar, ditadura (1964) - Reforma administrativa (1966) - Crise política (eleições de 1974) - Abertura política lenta, segura e gradual (1974-1979) - Liberalização: Criação do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (1976); movimentos sociais - 1º Simpósio de Política de Saúde do Congresso (1979) - Transição política (1974-1984) - Criação da Associação Brasileira em Pós-Graduação de Saúde Coletiva (1979) 	<ul style="list-style-type: none"> - Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP) unificados no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), privatização da assistência médica e capitalização do setor da saúde (1966) - Capitalização da medicina pela previdência social - Crise do sistema de saúde - Programas de Extensão de Cobertura (PEC) para populações rurais com menos de 20.000 habitantes - Crise na previdência social - Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS, 1977) - Centralização do sistema de saúde, fragmentação institucional, beneficiando o setor privado - INAMPS financia estados e municípios para expandir a cobertura 	Predominância da morbidade moderna (p. ex., doenças crônicas degenerativas, acidentes de trabalho e de trânsito). Persistência de endemias rurais com urbanização. Doenças infecciosas e parasitárias predominando nas regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste
Transição democrática (1985-1988)	Fim da recessão, reconhecimento da dívida social e planos de estabilização econômica	<ul style="list-style-type: none"> - Início da Nova República (1985) - Saúde incluída na agenda política - 8ª Conferência Nacional da Saúde 	<ul style="list-style-type: none"> - INAMPS continua a financiar estados e municípios - Expansão das AIS - Sistemas Unificados e Descentralizados de 	Redução da mortalidade infantil e de doenças preveníveis por imunização

		<ul style="list-style-type: none"> - Ampliação do Movimento de Reforma Sanitária - Assembleia Nacional Constituinte e Nova Constituição (1988) 	<p>Saúde – SUDS (1987)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Contenção das políticas privatizantes - Novos canais de participação popular 	<p>Persistência de doenças cardiovasculares e cânceres</p> <p>Aumento nas mortes violentas e as relacionadas à AIDS</p> <p>Epidemia de dengue</p>
Democracia (1988-2010)	<p>Crise econômica (hiperinflação), ajuste macroeconômico e Plano Real (1994), estabilidade econômica, recuperação dos níveis de renda, movimento cíclico, persistência das desigualdades, continuidade da política monetarista</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Presidente Fernando Collor de Mello eleito e submetido a impeachment - Restante do mandato presidencial (1993-1994) exercido pelo Vice-Presidente Itamar Franco - Governos de Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) – Partido da Social Democracia Brasileira/PSB - Reforma do Estado (1995) - Governos de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) – Partido dos Trabalhadores/PT 	<ul style="list-style-type: none"> - Criação do SUS - Descentralização dos Sistemas de Saúde - 9ª Conferência Nacional da Saúde - Extinção do INAMPS (1993) - Criação do Programa de Saúde da Família (1994) - Crise de financiamento e criação da Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira (1996) - Tratamento gratuito para HIV/AIDS pelo SUS - Financiamento via Piso da Atenção Básica (1998) - 10ª e 11ª Conferências Nacionais de Saúde - Normas Operacionais Básicas (NOB) e de assistência à saúde (regionalização) - Regulamentação dos planos de saúde privados - Criação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (1999) - Criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar para regulamentar e supervisionar os planos de saúde privados (2000) 	<p>Epidemias de cólera e dengue, mortalidade por causas externas (sobretudo homicídios e acidentes de trânsito).</p> <p>Doenças cardiovasculares são a principal causa de morte, seguidas por causas externas e cânceres.</p> <p>Redução na mortalidade infantil, prevalência inalterada de tuberculose, estabilização da prevalência de AIDS, aumento na prevalência de dengue e aumento na incidência de leishmaniose visceral e malária.</p> <p>Expectativa de vida em torno de 72,8 anos (69,6 para homens e 76,7 para mulheres) no início do século XXI</p> <p>Mortalidade infantil de 20,7 por 1.000 nascidos vivos (2006)</p> <p>Redução na prevalência de hanseníase e doenças</p>



			<ul style="list-style-type: none">- Criação da lei de medicamentos genéricos- Lei Arouca institui a saúde do indígena como parte do SUS<ul style="list-style-type: none">- Emenda Constitucional 29 visando a estabilidade de financiamento do SUS definiu as responsabilidades da União, estados e municípios (2000)- Aprovada a Lei da Reforma Psiquiátrica (2001)<ul style="list-style-type: none">- Expansão e consolidação do PHC- Criação do Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU (2003)<ul style="list-style-type: none">- Estabelecido o Pacto pela Saúde (Pacto de Defesa do SUS, Pacto de Gestão, Pacto pela Vida, 2006)- Política Nacional de Atenção Básica (2006)- Política Nacional de Promoção da Saúde (2006)<ul style="list-style-type: none">- 12ª e 13ª Conferências Nacionais de Saúde- Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde e Política Nacional de Saúde Bucal (Brasil Sorridente, 2006)<ul style="list-style-type: none">- Unidades de Pronto-Atendimento (UPA 24h) criadas em municípios com populações > 100.000 (2008)- Criação dos Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF) junto ao PSF (2008)	preveníveis pela imunização Expectativa de vida sobe para 72,8 anos (69,6 para homens e 76,7 para mulheres, 2008)
--	--	--	--	--

Com essas reformas políticas e sociais e com o advento do Bem-Estar Social de forma mais consolidada no Brasil, o Estado brasileiro passa a ser mais garantidor em matérias de proteção integral e em dinâmicas assistenciais, porém também passa a conviver com os impactos neoliberais ao direito à saúde e com novas técnicas de judicialização da saúde, o que passaremos a analisar de forma mais detida a seguir.

Como se vê acima, o direito à saúde foi alçado a um status de fundamentalidade universal e integral na Assembleia Constituinte brasileira, o que foi acompanhado pela Lei Orgânica da Saúde, que criou o Sistema Único de Saúde brasileiro. Por outro lado, nos anos 1990, houve um retrocesso na proteção social por conta de políticas neoliberais e de desresponsabilização do Estado, que passaremos a analisar mais detidamente abaixo.

Cunha¹¹⁸ reitera tal histórico e apresenta um quadro de como se chegou à atual positivação do direito à saúde no Brasil: a. debates políticos trazidos pelo Movimento da Reforma Sanitária Brasileira durante a 8ª Conferência Nacional da Saúde (1986); b. amplitude do direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, sem especificar; c. regulamentação do direito com a lei 8.080 trazendo objetivos, princípios e diretrizes. Assim, seguindo a conclusão de Cunha¹¹⁹ e os ensinamentos de Thalita Lima¹²⁰, o direito à saúde constitucionalizado em 1988 foi resultado de uma participação democrática a partir de intentos de reforma sanitária, o que resultou em um sistema universal de proteção à saúde com objetos, princípios e diretrizes de universalidade, gratuidade e integralidade.

Com a redemocratização e, principalmente, com a criação do Sistema Único de Saúde, vê-se que o art. 196 da Constituição da República Federativa de 1988 do Brasil é o dispositivo normativo de principal importância no que diz respeito ao direito à saúde no país, colocando que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”¹²¹, sendo competência do SUS determinar a estrutura própria deste direito fundamental.

¹¹⁸ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ LIMA, Thalita Moraes. O Direito à Saúde Revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. Revista de Informação Legislativa – Senado Federal. Ano 51, Número 201, 2014.

¹²¹ 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. In: BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31/10.2021.

Entretanto, para Leila Göttems e Maria de Lourdes Mollo¹²², as crises econômicas da década de 1970, principalmente com o aumento das taxas de juros dos EUA, levaram, conforme suas próprias palavras, à redução do Estado de bem-estar social e à globalização dos interesses do capital, o que é repetido por Leandra Borlini ao dizer que “apesar das conquistas democráticas na década de 1980, o setor econômico foi permeado pela conjuntura de crise interna e externa, pela dificuldade na formulação de políticas econômicas de impacto positivo, pelo aprofundamento da dívida externa [e] pela explosão de juros e taxas inflacionárias”¹²³.

Em seguida, Leandra Borlini defende que a estratégia neoliberal chegou de forma mais tardia ainda no Estado brasileiro¹²⁴. Em verdade, no Brasil, passa-se a adotar uma cultura gerencial nos serviços públicos somente após 1988 (como se viu acima, até então havia um intento de reforma sanitária, que se consolidou com o sistema universal e público de saúde), mas que não conseguiu romper com a centralização do processo decisório, a falta de participação social e o neopatrimonialismo. Para a autora, as políticas de saúde tornaram-se permeadas por um pensamento neoliberal que dificulta a concretização dos princípios do SUS

Assim, em 1990, houve uma acentuação dos ideais neoliberais nas políticas brasileiras, com planos econômicos visando o benefício do pagamento de dívida externa; processos de privatização de empresas estatais e controle de gastos em áreas sociais. Desde esse período, se iniciou um processo de reestruturação capitalista, que se coloca em caminho oposto à universalidade do direito à saúde.

Em concordância, Aldaiza Sposati¹²⁵ também indica que os anos 1990 iniciaram a orientação neoliberal nas decisões e ações do Estado brasileiro, em contraponto com as orientações distributivas e redistributivas da Constituição de 1988, que busca garantir a cobertura da proteção social a todos os brasileiros. Neste sentido, a direção neoliberal buscou aproximar a proteção social da condição de mais uma oferta de mercado, com

¹²² GÖTTEMS, Leila Bernarda Donato e MOLLO, Maria de Lourdes Rollemberg. Neoliberalismo na América Latina: efeitos nas reformas dos sistemas de saúde. In: Revista Saúde Pública, v. 54, 2020, pp. 74.

¹²³ BORLINI, Leandra. Há pedras no meio do caminho do SUS -os impactos do neoliberalismo na saúde do Brasil. In: Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 9, n. 2, 2010, pp. 321-333.

¹²⁴ *Ibidem*

¹²⁵ SPOSATI, Aldaiza. Descaminhos da seguridade social e desproteção social no Brasil. In: Ciênc. Saúde Coletiva, v. 23, n. 7, jul. 2018.

predomínio das decisões econômicas sobre a política e sobre a própria ordem constitucional¹²⁶.

Portanto, “a utopia neoliberal exalta as virtudes abstratas dos mercados, dos prêmios aos mais aptos, da competitividade, da eficiência, das ganâncias, dos direitos de propriedade, e da liberdade de contratação¹²⁷”, em que há predomínio de uma visão “contábil-financeiro do recurso como seguro” que não dá conta das desproteções sociais que são impostas ao segurado social no Brasil.

Em mesmo sentido, Leila Göttems e Maria de Lourdes Mollo¹²⁸ indicam que a aplicação neoliberal nas áreas de saúde levou a uma redução da responsabilidade do Estado no financiamento dos serviços de saúde que beneficiavam poucos sujeitos (em contrariedade à aplicação universal trazida na Constituição brasileira), assim como aumentou programas de cobertura de riscos e lucratividade e estímulo ao mercado privado e à competição entre os serviços.

Por fim, na pesquisa das autoras, o estímulo neoliberal, ao fim, levou ao fomento de diferentes formas de privatização dos sistemas de saúde. Em síntese, concluíram que “a análise comparativa sinaliza como as reformas se adequaram à mudança do papel do Estado que caracterizou o neoliberalismo na concepção de Dardot e Laval”, o que segue por aberturas comerciais, ajustes fiscais e desregulamentações financeiras, isso em contraposição aos princípios e diretrizes do SUS e à ampliação da desigualdade e exclusão social.

Segundo Borlini, “sob nova concepção de políticas sociais, (a política estatal neoliberal aplicada na área da saúde) abandona o ideal de equidade e igualdade em nome da eficiência e do equilíbrio do mercado”. Do outro lado, vê-se a baixa cobertura a sujeitos mais vulneráveis, o que, aliado à frágil cidadania política desenvolvida no Brasil, amplia as desigualdades sociais de cobertura e o acesso aos sistemas públicos de saúde.

¹²⁶ FLEURY, Sonia. Reforma do Estado, seguridade social e saúde no Brasil. In: MATTA, G.C e LIMA, J.C.F (org.). Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em 20 anos de SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008, pp. 51.

¹²⁷ IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. Revista de Economia Política, v. 31, n. 2 (122), 2011, pp. 239.

¹²⁸ GÖTTEMS, Leila Bernarda Donato e MOLLO, Maria de Lourdes Rollemberg. Neoliberalismo na América Latina: efeitos nas reformas dos sistemas de saúde. In: Revista Saúde Pública, v. 54, 2020.

A autora responde diretamente como se deu o avanço de uma ordem social universal ao neoliberalismo excludente ao afirmar, utilizando-se de Bravo¹²⁹ e Bravo e Matos¹³⁰, que a estratégia neoliberal “tem gerado um sucateamento em áreas como previdência, educação e saúde, o que leva a concluir que a proposta de democratização da saúde tem sido ‘destruída’ em favor do projeto privatista. Assim, apesar de todo avanço político conquistado nos anos anteriores, a década de 1990 é caracterizada pela consolidação do projeto de saúde articulado ao mercado, que tem [...] como principais características [...] o caráter focalizado para atender às populações vulneráveis, a desconcentração dos serviços e o questionamento da universalidade do acesso”¹³¹.

Então, com base na regulamentação constitucional do direito à saúde e nessa perspectiva neoliberal apresentada, precisamos analisar contextos de judicialização do direito à saúde no Brasil.

Inicialmente, o conceito de “judicialização de política” foi discutido a partir das conclusões obra “*The Global Expansion of Judicial Power*”, de Tate e Vallinder¹³², que já descreviam a ampliação da atuação do Poder Judiciário em áreas políticas e a submissão a um protagonismo a partir dos anos oitenta do século passado.

Para eles, judicialização da política expõe “a expansão da área de atuação das cortes judiciais ou dos juízes às expensas dos políticos e/ou administradores, isto é, a transferência de direitos de decisão da legislatura, do gabinete ou da administração pública às cortes judiciais” e que pode acontecer pela possibilidade de revisão de atos políticos, chamada de judicialização “from without”, ou pela utilização de métodos e procedimentos para realizar, de forma mais ativa, um controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ainda, afirmam que a judicialização é um processo que adveio pela consolidação da democracia liberal; ratificação da teoria da separação dos poderes; desenvolvimento

¹²⁹ BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elisabete et al. (org.). Serviço Social e saúde – formação e trabalho profissional. São Paulo: OPAS, OMS, MS, 2006, pp. 88-110.

¹³⁰ BRAVO, Maria Inês Souza; MATOS, Maurílio Castro. Reforma sanitária e projeto ético político do Serviço social: elementos para o debate. In: BRAVO, Maria Inês Souza. et al. Saúde e Serviço Social. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: UERJ, 2006, pp. 5-47.

¹³¹ BORLINI, Leandra. Há pedras no meio do caminho do SUS -os impactos do neoliberalismo na saúde do Brasil. In: Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 9, n. 2, 2010, pp. 327.

¹³² TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics. The global expansion of Judicial Power. New York and London, New York University Press, 1995, pp. 3.

de políticas públicas para assegurar direitos constituídos; utilização dos tribunais por grupos de interesses e pelas oposições políticas; ineficácia das instituições políticas para o cumprimento da vontade das maiorias e da avaliação negativa das instituições responsáveis pela implementação de políticas públicas¹³³.

Neste sentido, o Judiciário vem ganhando contornos de participação decisiva em temas polêmicos e, para Lorena Fonseca e Felipe Fróes Couto, a judicialização da política tem como principal característica a atuação em áreas que eram ocupadas tradicionalmente pelo parlamento, vindo ocorrer principalmente por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais¹³⁴.

Consequentemente, a nova disposição de tribunais judiciais redundou em atuações ativistas e a judicialização da política como um movimento crescente no mundo todo. Ran Hirschl afirma que “nas últimas duas décadas, a judicialização da formulação de políticas públicas também proliferou em nível internacional, com o estabelecimento de vários tribunais transnacionais e tribunais quase judiciais, painéis e comissões que lidam com direitos humanos, governança transnacional, comércio e assuntos monetários”¹³⁵.

O mesmo autor aponta ainda que, no contexto da judicialização da política na Europa, a Corte Europeia de Justiça possui uma grande importância e, inclusive, “recebeu um status cada vez mais importante por legisladores, executivos e judiciários na agora expandida para o leste da UE, particularmente no que diz respeito a disputas jurídicas e econômicas interestaduais”¹³⁶.

¹³³ Vale ressaltar que, ainda que haja uma discussão sobre a conceituação, medição e caracterização do processo de judicialização da política, Avritzer e Marona expõem que “as narrativas acerca do fenômeno são construídas a partir de uma perspectiva teórica comum, forjada sob os auspícios da tradição liberal no campo do constitucionalismo e da teoria democrática. In: AVRITZER, Leonardo e MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 15, 2014, pp. 70.

¹³⁴ FONSECA, Lorena e COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 13, n. 2, 2018, pp. 7.

¹³⁵ HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. The Oxford Handbook of Political Science. London: Oxford, 2011, pp. 256. Tradução Livre: “Over the last two decades, the judicialization of public policy-making has also proliferated at the international level, with the establishment of numerous transnational courts and quasijudicial tribunals, panels, and commissions dealing with human rights, transnational governance, trade, and monetary affairs”.

¹³⁶ Tradução livre: “and has been awarded an increasingly important status by legislators, executives, and judiciaries in the now eastward-expanded EU, particularly with respect to interstate legal and economic disputes”. In: BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elisabete et al.

Ao analisar o movimento na Espanha, Gregorio Villar¹³⁷ centralizou a questão da judicialização da política no papel dos juízes, os quais denominou em seus estudos como “juízes estrelas”, “juízes políticos”, “juízes justiceiros” ou “juízes super-homens”.

“A menção a esse tipo de juiz desperta, com efeito, a ideia de uma judicialização da política e uma politização da justiça e, com isso, a ameaça de uma certa falência do Estado de Direito, a ruptura do equilíbrio institucional e entre os poderes no interior do Estado democrático, bem como a perda da moderação racional e da segurança que deveria presidir ao seu funcionamento, conforme já alertado em seu tempo, entre outros, Montesquieu, Constant ou Tocqueville”¹³⁸.

Neste rumo, Loiane Prado Verbicaro¹³⁹ aduz que o fenômeno da judicialização da política surge em um contexto de maior inclusão do Poder Judiciário, tanto quantitativa como qualitativa, na área política, afirmando uma participação mais intensa na realização dos valores constitucionais, com uma interferência maior no espaço de atuação dos outros poderes políticos do Estado, sendo possível concluir que a judicialização é uma transferência de poder para juízes e tribunais¹⁴⁰. Para Maciel e Koerner, a judicialização envolve a dimensão procedimental e a dimensão substantiva das funções judiciais nos seguintes termos:

“Se na ideia da política judicializada estão em evidência modelos diferenciados de decisão, a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes. A judicialização da política requer que operadores da lei

(org.). Serviço Social e saúde – formação e trabalho profissional. São Paulo: OPAS, OMS, MS, 2006, pp. 4.

¹³⁷ VILLAR, Gregorio Cámara. Justicia y Política em la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados jueces estrellas y la judicialización de la política). Revista de Derecho Político, num. 47, 2000, pp. 33. Tradução Livre: “La mención de este tipo de juez despierta, en efecto, la idea de una judicialización de la política y de una politización de la justicia y, con ello, la amenaza de una cierta quiebra del Estado de Derecho, la ruptura del equilibrio institucional y entre los poderes en el seno del Estado democrático, así como la pérdida de la racional moderación y seguridad que debe presidir su funcionamiento, como ya advertieran en su época, entre otros, Montesquieu, Constant o Tocqueville”.

¹³⁸ *Ibidem*, pp. 34.

¹³⁹ VERBICARO, Loiane Prado. Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariiedade Judicial. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, n. 2, 2019, pp. 401.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 6.

preferam participar da policy-making a deixá-la a critérios de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão. Daí que a idéia de judicialização envolve tanto a dimensão procedimental quanto substantiva do exercício das funções judiciais”¹⁴¹

Fabiana Luci Oliveira¹⁴² identifica os padrões de judicialização da política no período de transição democrática no Brasil, analisando as ações de revisões ajuizadas no período de 1979 a 1988. Nesta pesquisa, a autora também identificou “judicialização” como mera “expansão do poder judiciário para dirimir impasses de demais áreas”, tais como áreas políticas e administrativas. Para Luís Roberto Barroso, “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo”¹⁴³.

Por outro lado, Rachel Sieder defende que a América Latina e a América do Sul, comparadas a outras regiões no mundo, representaram verdadeira frente ampla no movimento da judicialização da política, principalmente por conta das grandes violações de direitos humanos causadas por conta de regimes militares e autoritários¹⁴⁴.

No Brasil, o fenômeno também reflete o protagonismo do Poder Judiciário, tal como aduz Barroso ao defender que a judicialização, no contexto brasileiro, é uma circunstância decorrente do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política, denominando-a de judicialização da vida.

Em razão disso, Verbicaro esclarece que grande parte das condições facilitadoras da judicialização da política, no contexto brasileiro, pode ser identificada especialmente

¹⁴¹ KOERNER, Andrei e MACIEL, Débora. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. Lua Nova n. 57. São Paulo, 2002, pp. 114.

¹⁴² OLIVEIRA, Fabiana Luci. A judicialização da política na transição democrática no Brasil (1979-1988). *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, 2021, pp. 214-240.

¹⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 3

¹⁴⁴ SIEDER, Rachel. Revisiting the Judicialization of Politics in Latin America. In: *Latin American Research Review* 55, 2020, pp. 160.

a partir do processo de redemocratização e reconstitucionalização do Brasil¹⁴⁵ e Barroso¹⁴⁶ concorda ao dizer que existem três grandes causas que levarão à judicialização no Brasil: a redemocratização conquistada a partir da Constituição de 1988 e a recuperação das garantias da magistratura; a constitucionalização abrangente; e a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Loiane Verbicaro ainda traz alguns exemplos de políticas que se judicializam, tais como a aplicação da Constituição independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de política pública (tal como nas áreas de saúde).

Não à toa, Fonseca e Couto¹⁴⁷ defendem que a judicialização possui um aspecto sociológico, pois está ligada às alterações sociais e é produto da alteração do texto constitucional ou legal, que amplia a competência dos órgãos judiciais. Assim, diversas questões de larga repercussão política e social estão sendo levadas e, conseqüentemente, decididas pelo Poder Judiciário, o que, no Brasil, fez o autor Oscar Vilhena Vieira cunhar a expressão “supremocracia”, assim como fez Gilberto Bercovici, Enzo Bello e Martonio Montalverne Lima¹⁴⁸ explicarem que se utilizam de argumentos como a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade e a proporcionalidade para proferirem decisões que exacerbam o poder judicial, tal como ocorreu na violação ao próprio texto constitucional no caso da prisão em segunda instância definida no HC 126.26.

Por fim, ao analisarem a ideia de representação argumentativa em relação a casos que envolveram disputas de interesses políticos e morais centrais e que foram decididas pelo STF, Luis Felipe Miguel e Daniel Bógea expõem que a tese da representação do argumento decisório foi incorporada como tentativa de legitimação às decisões e justificativa adicional para a autoridade decisória, assim dizem que “ostentaria o título de dono da razão, capaz de expressar a vontade geral”. Porém, relacionam tal tese à

¹⁴⁵ VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discricionariedade Judicial*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, n. 2, 2019, pp. 429.

¹⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 3.

¹⁴⁷ FONSECA, Lorena e COUTO, Felipe Fróes. *Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária*. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v. 13, n. 2, 2018, pp. 6.

¹⁴⁸ BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. *O fim das ilusões constitucionais de 1988?* *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019, pp. 1783.

elitização da decisão, que coloca os cidadãos à posição de meros espectadores ou de fornecedores de informação e concluem que “a chave teórica da representação não funciona adequadamente como categoria para pensarmos a prática institucional do Supremo”¹⁴⁹.

São dois os excertos que claramente expõem a conclusão dos autores, quais sejam: “em vez de representados politicamente engajados, exercendo proximamente o controle de seus representantes, cidadãos protegidos pela representação argumentativa não seriam muito mais do que ‘otimistas espectadores de um governo dos juízes’” e “mesmo em casos em que o ativismo da corte adota caráter progressista, rompendo com a inércia do legislativo para estender garantias a grupos em posição subalterna, como mulheres ou LGBT, trata-se de uma intervenção de caráter mais liberal (de proteção a direitos) do que democrático (de obediência à soberania popular)”¹⁵⁰.

Em continuidade ao estudo deste ativismo, o termo “judicialização da política” não é unísono e pode ser facilmente confundido com um ativismo judicial negativo ou intrometido. Neste sentido, a judicialização não deixa de ser uma postura ativista quando busca extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem invadir o campo da criação do livre direito¹⁵¹. Porém, por estar relacionado a uma postura proativa e interpretativa do direito, Fonseca e Couto¹⁵² lecionam que, para Streck, um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política ou de moral, extrapolando o limite de sua atuação.

Portanto, seguindo Veronese, a judicialização “descreve um processo social. É um diagnóstico de transição no relacionamento entre o Judiciário e os outros dois poderes sociais”¹⁵³ e, por si só, não pode ser considerada como negativa, pois apenas externa uma

¹⁴⁹ MIGUEL, Luis Felipe e BÓGEA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 35, n. 104, 2020, pp. 13-14.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 7.

¹⁵² FONSECA, Lorena e COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí*, v. 13, n. 2, 2018, pp. 5.

¹⁵³ VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo, 2009, pp. 257.

In: http://escritos.rb.gov.br/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf. Acesso: 31/10/21.

alternância de protagonismo entre os poderes. Para Gandini et. ali¹⁵⁴, ela não deve ser confundida com o ativismo, pois a judicialização decorre de um dever do Estado de prestar a tutela jurisdicional¹⁵⁵. Assim, para concluir que uma judicialização é ativista positiva ou negativa/intrometida (seja em decisões judiciais ou em implementação de políticas públicas de direitos sociais), é necessário avaliar os argumentos de política.

Neste rumo, analisando a judicialização da saúde no Brasil, Cunha também afirma que ela “pode ser conceituada como a transferência de decisão sobre demandas relativas à política pública de saúde para o Poder Judiciário, que a exerce com protagonismo”¹⁵⁶, o que envolve a concessão de medicamentos, tratamentos e quaisquer benefícios de saúde pública com fundamento no direito constitucional à saúde¹⁵⁷. Isto é, há uma transposição das decisões de natureza e de competência essencialmente política e constitucional por parte dos Poderes Executivo e Legislativo no que tange às questões de saúde, para o Poder Judiciário, que então passa a ter o destaque nas soluções de conflitos entre o jurisdicionado e o Estado, no que envolva a política pública da saúde.

Ainda seguindo Cunha, dois fatores favorecem a necessidade de estudar a judicialização da saúde no Brasil: o grande número de processos judiciais nesta temática

¹⁵⁴ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org.). Direito à vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁵⁵ A autora menciona, a partir de Kapiszewski (2010), que o fenômeno da judicialização da política a começa a surgir a partir de 1985 no Brasil, momento em que o Supremo Tribunal Federal passou a ser mais acionado para discutir questões políticas importantes, o que foi ainda mais acirrado com a promulgação da Constituição de 1988. Ela relaciona o termo “gatekeeper”, que, em tradução livre, significaria “porteiro” à exclusividade da legitimidade do PGR em ajuizar ações de inconstitucionalidade e que, de maneira discricionária, poderia escolher quais temas seriam levados ao Supremo. Com isso, identificou que as representações julgadas entre 1978 e 1988 foram majoritariamente utilizadas para medidas conflitos federativos. Como resultado da pesquisa, ela identificou que, neste período, três procuradores-gerais atuaram: Firmino Ferreira Paz, Inocêncio Mártires Coelho e José Paulo Sepúlveda Pertence, que apresentaram, no total 674 representações, com principal foco no controle do alto número de municípios criados e funcionamento público (benefícios e vantagens das carreiras públicas e políticas sobre organização do Estado).

¹⁵⁶ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020, pp. 66.

¹⁵⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Diagnóstico inadequado, tratamento ineficaz e perigoso: STF precisa corrigir o rumo da judicialização da saúde no Brasil. Jota, 22 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diagnostico-inadequado-tratamento-ineficaz-e-perigoso-22052019>. Acesso em 31/10/2021.

e o aumento do gasto financeiro estatal para cumprimento de determinações judiciais em áreas de saúde¹⁵⁸.

Primeiramente, cabe pontuar o que a pesquisa coordenada pelo CNJ e pelo Instituto de Ensino e Pesquisa relatou, denominada de “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução”, do ano de 2019, no sentido de que do ano 2008 a 2017, tramitaram em território nacional 498.715 processos em primeira instância, e 277.411 em segunda instância, somente nos Tribunais Estaduais¹⁵⁹.

No decorrer deste período de nove anos, apurado pela pesquisa, comprova-se um crescimento de 130% de demandas de saúde pública e suplementar no Judiciário brasileiro¹⁶⁰ e que os atuais estudos sobre judicialização da saúde demonstram que os principais litígios estão relacionados a medicamentos curativos¹⁶¹. Segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), até dezembro de 2017 aproximadamente um milhão e oitocentos mil de ações foram ajuizadas discutindo questões relativas à saúde no Brasil¹⁶².

Por certo, qualquer movimentação de grande escala no Poder Judiciário, como a demonstrada pela pesquisa do CNJ acima mencionada, traz consigo custos para a máquina estatal. Neste sentido, a pesquisa apurou que em 2010, os processos que tratavam sobre a matéria de judicialização da saúde geravam um custo de R\$ 122 milhões de reais para a União Federal, sendo que, já no ano de 2017, este custo passou para R\$ 1.2 bilhões de reais, acompanhando o alto fluxo de demandas da matéria¹⁶³.

¹⁵⁸ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020, pp. 60.

¹⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução, 2019, pp. 45.

¹⁶⁰ CNJ/INSPEP. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, 2019.

¹⁶¹ MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, 2013, pp. 1089-1098.

¹⁶² BASTOS, Elísio e FARACHE, Jacob. O “diálogo institucional” em demandas de saúde: o dilema entre a efetividade e a eficiência deste direito social. In: *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 7, n. 1, 2021, pp. 1-22.

¹⁶³ CNJ/INSPEP. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, 2019.

Em seguida, a auditoria n. 009.253/2015-7, realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) identificou um aumento de mais de 1.300% de gastos com o cumprimento de decisões judiciais para a aquisição de medicamentos e insumos, o que, segundo o Ministério de Saúde, totalizou R\$ 796.306.242,40 para cumprimento às decisões judiciais proferidas em demandas de saúde no ano de 2019.

Ainda em 2019, o Fundo Nacional de Saúde afirmou que foram realizados 554 depósitos judiciais com a finalidade de tratamento/aquisição de medicamento, chegando-se a um valor total de R\$ 32.671.599,90. Em percentuais, a União teria gastado cerca de 1 bilhão de reais em 2015 em cumprimento a decisões judiciais na área da saúde, o que correspondeu 1% de seus gastos. Neste mesmo ano, São Paulo, Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, tiveram entre 1 a 8% de suas receitas direcionadas em cumprimento de decisões judiciais na área de saúde¹⁶⁴

Vale ressaltar que tais aumentos são posteriores à edição da Recomendação n. 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹⁶⁵, que expressamente recomendou que os tribunais celebrassem convênios para que os juízes passem a ser auxiliados na formação de um juízo de valor e que evitassem determinar o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA ou em fase experimental. A mesma recomendação ainda menciona a realização de cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados em direito sanitário e visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde.

Em uma análise do direito à saúde judicializado, Cunha¹⁶⁶ estudou decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a temática do direito à saúde desde 1990 até o ano de 2020 e as delimitou em quatro períodos: a) não-ativismo (1988-1996); b) absolutização

¹⁶⁴ VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. Revista Estudos Institucionais, v. 6, n. 1, 2020, pp. 85.

¹⁶⁵ A partir de então, o CNJ passou a recomendar a criação de estruturas de diálogo e assistência a juízes em matéria de direito sanitário, assim como aconselha a incorporação da disciplina “direito sanitário” em cursos de formação e temas de concursos públicos de magistratura. Foi criado o Fórum da Saúde do Judiciário, composto por comitês estaduais e responsável pelo monitoramento de ações judiciais na área de saúde. Por fim, houve expansão dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), que permitem um auxílio técnico aos magistrados a partir de pareceres pautados em medicina de evidências em um banco nacional de dados com amplo acesso a todos os tribunais.

¹⁶⁶ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

da saúde (1997-2003); c) custo dos direitos: mínimo existencial x reserva do possível (2004-2009); d) Medicina Baseada em Evidências (2009 até os dias atuais)¹⁶⁷.

Em síntese, o autor identificou cinco elementos que caracterizam a judicialização da saúde no Brasil: 1) avaliação da incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento como requisito de acesso à justiça sanitária; 2) questionamento se há política pública que abranja a prestação pleiteada; 3) se houver omissão legislativa ou administrativa, deve observar o registro na ANVISA como condição imprescindível para o fornecimento de medicamentos e, no segundo caso, o juiz analisará se o sistema de saúde fornece tratamento alternativo, que deverá ser prioritário; 4) a comprovação da imprescindibilidade, eficácia ou necessidade do medicamento, o que será atestado por laudo médico; 5) as provas coletadas em instrução probatória devem ser, em sua totalidade, apresentadas via material baseado em estudos científicos, preferencialmente publicados em conceituados periódicos e que sirvam de amparo aos magistrados.

Em um quadro, o autor sistematizou todos os elementos que devem aparecer para comprovar a imprescindibilidade do medicamento/tratamento, que são os seguintes: hipossuficiência financeira; negativa de tratamento ou concessão pelo SUS; inexistência de tratamento alternativo ou experimental pelo SUS; documentos médicos comprovando,

¹⁶⁷ Segundo Cunha e Farranha, na primeira fase, que perdurou até 1997, o STF somente conheceu a judicialização de um caso de saúde quase dez anos após a promulgação da Constituição, sob os argumentos de programaticidade, de eficácia limitada das normas constitucionais relacionadas à saúde e da justificativa de “reserva do possível”. Em seguida, sob a justificativa de inércia do Executivo e na omissão legislativa em relação à regulamentação do direito fundamental à saúde, a segunda fase foi de “absolutização da saúde”, em que houve deferência à “imensa maioria ou basicamente todas as reivindicações jurídicas a respeito do direito constitucional à saúde sem limitar sua abrangência”, principalmente em demandas individuais. A terceira fase é caracterizada pela ADPF n. 45/04 e pela Suspensão de Tutela Antecipada n. 91/AL, quando a ministra Ellen Gracie passou a discutir a inserção do Judiciário nas políticas públicas sob os critérios cumulativos de razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, em um caráter limitador, denegando a obrigatoriedade de disponibilizar os medicamentos, isto pautado na limitação de recursos e na necessidade de racionalização dos gastos. Por fim, na última etapa, o STF voltou a adotar uma jurisprudência amplamente favorável a pedidos individuais, mas agora pautada em uma “medicina de evidências”, ou seja, sob a utilização de argumentos científicos e embasados em literatura acadêmica.

Por fim, vale ressaltar que a segunda e terceira fases são reiteradas por Natália Vasconcelos (2020), que indicou a posição rápida e minoritária iniciada pela ministra Ellen Gracie em relação à limitação da concessão, mas que logo as decisões voltaram a prover demandas individuais sob a justificativa de ser um direito público subjetivo e sem considerações sobre a alocação de recursos do SUS, sendo o direito à saúde garantido “a despeito de qualquer interesse ‘secundário’ do Estado”. In: CUNHA, Jarbas Ricardo e FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. Public Sciences & Policies, v. VII, n. 1. 2021, pp. 15-35.

com base em estudos científicos, a imprescindibilidade do medicamento/tratamento; análise comprobatória de documentos e pareceres inerentes à demanda; tentativa frustrada de resolução pela via administrativa ou extrajudicial¹⁶⁸.

O início da discussão de critérios à concessão de pedidos de judicialização da saúde se deu com a Audiência Pública n. 4169, convocada pelo ministro Gilmar Mendes, que buscou tratar da judicialização do direito à saúde e o impacto dos custos do direito. Gomes et. ali¹⁷⁰ analisaram as reuniões e concluíram que os principais resultados desta audiência pública foram os seguintes: a) necessidade de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil - ANVISA; b) concessão pautada em evidências de eficácia e segurança de tecnologia; e c) eficiência econômica baseada na relação custo-efetividade e impacto orçamentário.

Após a audiência, o Agravo Regimental na STA 175 foi o primeiro caso julgado sobre judicialização da saúde (por isso, é a decisão mais citada como precedentes em casos similares). Em síntese, foram definidos cinco parâmetros para interpretação: repartição de competências dos entes federativos; intervenção judicial em caso de omissão ou ineficiência do Executivo e para o cumprimento das políticas públicas; necessidade de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA; não-obrigatoriedade de fornecer medicamentos e tratamentos experimentais; possibilidade de concessão de tratamentos e medicamentos não incluídos na política pública de saúde, mas já comercializados pelo setor privado, desde que haja comprovação da imprescindibilidade, na fase probatória, e com reduzida possibilidade de deferimentos cautelares¹⁷¹.

¹⁶⁸ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020, pp. 108.

¹⁶⁹ Porém, Santos, Delduque e Mendonça (2015, pp. 186) afirmam que somente 20% (63 de 705) dos argumentos e ideias centrais discutidos na Audiência Pública foram considerados “fortes” e utilizados em julgamentos posteriores dentro do próprio STF e das regulamentações do CNJ.

¹⁷⁰ GOMES, Dalila F. et al. Judicialização da saúde e a audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009: o que mudou de lá para cá? Saúde em Debate, n. 38, v. 100, 2014, pp. 139-156.

¹⁷¹ É importante mencionar que, após a decisão na STA-175, Wang (2015) identificou um “teste argumentativo” para que juízes e tribunais seguissem, ou seja, o deferimento de medicamentos e tratamentos deveria seguir a tese de que “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir [...] que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”. Na sua pesquisa, a autora percebeu que, em 20 decisões monocráticas em que a STA-175 é citada, tal tese só foi utilizada em 4 decisões em favor da Administração Pública.

Em seguida, tais entendimentos foram ratificados no REsp n. 1.657.156/RJ. Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça refletiu, em grande parte, a decisão do acórdão STA 175 – AgR/CE, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes¹⁷². Na decisão do STJ, firmou-se requisitos para fornecimento de medicamentos de alto custo não incluídos na lista do SUS, que muito se assemelham aos critérios indicados por Cunha¹⁷³.

Assim, definiu que o Estado não é obrigado a ofertar medicamentos e tratamentos experimentais, que ainda não passaram por testes clínicos, ou aqueles ainda não registrados na ANVISA¹⁷⁴, que tem aprovação clínica, mas não foram registrados pela agência reguladora, reiterando o art. 19-T da lei n. 8080/90, que afirma o seguinte:

“São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA) e estabeleceu, como critérios obrigatórios, 1) prescrição médica especializada que afirme que o medicamento é necessário e imprescindível; 2) alegação de incapacidade financeira do usuário; e 3) existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), observados os usos autorizados”¹⁷⁵.

¹⁷² Nesta decisão de 2010, o Supremo reconheceu um possível conflito entre poderes caso adentrasse em questões mais estruturais, por isso se limitou a analisar demandas individuais e passou a definir alguns critérios à garantia da saúde: existência de política pública ou protocolo do SUS para o direito requerido; se decorre de omissão legislativa, administrativa ou de vedação legal; se os medicamentos ou tratamentos são experimentais e se seriam fornecidos pela rede particular de saúde, todos estes critérios vinculados a demandas particulares (e não coletivas ou estruturais), como visto.

¹⁷³ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

¹⁷⁴ Vale dizer que o Supremo também utiliza o argumento da excepcionalidade para conceder medicamentos não fornecidos pelo SUS e que não possuam registro na ANVISA, se reconhecida a mora desarrazoada da agência, tal como ocorreu no RE 657.718. Por fim, isto indica que nem os critérios até então balizados são suficientes para impedir o fornecimento de tratamentos e medicamentos de forma judicial, individual e indiscriminada.

¹⁷⁵ BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 29/10/21.

Vale ressaltar que a decisão deste Resp ensejou a publicação da tese 106 do Superior Tribunal de Justiça (“Obrigação do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados, através de atos normativos, ao Sistema Único de Saúde”), com os seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido pelo médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da eficácia dos fármacos fornecidos pelo SUS para o tratamento da enfermidade; b) incapacidade financeira do paciente arcar com o custo do medicamento prescrito – critério da hipossuficiência; e c) existência de registro do medicamento na respectiva agência reguladora - ANVISA.

Nesta decisão, o ministro relator, Benedito Gonçalves, primeiramente diferenciou o julgamento daquele proferido em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário n. 566.471/RN¹⁷⁶ e explicou que, naquela data, existiam 8.841 (oito mil, oitocentos e quarenta e um) processos suspensos nos tribunais locais e regionais sobre o tema, aguardando o julgamento e firmamento de tese.

Portanto, em regra, Cunha¹⁷⁷ indicou alguns critérios que foram utilizados para a judicialização do direito à saúde no Brasil e, em seguida, o Superior Tribunal de Justiça também estabeleceu critérios bastante parecidos, firmando a exigência cumulativa destes requisitos para lidar com demandas de saúde no Brasil assim como a necessidade de informação ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) sobre a viabilidade de incorporar algum medicamento no âmbito do SUS. Em continuidade, a audiência acima mencionada foi a base para início das atividades do Fórum Nacional do Poder Judiciário para a Saúde e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituído pela Resolução n. 107/2010.

Porém, em pesquisa sobre julgamentos do Supremo Tribunal Federal delimitados de maio de 2009 a junho de 2015 e relativos ao assunto “acesso a medicamentos”, Thana Campos e Vitor Ido selecionaram trinta e sete decisões (37) e, na análise dos julgados,

¹⁷⁶ Neste caso, o Supremo analisou a concessão de medicamentos de alto custo e identificou, novamente em uma concessão individual, os critérios de imprescindibilidade do medicamento/ausência de substituto e incapacidade financeira do requerente.

¹⁷⁷ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

perceberam que em 91,8% deles houve decisão favorável à concessão do medicamento¹⁷⁸, “o que demonstra uma tendência amplamente favorável à concessão”, e afirmam que, em 64,8% das decisões, houve mera menção de que a garantia da saúde é programática e que não eximiria o Estado do dever de propiciar seu gozo - somente 35,1% dos casos analisaram detidamente as condições fático-materiais para a concessão, tal como o critério da impossibilidade financeira do demandante em custear o medicamento, visto acima¹⁷⁹.

Neste rumo, segundo Octávio Luiz Motta Ferraz¹⁸⁰, a justiciabilidade dos direitos sociais no Brasil se dá por ações individuais com pouca reflexão sobre a estrutura social a que estão vinculados, o que Cunha e Farranha¹⁸¹ mencionam ser casos de microjustiça. Para Natália Vasconcelos¹⁸², o “posicionamento sistematicamente favorável a demandas individuais” se dá inclusive a medicamentos, insumos e tratamentos mesmo quando experimentais ou fora das listas e protocolos clínicos do SUS. Para ela, a ampla deferência se dá pelo argumento de previsão constitucional de um direito fundamental à saúde. Por outro lado, a autora afirma que “custo e organização da política parecem variáveis não relevantes em comparação com a proteção de um direito humano e fundamental como a saúde”.

Assim, as decisões do STF dentro do lapso temporal mencionado acima demonstram uma deferência ampla a demandas individuais envolvendo questões de saúde, comprovada acima e ratificada pela pesquisa de Vasconcelos acima¹⁸³. Tal

¹⁷⁸ Somente três decisões foram contrárias à concessão: uma pela impossibilidade de reavaliar o conjunto fático-probatório dentro da jurisdição do Supremo Tribunal Federal; e outras duas trataram sobre reembolso de tratamento realizado no exterior. E vale dizer que, dentro deste recorte, nenhuma decisão se opôs à possibilidade de judicialização de pedidos na área da saúde (seja pela extinção sem julgamento do mérito ou não concedendo abstratamente as tutelas), o que também indica a ampla admissibilidade destes pedidos.

¹⁷⁹ CAMPOS, Thana e IDO, Vitor. Acesso a Medicamentos: Audiência pública número 4 do Supremo Tribunal Federal, de 2009. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado. Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. 2. ed. revista e atualizada, Editora Juspodivm, 2020, pp. 193-224.

¹⁸⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, 2011, pp. 1643-1668.

¹⁸¹ CUNHA, Jarbas Ricardo e FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. *Public Sciences & Policies*, v. VII, n. 1. 2021.

¹⁸² VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, 2020, pp. 86.

¹⁸³ Para ela, a ampla deferência às pretensões individuais pode explicar a quantidade de recursos extraordinários em casos de saúde e que estão sobrestados em incidentes de repercussão geral. Em um

conclusão se relaciona com o argumento de Luís Roberto Barroso que, ao falar da doutrina brasileira da efetividade, já problematizava uma judicialização excessiva de perfil desregrado e individualizado¹⁸⁴.

Por fim, os autores mencionam que os argumentos do Supremo utilizados para a concessão dos medicamentos são referências genéricas à garantia do direito à saúde, à vida, à responsabilidade solidária dos entes federativos, sendo minoritária uma reflexão profunda sobre a ampla concessão. Em síntese, ao serem analisadas decisões no período delimitado por Cunha, é possível reconhecer que a judicialização do direito à saúde é, em verdade, a individualização de demandas sociais, que se consolida em julgados altamente deferentes, com poucas discussões sobre a estrutura do sistema de saúde e que pouco avançam para romper com o viés individual da garantia¹⁸⁵.

Segundo Natália Vasconcelos¹⁸⁶, o STF passou a ter uma atuação contraditória na temática de judicialização da saúde, por ser parte do problema (afinal há uma ampla deferência às demandas individuais, como vimos) ao mesmo tempo em que é “gestor” da “solução”, pois deixa de decidir questões estruturais e deixa ao CNJ a atuação regulamentadora neste assunto.

Em seguida, Octávio Ferraz¹⁸⁷ e Luciano Motta Lopes et. al.¹⁸⁸ ainda identificam que a judicialização direta da saúde é movida por autores que chegaram à via judicial representados por advogados particulares. Segundo pesquisa de Silva¹⁸⁹, a judicialização da saúde é baseada em prescrições de médicos particulares em 60% dos casos analisados e peticionada por advogados privados em 61% das vezes, ou seja, tais dados atestam que a maioria dos procedimentos judiciais beneficiou pessoas que possuem com condições

exemplo (Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo), existem 27.316 casos sobrestados (VASCONCELOS, 2020, pp. 96).

¹⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, pp. 875-877, 2005.

¹⁸⁵ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, 2011, pp. 1658-1660.

¹⁸⁶ VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, 2020.

¹⁸⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, 2011.

¹⁸⁸ LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES. *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, n. 1, 2017, pp. 297-298.

¹⁸⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights, 2011, pp. 7-11.

socioeconômicas de acessar o Poder Judiciário e não são consideradas materialmente hipossuficientes, o que é um dado que se contrapõe à universalidade objetivada pelo SUS.

Importante, ainda, destacar que Brasil e Portugal, por conta da aproximação linguística e pela tradição jurídica romanística, possuem uma aproximação e exercem influência direta em diversos âmbitos jurídicos (atuação profissional jurídica, acadêmica, etc.). Assim, Felipe Asensi¹⁹⁰ sistematizou a comparação da judicialização da política entre Brasil e Portugal conforme a tabela abaixo:

		Dimensão política	Dimensão social	Dimensão governamental
Itinerário dos cuidados em saúde	<i>Brasil</i>	A relação entre os três poderes é de forte interpenetração, de modo que todos participam ativamente na construção das políticas de saúde e efetivação de direitos.	Recebe forte influência da participação social, que se desenvolve de maneira perene, sobretudo em mecanismos institucionais (Conselhos e Conferências).	Forte dependência das políticas governamentais, mas com ampla participação social com mecanismos institucionais.
	<i>Portugal</i>	A relação entre os três poderes é de pouca interpenetração mútua, com protagonismo do Poder Executivo na construção das políticas de saúde e de justiça e na efetivação de direitos.	Recebe baixa influência da participação social formal que, quando se desenvolve, o faz em mecanismos não institucionais (protestos, reclamações, etc.) e de forma pontual e eventual.	Forte dependência das políticas governamentais, mas com baixa participação social em mecanismos institucionais.
Inserção do Judiciário	<i>Brasil</i>	Judiciário como ator privilegiado e com legitimidade formal para efetivar os direitos, a despeito dos obstáculos de acesso à justiça e ao direito.	A forte judicialização das relações sociais encontra-se ancorada na percepção dos cidadãos do Judiciário como forma privilegiada de resolução de conflitos e efetivação de direitos (pirâmide de litigiosidade com base pequena).	Baixa influência do governo na determinação da atividade administrativa e gerencial do Judiciário, além de as políticas de governo serem amplamente suscetíveis ao controle judicial.
	<i>Portugal</i>	Judiciário historicamente afastado da sociedade civil e, a despeito da legitimidade formal, os obstáculos de acesso à justiça e ao direito se apresentam como condicionantes da baixa litigação.	A pouca recorrência social dos indivíduos ao Judiciário faz com que a opção extrajudicial não institucional passe a ser estratégia privilegiada de efetivação da saúde (pirâmide de litigiosidade com base grande).	Forte influência do governo na determinação da atividade administrativa e gerencial do Judiciário, acompanhada de baixa influência do Judiciário no controle das políticas de governo.

¹⁹⁰ ASENSI, Felipe Dutra. Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal. In: Physis. Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 23, 2013, pp. 811.

Percebe-se, conforme o estudo realizado pelo referido autor que, embora em Portugal o sistema de saúde compartilhe dos mesmos princípios, isto é, universalização, democratização e municipalização (ou descentralização), tradicionalmente não se utiliza do Poder Judiciário para buscar a efetivação do direito à saúde. A contrário senso, a população busca utilizar mecanismos mais tradicionais para demandar a concretização do direito à saúde, como a organização de manifestações, protestos e afins.

Carapinheiro e Page ressaltam ainda que, pelo fato de Portugal ter ingressado na União Europeia, o Estado Português foi automaticamente reduzido por conta do livre e intenso fluxo migratório de cidadãos portugueses em outros países europeus, constituindo o que os autores denominaram de “circulação seletiva de consumidores”, que seria o fato de que os portugueses, principalmente em países de fronteira com Portugal, “passam a receber migrações pontuais, temporárias e voltadas para o consumo de serviços de saúde”¹⁹¹.

Assim, o que se tem a partir da análise dos dados da crescente judicialização da saúde, junto de seu paradigma teórico, é a falta de correspondência das expectativas do Estado em relação aos jurisdicionados nas políticas públicas, necessitando da crescente atuação do Poder Judiciário.

Conforme estudado, a inauguração de um Estado Democrático de Direito, junto do movimento do constitucionalismo, permite a intervenção do Poder Judiciário em ocasiões que os direitos sociais, e especificamente o direito à saúde, esteja envolvido.

Luís Roberto Barroso estabelece algumas críticas à atuação excessiva do Poder Judiciário em matéria de direito à saúde. De forma mais relevante, o autor destaca que o artigo 196 da Constituição Federal seria uma norma programática e que o direito à saúde deveria ser garantido por meio de políticas públicas estabelecidas pelo Legislativo e/ou Executivo, e não por decisões judiciais¹⁹².

¹⁹¹ CARAPINHEIRO, G.; PAGE, P. As determinantes globais do sistema de saúde português. In: HESPANHA, P.; CARAPINHEIRO, G. (org.). Risco social e incerteza: pode o estado social recuperar mais? Porto: Afrontamento, 2002, pp. 81-122.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 23.

Em seguida, outra crítica relevante foca na necessidade de legitimação da participação popular na formulação de políticas públicas. Desta forma, Avritzer e Marona destacam que “matérias que, em princípio, seriam tipicamente da alçada deliberativa do Legislativo, tais como a reforma política (...) ou até mesmo questões procedimentais internas ao Congresso Nacional, têm sido, frequentemente, decididas pelo Supremo Tribunal Federal”¹⁹³, sendo necessário que o Congresso Nacional retome suas atividades típicas, legitimando os votos populares recebidos, estabelecendo e consagrando sua função precípua.

Além disso, reforçam que o Judiciário não domina as condições e conhecimentos de natureza técnica para decisão de políticas públicas, devendo o juiz estar diretamente atento às peculiaridades dos casos que são submetidos ao mesmo - pertencentes a um micro campo de poder, enquanto as políticas públicas pertencem a um macro campo de poder¹⁹⁴. Conforme Barroso,

“O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”¹⁹⁵.

Em verdade, a judicialização direta, cuja materialização do direito à saúde é o objeto principal da ação ajuizada, trouxe os resultados acima indicados, o que leva a tendência de defesa da tese de medidas de desjudicialização, inclusive na área de saúde. Assim, uma nova vertente doutrinária que aponta para uma “judicialização indireta da saúde”, que seria a proposição de providências para concretização do direito à saúde em

¹⁹³ AVRITZER, Leonardo e MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. *Revista Brasileira de Ciência Política*, v. 15, 2014, pp. 86.

¹⁹⁴ Termo ligeiramente emprestado de grandiosa e complexa obra de Pierre Bourdieu, em que o termo “campo” é empregado como o significado de um espaço simbólico, em que os seus representantes empregam esforços contínuos no sentido de autentificação das representações. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, pp. 9-12.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. (Syn Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012, pp. 28.

processos judiciais que não foram propostos inicialmente para tutelar tal direito, mas que incidentalmente acabam vertendo em questões relativas à saúde¹⁹⁶.

Neste sentido, em estudo sobre casos em que a violação do direito à saúde de crianças e adolescentes não constavam na petição inicial, “a pesquisa realizada apontou que o fenômeno da judicialização indireta da saúde beneficiou importante parcela da população infanto-juvenil que se encontrava inserida em contexto de extrema marginalidade e fragilidade social”¹⁹⁷.

Assim, há uma enorme difusão da judicialização da saúde, inclusive por meio indireto, o que evidencia uma enorme utilização de tal método para concretização do direito à saúde no Brasil, o que atualmente passa a se compatibilizar com modelos de desjudicialização e, de forma principal, com a introdução da iniciativa privada nas prestações de serviços de natureza pública, principalmente em direitos de caráter social.

Com isso, no último capítulo passaremos a analisar a garantia do direito à saúde inclusão da iniciativa privada, de forma complementar, e dos estudos de parcerias público-privadas no Brasil e, em comparação, em Portugal.

4. As Parcerias Público-Privadas alinhadas com o Estado Democrático de Direito: uma “nova” alternativa para a judicialização da saúde?

4.1 Da Complementariedade Privada: estudo sobre as parcerias público-privadas.

A complexidade das relações contemporâneas exige uma complementariedade de interações para que tais demandas complexas sejam efetivamente solucionadas uma dessas questões principais certamente perpassa pela falta de efetividade de alguns direitos

¹⁹⁶ LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES. *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, n. 1, 2017, pp. 285-320.

¹⁹⁷ CUNHA, Jarbas Ricardo e FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. *Public Sciences & Policies*, v. VII, n. 1. 2021., pp. 297. Vale ressaltar que, segundo os autores, não existem instrumentos de pesquisa que sejam capazes de identificar a judicialização indireta da saúde em seu banco de dados. Em contrapartida, os pedidos de judicialização direta são facilmente encontrados, inclusive com indicação do assunto do processo como “Saúde”.

fundamentais, que são consagrados em documentos como as Constituições estatais e as os tratados internacionais de direitos humanos.

A despeito deste aspecto, conforme foi estudado no capítulo precedente, o direito à saúde é um dos direitos, em aspecto global, que mais se observou nas últimas décadas com certa carência de atenção por parte do Estado, principalmente em países menos desenvolvidos, como os países da América do Sul e Latina. Por outro lado, cenários de crises financeiras vistas nas últimas décadas ao redor do mundo colocaram em voga ainda mais a necessidade de realização de investimento de grandes investimentos financeiros no setor público. Assim, a realização de cooperação e parcerias entre os setores público e privado funciona como janela para proporcionar uma combinação de interesses.

Este cenário é ainda mais agravante no âmbito dos setores relacionados à saúde pública, onde há constante evolução científica e médica, necessitando de constantes investimentos em novas tecnologias e serviços de excelência, pois é um direito que tutela a vida humana. Por este motivo, Marc Mitchell defende que é virtualmente impossível imaginar que exista qualquer instituição ainda hoje que consiga prover de forma satisfatória os serviços de saúde básica e complexa¹⁹⁸.

Conforme sinaliza Abadie¹⁹⁹, na esteira da realidade em que o setor público tenha encontrado severas dificuldades para construir ou renovar sua infraestrutura de afirmação de direitos e garantias fundamentais básicas e complementares, cresceu cerca de cinco vezes, na década de 1995 a 2005, o investimento de recursos financeiros do setor privado no setor público para a concretização de tais direitos.

Assim, a academia tem apontado que a principal forma de uso dos recursos privados no setor público para melhoria de concretização de direitos tem sido a realização de parcerias público-privadas (PPPs), que seria uma forma singular de aliança estratégica entre o setor privado e o setor público, com obrigações determinadas, visando a prestação de serviços para a concretização de tais direitos²⁰⁰.

¹⁹⁸ MITCHELL, Marc. An Overview of Public Private Partnerships in Health. Harvard School of Public Health, 2015, pp. 1.

¹⁹⁹ ABADIE, R. Infrastructure finance – Surviving the credit crunch. London, UK: PWC, 2008.

²⁰⁰ LIEBE, M. e POLLOCK, A. The experience of the private finance initiative in the UK's, 2009.

O setor público possui como objetivo principal definir quais as metas e objetivos públicos, no sentido de cumprir com as promessas feitas à concretização dos direitos, enquanto que o setor privado tem como papel de “fornecer os bens e serviços solicitados dos mercados de referência, em condições de remunerar todos os fatores empregados produtivos, repor o capital necessário para futuros investimentos, levando em consideração o risco e a inovação, bem como gerar um resultado econômico positivo”²⁰¹.

Portanto, as PPPs têm assumido um papel de tamanha importância nas últimas décadas, tanto que instituições de importância global, como o World Bank, decidiram uniformizar o entendimento conceitual do que seriam tais parcerias, definido que as PPPs seriam “um contrato de longo prazo entre uma parte privada e uma agência governamental, para o fornecimento de um bem ou serviço público, no qual a parte privada assume risco significativo e responsabilidade de gestão”²⁰².

A utilização deste modelo nos setores de saúde tem sido praticamente uma regra de implementação de novas tecnologias e infraestruturas na Europa, conforme argumentam Barlow, Roehrich e Wright²⁰³ ao afirmarem que a utilização de PPPs no continente europeu tem sido largamente aprovada para proverem sistemas tecnológicos de alta complexidade, prédios e construções, além de serviços associados.

A doutrina também, desde os primeiros estudos sobre as PPPs, já apontava pelos grandes benefícios de utilização do referido sistema, tal como “compartilhamento de risco em projetos de alto risco, menor custo de tecnologia, capacidade de acumular economias

²⁰¹ CATUOGNO, Simona. Il partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance. Giappichelli, 2017, pp. 14. Tradução Livre: “quello di fornire i beni ed i servizi richiesti dai mercati di riferimento, a condizioni tali da remunerare tutti i fattori produttivi impiegati, ricostituire il capitale necessario per gli investimenti futuri, tenendo conto del rischio e dell’innovazione, nonchè generare un risultato economico positivo, ed il ruolo delle organizzazioni non-profit, che quello di soddisfare i bisogni sociali e allocare le risorse del volontariato in modo compatibile con le pi ampie finalità pubbliche ed i propri vincoli finanziari.”

²⁰² WORLD BANK INSTITUTE. Public-private partnerships – Reference guide, Version 1.0. Washington, DC: The World Bank, 2012. Tradução Livre: “a long-term contract between a private party and a government agency, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility”.

²⁰³ ROEHRICH, K.; BARLOW, J. e WRIGHT, S. Delivering European Healthcare through Public-Private Partnerships: The Theory and Practice of Contracting and Bundling, 2014.

de escala e escopo em atividades de valor agregado, acesso à tecnologia de um parceiro, conhecimento e processos proprietários”²⁰⁴.

Barlow et. ali, em estudo recente, apontaram para o grande histórico de uso das PPPs por parte dos países no continente europeu, com grande número de acordos e alianças entre o setor público e privado com acordos de franquia para a outorga de serviços ou produtos²⁰⁵:

Country	Number of PPPs *	Value of PPPs *
<i>Finland</i>	1	<\$100m
<i>France</i>	16	\$1.6bn
<i>Germany</i>	24	\$2.1bn
<i>Italy</i>	71	\$5.7bn
<i>Poland</i>	1	\$40m
<i>Portugal</i>	8	\$4.6bn
<i>Spain</i>	19	\$2.3bn
<i>Sweden</i>	1	\$2.1bn
<i>UK</i>	146	\$25.8bn

Os autores também apontaram que diferentes variações de PPPs na área da saúde estavam sendo implementadas pelo continente europeu, com suas particularidades atreladas normalmente ao sistema jurídico-econômico de cada país, nos termos abaixo:

²⁰⁴ *Idem*, pp. 7. Tradução livre de: “sharing of risk in high-risk projects, lower cost of technology, ability to accrue economies of scale and scope in value-added activities, access to a partner’s technology, knowledge and proprietary processes”.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 40.

Model	Brief description	EU member states
"Public-Public Partnership"	A special purpose publicly-owned company, largely financed by limited-recourse commercial debt, has responsibility to deliver facilities, with the state continuing to provide medical services	Spain
Accommodation-only	A private consortium designs, builds and operates infrastructure facilities based on a public authority's specified requirements, often as an output rather than input specification. In the DBFO model, the private sector also finances the facility, typically via high "gearing" (proportions of debt). The limited amounts of equity can include the public sector, with mechanisms to control any conflicts of interest. The public authority purchases services for a fixed period, after which ownership reverts to the public authority. It largely takes the form of an integrated contract covering design, build and finance for the infrastructure, "hard" facilities management (building life-cycle maintenance) and sometimes medical and IT equipment supply and "soft" facilities management (non-clinical services such as cleaning and catering).	UK, France, Spain, Portugal (wave 2), Italy, Sweden
Twin accommodation/ clinical services joint venture	The infrastructure element is like an accommodation-only model. A clinical services company with different, shorter-term financing provides medical services and has a contractual and shareholding relationship to the asset provider	Portugal (wave 1)
Franchising	A public authority licenses a private company to develop (finance, build and manage, inclusive of medical services) a replacement for a public hospital	Germany, France
"Full-service PPP"	A private contractor builds and operates a hospital and some or all of the area's associated community primary-care provision, with a contract to provide care for a defined population	Spain

Assim, apontam que a variação *acommodation-only* de PPPs tem sido o modelo mais seguido na grande maioria dos países do continente – e também outros países, dentre eles a Austrália e a Canadá. Segundo eles, “estes diferem na forma como a gestão de risco, incentivos, mecanismos de financiamento e pagamento são estruturados e podem ser percebidos como situados ao longo de um espectro, conceitualmente determinado pelo grau de pacote de serviços”²⁰⁶.

Barlow, já em 2010, decretava em seus estudos que a infraestrutura da União Europeia relacionada à saúde estava em urgente necessidade de grandes investimentos, não somente nos novos países membros ou candidatos, mas também os países com um sistema de saúde já consolidado, no sentido de buscarem mais inovação e implementação de tecnologia na entrega dos serviços²⁰⁷. Foi o que aconteceu em Portugal, onde o sistema nacional de saúde, assim como acontece no Brasil, possui como objetivo primordial a entrega de serviço médico gratuito e universal para todos os seus jurisdicionados.

²⁰⁶ *Idem*, pp. 17. Tradução livre: “These differ in how risk management, incentives, financing and payment mechanisms are structured, and can be perceived as situated along a spectrum, conceptually determined by the degree of bundling of services”..

²⁰⁷ ROEHRICH, K.; BARLOW, J. e WRIGHT, S. De facto privatization or a renewed role for the EU? Paying for Europe's healthcare infrastructure in a recession. *Journal of the Royal Society of Medicine*, 103, 2010, pp. 51-55.

Segundo Ferreira e Marques, depois da grande crise econômica que atingiu Portugal, foi observado no país um grande incremento de investimento financeiro na área da saúde, chegando a 66% do total de gastos na área, tornando-se um dos países que mais investe recursos financeiros na área da saúde na União Europeia e na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD)²⁰⁸. Os mesmos autores, no mesmo estudo, constataram ao final que os hospitais públicos não possuíam performances melhores do que aqueles que funcionam por meio de Parcerias Público-Privadas²⁰⁹.

Em relação ao Brasil, o estudo do atual sistema complementar de saúde aplicado indica que houve uma reformulação em relação ao modelo anterior. Assim, tal afirmação nos leva à necessidade de compreender o contexto histórico que antecedeu a criação do Sistema Único de Saúde para que a proteção da saúde se torne efetivamente universal.

Para Fernando Borges Mânica²¹⁰, a pós-modernidade tem a garantia do direito à saúde como um dos seus grandes desafios, pela dificuldade de equacionar crises econômicas, envelhecimento populacional, mudança nos padrões das enfermidades e nos perfis epidemiológicos e os custos públicos para promoção, proteção e recuperação da saúde, o que é ratificado por Barbosa e Malik²¹¹ ao mencionarem que a urbanização acelerada trouxe uma mudança nos padrões de consumo, junto ao aumento da frequência de doenças crônico-degenerativas, têm levado à dificuldade de garantir esta proteção universal na área de saúde.

No Brasil, percebe-se que, desde 1970, durante o período autoritário-ditatorial, a saúde era garantida por um sistema privado, que privilegiava empresas internacionais de produção de medicamentos e de equipamentos biomédicos e que trazia incentivos fiscais à contratação de companhias privadas ou cooperativas de médicos. Neste período, a assistência à saúde passou a ser desenvolvida pelo INAMPS (Instituto Nacional de

²⁰⁸ FERREIRA, D. C e MARQUES, R. C. Public-private partnerships in health care services: Do they outperform public hospitals regarding quality and access? Evidence from Portugal. *Socio-Economic Planning Sciences Journal*, 2020, pp. 5.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 13.

²¹⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 266, 2016, pp. 1.

²¹¹ BARBOSA, Antonio Pires e MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. *Rev. Adm. Pública* — Rio de Janeiro, n. 49, 2015, pp. 1144.

Assistência Médica da Previdência Social), a partir de 1978, que estava vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social, atual Ministério da Previdência Social, e que tinha como objetivo a prestação de serviços de saúde aos empregados que, além de estarem registrados, estivessem contribuindo com a previdência.

Era um modelo que beneficiava apenas trabalhadores formais e quem possuía condições de pagar por serviços de saúde privados²¹². Ainda neste período, o sistema de saúde era centralizado e não-universal, com pouca participação de estados e municípios, assim como não era garantida a integralidade e o atendimento universal²¹³ e igualitário aos serviços de saúde. Em relação a isso, Renildo Rehen Souza explica que

“é fato que, no final da década de oitenta do século passado, o INAMPS chegou a adotar medidas que buscavam ampliar a cobertura de usuários, dentre as quais se destacava o fim da exigência da carteira de segurado para o atendimento em hospitais próprios e conveniados da rede pública, o que culminou com a instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDES), por meio da instituição de convênios entre o INAMPS e os governos estaduais”²¹⁴.

Portanto, em razão desse contexto de atendimento restrito apenas a empregados, nos debates constituintes existiam dois grupos com interesses divergentes: um grupo que acreditava no Projeto de Reforma Sanitária e defendia a saúde como exclusividade estatal e outro grupo, composto por grupos empresariais, que defendia a adoção de um modelo médico-assistencial privado que foco na mercantilização e privatização dos serviços. Neste rumo, Telma Menecucci²¹⁵ indica que houve uma opção consciente do constituinte em adotar as conclusões das 6^a, 7^a e 8^a Conferências Nacionais de Saúde (principalmente

²¹² Assim, o indivíduo dependia da condição de segurado da Previdência Social para ter acesso aos serviços de saúde [...]. Aqueles que não contribuía com a Previdência Social, portanto, estavam excluídos do rol de indivíduos que poderiam ter acesso ao serviço público (SILVA, Leire Taíze Ribeiro e SILVA, Marcelo Alves. Parceria público-privada como instrumento de concretização do direito à saúde. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 6, n. 1, 2019, pp. 152).

²¹³ Vale dizer que nem a ampliação da atuação do INAMPS após a realização de convênios com os governos estaduais fez o sistema de proteção se tornar universal e igualitário.

²¹⁴ SOUZA, Renildo Rehen. O Sistema Público de Saúde. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2002.

²¹⁵ MENECCUCCI, Telma Maria G. Público e Privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, pp. 33-34.

desta última, realizada em março de 1986²¹⁶) que flexibilizou a atuação da saúde e buscou a otimização da gestão.

Ou seja, a reforma política e administrativa na área de saúde foi iniciada pelo Movimento da Reforma Sanitária e discutida durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, que objetivava a expansão e o fortalecimento progressivos do setor estatal em um sistema de saúde universal e público²¹⁷.

O resultado foi a promulgação de uma Constituição que atendeu a uma verdadeira reforma sanitária, financeira e administrativa na área de saúde, com princípios de acesso universal e igualitário e integralidade de atendimento, com serviços de saúde oferecidos em todos os níveis de complexidade, de forma preventiva e curativa, visando a promoção de qualidade de vida aos seus usuários. Assim, substituiu o modelo centrado em hospitais e restritos a contribuintes previdenciários por empregos formais.

Porém, apesar dessa grande mudança, a relação público-privada na prestação de serviços de saúde foi mantida, mesmo que de forma subordinada ao papel diretivo da ação estatal. Em verdade, Moacyr Rey Filho esclarece que “a interdependência entre o setor público e a iniciativa privada esteve presente em todas as etapas de formação do Estado e, mais especificamente, na implantação do SUS”²¹⁸.

Neste rumo, a Constituição da República de 1988 determinou que os serviços de saúde podem ser públicos ou privados, em caráter complementar, e que compete ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. Nos termos do artigo 199, parágrafo 1º da Constituição brasileira, reconheceu que as ações e serviços de saúde são prioritariamente executadas por órgãos e instituições da Administração direta ou indireta, sendo permitida a contratação ou convênio a instituições privadas, para prestação de serviços de saúde de forma complementar.

²¹⁶ Vale ressaltar que, nos debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde, buscava-se um sistema único de saúde progressivamente estatal e a proposta final promulgada na Constituição incorporou um modelo aberto à iniciativa privada na área de saúde.

²¹⁷ RELATÓRIO FINAL. 8ª Conferência Nacional de Saúde, 1986, pp. 12. In: https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf.

²¹⁸ REY FILHO, Moacyr. Saúde pública complementar: normas, modelagem institucional e práticas. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, 2018, pp. 51.

Para Moacyr Rey Filho, são três as finalidades dessa posição do constituinte: a. proteção contra o monopólio estatal ou privado na prestação dessas ações e serviços; b. exclusividade do poder público na regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde, realizando ações de planejamento, coordenação e competência normativa (normas, critérios, programas e princípios gerais na área de saúde); c. abertura à iniciativa privada e à livre iniciativa²¹⁹. Com isso, parcerias público-privadas se tornam uma possibilidade de modernização da Administração Pública por meio da participação consensual e negociada da iniciativa privada.

Mânica²²⁰ explica que os modelos de parceria público-privada, a partir da década de 1990, objetivaram ampliar a capacidade e buscar maior eficiência do serviço, o que foi incorporado nos dispositivos constitucionais nacionais. Neste rumo, o autor menciona:

“a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe o artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização²²¹”

E, como exposto acima, a regulamentação, a fiscalização e o controle do sistema de saúde são de competência pública e exclusiva, que as exercerá conforme o art. 84, incisos II e IV da Constituição (competência normativa e competência administrativa de planejamento e controle). A coordenação e a gestão das políticas públicas nas áreas de saúde serão conduzidas exclusivamente pela Administração Pública direta, portanto.

²¹⁹ *Idem*, pp. 86.

²²⁰ MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 266, 2016.

²²¹ MÂNICA, Fernando Borges. Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, 2009, pp. 7.

Assim, reitera-se que o art. 199 expõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada e o art. 197 do texto constitucional indica que as ações e serviços públicos de saúde podem ser executadas mediante parcerias da iniciativa privada. O parágrafo 1º do art. 197 explica a complementariedade da seguinte forma:

§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 lucrativos²²².

Vê-se participação privada na área de saúde é complementar, ou seja, é entendida com base na ideia de subsidiariedade. Em seguida, o artigo 24 da lei 8.080/1990 menciona que somente pode se recorrer à iniciativa privada quando as disponibilidades estatais forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população.

Nestes termos, a Portaria n. 1034 de 2010 expressamente indica que, “quando as disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o gestor estadual ou municipal poderá complementar a oferta com serviços privados de assistência à saúde, desde que: comprovada a necessidade de complementação e haja impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde”, o que é reiterado pelo art. 24 da lei 8.080/90.

A mesma portaria, em seu art. 3º e art. 2º, §1º, menciona que “complementação dos serviços deverá observar aos princípios e as diretrizes do SUS (a regionalização e descentralização, os parâmetros de cobertura assistencial, a equidade, a universalidade e igualdade de acesso, a inexistência de tratamento diferenciado, a integralidade e a gratuidade do atendimento) e que a “participação complementar [...] será formalizada mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, observadas as normas de direito público”.

O art. 7º da lei 8.080/90 ratifica que os contratos ou convênios firmados devem se submeter às mesmas regras e princípios do SUS (descentralização, atendimento integral, participação da comunidade, acesso universal, igualdade de assistência, direito à

²²² BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31/10/2021.

informação). E, por fim, o art. 3º da Portaria 2.567/16 também estabelece que a iniciativa privada complementar só é possível se a prestação e os recursos aplicados forem insuficientes (quantitativa ou qualitativamente) e se comprovada a impossibilidade de ampliação para garantir a cobertura assistencial à população de um determinado território.

E, em complementariedade, o artigo 38 da lei 8.080 explica que não são permitidas concessões a prestadoras de serviços de saúde que assumam finalidade lucrativa e o art. 26 da mesma lei indica que a celebração de contratos ou convênios com instituições privadas devem ser precedidas de aprovação do Conselho Nacional de Saúde em relação aos critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial, com demonstração econômico-financeira da efetiva qualidade de execução dos serviços contratados e da submissão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do SUS. Por fim, aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no âmbito do SUS²²³.

Vê-se que a Constituição brasileira reconhece a possibilidade de descentralização de serviços por delegação para que entidades privadas prestem serviços públicos na área de saúde, mantendo-se a gestão integral (ações de vigilância, regulação e formulação de políticas públicas) sob a competência do poder público, assim como buscou atender a iniciativa privada a partir da possibilidade de realização de um sistema complementar de saúde mediante contrato de direito público ou convênio como vínculos de parcerias no setor da saúde.

A complementariedade, no modelo brasileiro, é efetivada na possibilidade de prestação de serviços de forma indireta, desde que respeitadas as diretrizes do SUS, como visto. Em síntese, Mânica argumenta que “a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem

²²³ Em síntese, as atividades complementares abertas à iniciativa privada estão sujeitas às regras do SUS e devem dar preferência a entidades de fins não lucrativos ou entidades filantrópicas, sendo que tais atividades devem ser formalizadas por convênio ou contrato público e serão remuneradas observando os critérios fixados pelo Ministério da Saúde, a partir da Direção Nacional do SUS, e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde.

ser integralmente executadas por terceiro”²²⁴. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe ao art. 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços.

Vale ressaltar que a iniciativa privada no sistema de saúde complementar brasileiro foi disciplinada pelas leis n. 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com objetivo de regulamentar as operadoras privadas na área de saúde e responsável pela regulação financeira, econômica e assistencial dos seguros-saúde e planos de saúde comerciais no Brasil.

E, além da abertura à cobertura privada de planos de saúde, houve uma positividade da proteção suplementar mediante contrato de direito público ou convênio com a iniciativa privada, que será o foco de estudo da presente dissertação. Segundo Correia e Santos²²⁵, “têm-se dado de várias formas, em especial através dos denominados ‘novos modelos de gestão’: Organizações Sociais (OS), Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e Fundações Estatais de Direito Privado (FEDP) e, mais recentemente, através da Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares (EBSERH)”.

Neste sentido, convênios são firmados entre o ente público e uma instituição privada sem fins lucrativos quando houver interesse comum em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde. Por outro lado, os contratos administrativos são firmados entre o ente público e uma instituição privada, com ou sem fins lucrativos, em prol da venda de serviços de saúde. Cabe ressaltar que, no contrato de direito público, o acordo é resultante de duas ou mais declarações de vontades, com pagamento de valor certo e determinado e que tal contrato se submete às regras de direito público.

Além dos contratos administrativos, recentemente foi promulgada a lei n. 11.079/2004, que regulamenta as Parcerias Público-Privadas, que disciplinam acordos entre o Estado e o particular para execução de serviços de interesse público, tal como

²²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS, pp. 7. In: http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/a_complementariedade_da_participa%C3%A7%C3%A3o_privada_no_sus.pdf. Acesso em: 29/10/2021.

²²⁵ CORRÊIA, Maria Valéria Costa e SANTOS, Viviane M. dos. Privatização da saúde via novos modelos de gestão: as Organizações Sociais em questão. A mercantilização da saúde em debate: as Organizações Sociais no Rio de Janeiro. In: BRAVO, M. I. S. ANDREAZZI, M. F. S. MENEZES, J. S. B. M. LIMA, J. B. SOUZA, R. O. (org.). 1. ed. Rio Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2015, pp. 36.

convênios, contratos de gestão, termos de parceria e concessões de serviço público. Vale dizer que foi referendada a constitucionalidade do modelo de gestão suplementar por Organizações Sociais na ADI 1923, momento em que se ratificou a colaboração de particulares nas áreas de interesse público.

As Parcerias Público-Privadas baseiam-se em relações contratuais colaborativas e de longo prazo, com base nas quais o poder público se apoia nos recursos e competências de parceiros privados para a provisão direta de bens ou serviços públicos. Loriani Guaresi e Paulo Rogério Melo de Oliveira²²⁶ explicam que as parcerias público-privadas se baseiam em relações contratuais colaborativas em que os parceiros privados atuam na provisão direta de bens ou serviços públicos. Gasparini diz que a parceria público-privada seria:

“todo ajuste que a Administração Pública, em qualquer de seus níveis, celebra com um particular para viabilizar concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios públicos [...] remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviço em que a Administração Pública é usuária direta ou indireta. [...] Com as PPPs, a Administração Pública deseja aproveitar a agilidade da atuação privada na execução do objeto da parceria uma vez contratada, pois livre de certas peias burocráticas”²²⁷.

Cabe dizer que, no âmbito da saúde, o princípio da amplitude de acesso e universalidade impõem que os custos sejam arcados integralmente pelo Poder Público (o que se chama de parceria público-privada administrativa), ou seja, as ações e serviços de saúde continuam a ser prestados de forma gratuita aos usuários, sem cobrança de taxas, e o Estado deve arcar integralmente com o valor da concessão. Para Mânica²²⁸, o contrato

²²⁶ GUARESI, Loriani e OLIVEIRA, Paulo Rogério Melo de. Parceria público-privada (PPP) nos sistemas de saúde brasileiro e inglês: um estudo comparativo. *Revista Saúde & Transformação Social*, Florianópolis, v. 10, n. 1/2/3, 2019, pp. 130.

²²⁷ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 463-465.

²²⁸ MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 266, 2016, pp. 10.

de prestação de serviços por concessão administrativa pode ser perfeitamente utilizado nos casos em que os usuários forem beneficiados pela gratuidade do serviço, tal como ocorre nos serviços de saúde prestados pelo SUS.

Portanto, com a parceria público-privada administrativa é firmado um contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública contrata a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens para ser usuária direta ou indireta, conforme o art. 2º, § 2º da lei n. 11.079, o que passou a ser aplicado nos serviços de saúde por meio de concessões administrativas à iniciativa privada.

Com esse reconhecimento, compete à iniciativa privada construir, reformar, conservar e equipar estruturas públicas e serviços de apoio e manutenção da saúde, assim como gerir os serviços prestados diretamente por profissionais da área médica, sendo remunerada, controlada e fiscalizada pelo Poder Público (ou seja, pode atuar em serviços de apoio, por exemplo, portaria, segurança, nutrição, lavanderia e almoxarifado e/ou na prestação dos serviços clínicos de assistência à saúde). Em exemplo, Mânica²²⁹ menciona que os contratos de concessão na área de saúde foram celebrados com escopos variados, tais como com provisão de serviços não-médicos, serviços de atenção primária, serviços de apoio diagnóstico, gestão hospitalar e até operação de equipamentos de alta tecnologia e serviços médicos especializados²³⁰.

Em síntese, a parceria público-privada aplicada na área de saúde, no Brasil, é regulamentada pela lei n. 11.079/04, na modalidade concessão administrativa e abrange serviços de bata cinza e branca.

Em seguida, além do contrato administrativo, previsto no art. 116 da lei n. 8.666/1993, novas modalidades de parceria com o setor privado foram introduzidas, tal como os contratos de gestão (presentes na lei n. 9637/98), termos de parceria (presentes na lei 9.790/99) e termos de colaboração, termos de fomento e acordos de cooperação (presentes na lei n. 13.019/14). Tais modalidades passaram a ser reconhecidas pela referência que a Constituição da República faz, no § 1º do art. 199, a “convênios público-

²²⁹ *Idem*.

²³⁰ Cabe dizer que a primeira experiência de PPP que incluiu serviços ‘bata branca’ ocorreu no Hospital de Alzira, na Espanha e que tal experiência foi recepcionada na primeira experiência brasileira, que ocorreu no Hospital do Subúrbio, na Bahia. In: *Ibidem*, pp. 13.

privados em sentido amplo”, que remontam a toda e qualquer modalidade de parceria com entidades do terceiro setor em prol da consecução de objetivos de interesse público e comum, tal como a prestação suplementar na área de saúde.

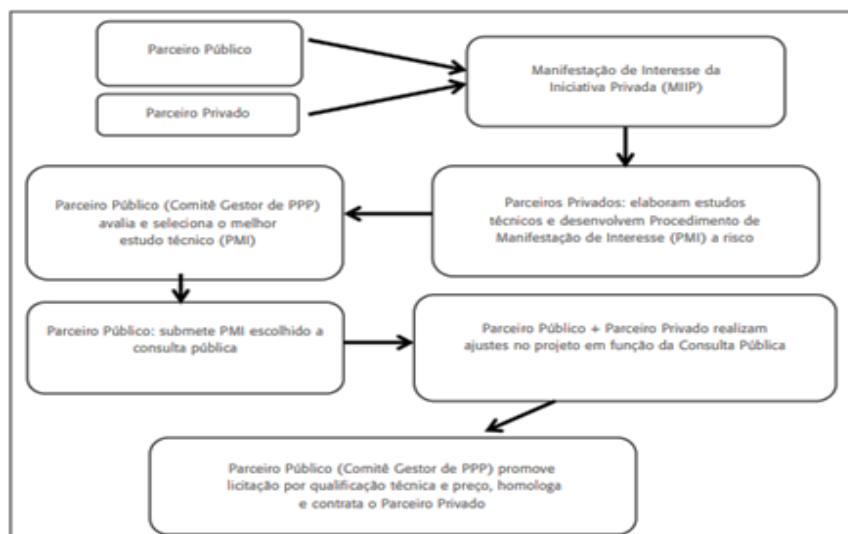
Porém, a concepção de parceria público-privada, no Brasil, envolve uma relação contratual diferente daquela utilizado nos modelos de contratos administrativos acima mencionados.

Então, foi com a promulgação da Lei n. 9.637/98 e da Lei n. 9.790/99 que foram criadas a Organização Social (OS) e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscip), respectivamente, que corresponderam a estratégia de aplicar um modelo gerencial e cooperativo em serviços de interesse público, a partir da realização acordos formais e com cumprimento de requisitos e metas.

Assim, a Portaria n. 2.567/16 do Ministério da Saúde trouxe algumas formalidades para a celebração de contrato ou convênio com a Administração Pública, especialmente quanto aos atos administrativos de credenciamento e descredenciamento, chamamento público, inscrição, cadastro, habilitação e inabilitação, visitas técnicas para qualificação, fiscalização e cumprimento de metas qualitativas e quantitativas.

Para Barbosa e Malik²³¹, tais leis impõem o cumprimento dos seguintes requisitos: estudos técnicos e de viabilidade econômico-financeira, de estimativa da demanda utilização indicadores de níveis de desempenho e análise de necessidades comparação com alternativas de contratação e até a elaboração de modelos de negócios e análises de riscos, tudo para demonstrar a conveniência e oportunidade da utilização do modelo de parceria público-privada, conforme o processo de implementação abaixo indicado.

²³¹ BARBOSA, Antonio Pires e MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro, n. 49, 2015, pp. 1150.



Em relação ao contrato de gestão, o Poder Público confere recursos financeiros, físicos e/ou humanos (podem ser transferido direito de uso sobre bens público e servidores podem ser cedidos, sem encargo, ou seja, podem utilizar da estrutura estatal) a uma entidade privada qualificada como Organização Social²³², que assumirá a execução, a gestão e a estrutura pública da prestação de serviços sociais ou de interesse público por intermédio do cumprimento de metas, prazos de execução e indicadores de qualidade e produtividade, nos termos do art. 7º da Lei n. 9.637/98 e com controle finalístico pela Administração Pública.

Em seguida, também há uma avaliação econômica, com estudo técnico fornecido Comitê Gestor de Parceria Público Privada (composto por representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República).

Com base nos termos de parceria, o Poder Público é autorizado a repassar recursos a uma entidade privada sem fins lucrativos qualificada como OSCIP, que também assumirá a prestação de serviços de interesse público. Neste caso, não há possibilidade de usar a infraestrutura estatal. Vale dizer que as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público são pessoas jurídicas de direito privado, constituídas e em regular

²³² É um título concedido pelo Poder Público a uma associação ou fundação privada cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, instituída por particulares e regida exclusivamente pela legislação civil, para realização de parceria e incentivo de atividades e serviços públicos

funcionamento a, pelo menos, três anos, devem possuir algum dos objetivos sociais previstos no art. 3º da Lei n. 9.790/99²³³ e sem atividades lucrativas.

Em diversos estudos acadêmicos são demonstrados exemplos de parcerias público-privadas por concessões administrativas aplicadas em municípios brasileiros.

Segundo Barbosa e Malik²³⁴, “entre 2005 e 2010 foram iniciados 36 procedimentos com vistas à implantação de PPP nos níveis federal e estaduais em áreas como estradas, irrigação, centrais de atendimento público, estádios esportivos, saneamento básico e centros logísticos”. Neste mesmo estudo, apontam que, do ano de 2010 a 2014, foram identificados vinte e quatro processos e procedimentos que visavam a concessão à iniciativa privada de gestão ou construção de hospitais.

Segundo os autores, tais processos originaram principalmente por conta da frutífera experiência no Estado da Bahia, responsável por inaugurar a utilização do sistema de PPP na área da saúde, iniciando com o Hospital do Subúrbio em Salvador, Bahia, em que empresas privadas são responsáveis tanto pela parte administrativa (gestão) quanto pelo atendimento médico no referido Hospital.

Assim, na área de saúde, o Hospital do Subúrbio, unidade hospitalar voltada com atendimento de urgência e emergência instalada em Salvador/BA, foi pioneiro em relação a parcerias público-privadas na área da saúde, operado desde 2010 pelas empresas Dalkia Brasil S.A e Promédica Patrimonial S.A, com competências assistenciais (médica, de enfermagem, fisioterapia e nutrição) e de infraestrutura (higienização, segurança, alimentação, lavanderia, paisagismo, manutenção predial, engenharia clínica), ou seja, oferece serviços clínicos e não-clínicos não precedidos de obra pública²³⁵.

²³³ Quais sejam: assistência social, cultural, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico, promoção gratuita da educação e saúde, segurança alimentar e nutricional, defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável.

²³⁴ BARBOSA, Antonio Pires e MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro, n. 49, 2015, pp. 1145.

²³⁵ SILVA, Leire Taíze Ribeiro e SILVA, Marcelo Alves. Parceria público-privada como instrumento de concretização do direito à saúde. Revista Digital de Direito Administrativo, v. 6, n. 1, 2019, pp. 170.

O cenário anteriormente à implementação da PPP no hospital baiano era caótico, conforme informações da própria SESAB – Secretaria Estadual de Saúde da Bahia, que afirma que não havia leitos suficientes para atender capacidade mínima de demanda da rede na região. Anteriormente ao ano de 2011, ainda segundo a Secretaria Estadual, cerca de 60% dos leitos estavam concentrados na capital Salvador, com taxa de ocupação média em torno de 100%²³⁶.

Conforme aponta Mariana Carrera em estudo justamente sobre o caso do Hospital do Subúrbio em Salvador, a tomada de decisão para implementação da PPP neste local ocorreu em 2009, principalmente após viagem realizada pelo Governador do Estado e de seu Secretário de Saúde para Madri, Espanha, oportunidade em que realizaram reunião com o Ministério da Saúde daquele país, sendo demonstrado como funcionavam os hospitais em PPP²³⁷.

Após o retorno ao Brasil e com o leilão sendo realizado no ano de 2010, duas empresas concorreram: Consórcio Prodal Saúde S.A e o Consórcio Salvador Saúde, que foi desclassificado por apresentar proposta que seria superior à realidade imaginada pelo Governo do Estado àquela época. Com a escolha do Consórcio Prodal, naquele mesmo ano foram iniciadas as obras²³⁸. O hospital foi inaugurado quase dois anos após o início das obras, contando com “268 leitos, sendo 208 leitos de enfermarias (64 de internação pediátrica e 144 de internação para adultos) e 60 de terapia intensiva, (10 leitos de UTI pediátrica, 30 de UTI adulto e 20 de terapia semi-intensiva)”, além de contar com estrutura para exames de média e alta complexidade²³⁹.

Segundo o estudo de caso de Carrera, a satisfação da população com o hospital é quase unânime, pois, ainda em 2014, “81% dos usuários do Hospital do Subúrbio são do próprio subúrbio, 12% de outros bairros e aproximadamente 7% de outros municípios. Os índices de satisfação dos usuários vão de 92 a 96%, sendo que o nível mais baixo,

²³⁶ BAHIA. Governo do Estado. Secretaria de Saúde. Notícias: Hospital Metropolitano será a maior unidade PPP na área de saúde do Brasil. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/2021/02/24/hospital-metropolitano-sera-a-maior-unidade-ppp-do-brasil/>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

²³⁷ CARRERA, Mariana B. M. Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

²³⁸ *Ibidem*, pp. 71.

²³⁹ *Ibidem*, pp. 73.

92%, é da emergência”²⁴⁰. O referido hospital serve de referência em satisfação e como modelo de implementação de PPP na área da saúde no País, fato este comprovado pelos inúmeros projetos iniciados após a constatação do sucesso inicial do Hospital do Subúrbio, o que passaremos a analisar.

Segundo Carvalho²⁴¹ e Carrera²⁴², trata-se de um projeto inovador na prestação qualitativa e eficiente de serviços de saúde, inclusive com reconhecimento de estar entre os dez melhores projetos de PPP em comunidades carentes na América Latina e Caribe, conferido pelo Banco Mundial e o Infrastructure Journal, e por ser um dos melhores projetos de PPP na América Latina conforme mencionado pela revista World Finance.

A partir da experiência com este hospital, Malik e Barbosa²⁴³ exemplificam outros projetos de concessão administrativa no país, tais como Hospital Metropolitano da Região do Barreiro em Belo Horizonte, e que totalizaram “um número de 36 novos projetos de hospitais, 328 Unidades Básicas de Saúde, quatro centrais de diagnósticos por imagens, quatro centros de apoio logístico, além de uma indústria farmacêutica”. Em geral, são os seguintes processos de PPP propostos ou em estudo durante 2010-2014, organizados por Barbosa e Malik.

²⁴⁰ *Idem*, pp. 74.

²⁴¹ CARVALHO, Osório Dias. Parcerias Público-privadas como instrumento de implementação de políticas públicas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (Face), Universidade de Brasília, Brasília, 2014, pp. 85.

²⁴² CARRERA, Mariana B. M. Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014, pp. 115.

²⁴³ BARBOSA, Antonio Pires e MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro, n. 49, 2015.

Quadro 1
Processos de PPP propostos ou em estudo para hospitais, unidades básicas, centros de apoio diagnóstico e de logística no período 2010-14

Municípios	Projetos	Investimentos R\$ milhões	Chamada Pública e PMI	Situação em abr. 2014
BAHIA	Hosp. Subúrbio	80	2009	Início de operação 2010
	Inst. Couto Maia	95	2011	Licitado 2013. Em implantação
	Central de Diagnóstico por Imagem	134	2012	Licitado 2013
RIO DE JANEIRO	9 Novos Hospitais do Estado	900	2011	Processo interrompido na consulta pública
	Central de Diagnóstico RIO Imagem	–	2011	Processo suspenso para revisão
	RJ-Plataforma digital em saúde	–	2013	Aguarda consulta pública
	Centro de Pesquisas e Inovação	–	2012	Aguarda consulta pública
SÃO PAULO	Hospitais Regionais de Sorocaba, São José dos Campos, Inst. da Mulher e Certo – Centro de Referência Oftalmo/ORL	894	2012	Licitação excluiu Certo após consulta pública. Demais licitados e contratados abr. 2014
	Ind. Farmacêutica para Medicamentos de Atenção Básica	130	2011	Licitado 2013. Em implantação
	Centrais de distribuição logísticas das Regiões de Saúde	150	2013	Aguarda consulta pública
MATO GROSSO	Hospital Matern. Infantil	183	2012	Processo interrompido por não constituição FGP
ESPIRITO SANTO	Hospital Infantil Vitória	182	2012	Aguarda licitação
CEARÁ	Hospital Metropolitano	253	2013	Licitado abr. 2014
RONDÔNIA	Hospital de Urgência	100	2013	Aguarda licitação
GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL	Hospital de Trauma do DF e Hospital Novo Gama	734	2013	Processo suspenso pelo TC/GDF
	Central de Diagnósticos por Imagens	51	2012	Processo suspenso pelo TC/GDF
	Centro de Apoio Operacional à Rede Hospitalar do GDF	–	2012	Processo suspenso pelo TC/GDF
	Centro Médico da Polícia Militar	–	2014	Realizado chamamento por MIP

Municípios	Projetos	Investimentos R\$ milhões	Chamada Pública e PMI	Situação em abr. 2014
BELO HORIZONTE	Hospital do Barreiro	180	2011	Licitado 2012. Em construção
	Sistema de Apoio Operacional – Rede Básica de Saúde	200	2010	Licitado 2012. Em construção
MANAUS	Rede Básica de Saúde	59	2012	Licitado 2012. Contrato suspenso por incompatibilidade do projeto executivo
	Centro de Apoio Operacional	–	2014	Realizado chamamento por MIP
SOROCABA	Hospital Municipal	140	2014	Suspenso por coincidência de escopo com projeto estadual. Retornado chamamento com novo escopo
SÃO PAULO	Reforma 9 hospitais e construção 3 novos	1300	2011	Processo suspenso por medida judicial. Em fase de redimensionamento e ajustes

Fonte: PPPBrasil (2014). Elaborada pelos autores.

No transcorrer da recente pandemia de COVID-19, por exemplo, novos hospitais foram inaugurados em Belo Horizonte e Manaus e possuem a gestão e funcionamento

sendo realizados por meio de PPP²⁴⁴. O Estado da Bahia, pioneiro no uso de PPP para funcionamento de hospitais, como visto, também passou a contar com novos hospitais funcionando com PPP, sendo entregues no ano de 2021²⁴⁵.

Em Portugal, a saúde também virou o setor governamental que mais utilizava recursos públicos em face de todos os outros setores. Apontam Nunes e Matos que

“No ano 2002 (ano em que surgiu na legislação a figura jurídica de Parceria Público-Privada na gestão de unidades de saúde), a despesa com hospitais era a 50% do total de despesas do Serviço Nacional de Saúde (Barros, 2013). Ao mesmo tempo, crescia a procura por hospitais privados e também a despesa dos hospitais públicos com o sector convencionado (protocolos acordados para prestação de serviços com parceiros privados)²⁴⁶.”

Assim, novas soluções para o gasto com o setor da saúde, atrelado ao propósito da busca pela constante eficiência, possuindo como base a experiência do Reino Unido com a implementação satisfatória das PPPs na saúde, passaram a ser buscadas. Então, com o objetivo de melhorar o acesso e a qualidade dos serviços médicos nos hospitais públicos, assim como de implementar novas tecnologias, este país implementou o regime de PPP em quatro hospitais da rede pública: Hospital de Cascais, Hospital de Braga, Hospital de Loures e Hospital de Vila Franca de Xira²⁴⁷.

Em estudo qualitativo, Nunes e Matos analisaram dados de eficiência dos Hospitais do Serviço Nacional de Saúde (SNS) de Portugal entre os anos de 2013 a 2015, chegando à conclusão que todos os hospitais obtiveram resultados com índice de eficiência acima da média, com exceção do Hospital de Vila Franca de Xira. Segundo os

²⁴⁴ MARTINS, André. Gestora assume hospitais em meio à pandemia. Revista Eletrônica Exame. Disponível em: <https://exame.com/pme/gestora-hospitalar-investe-r-700-milhoes-para-ampliar-atuacao-na-pandemia/>. Acesso em: 19 de setembro de 2021.

²⁴⁵ BAHIA. Governo do Estado. Secretaria de Saúde. Notícias: Hospital Metropolitano será a maior unidade PPP na área de saúde do Brasil. Disponível em: <http://www.saude.ba.gov.br/2021/02/24/hospital-metropolitano-sera-a-maior-unidade-ppp-do-brasil/>. Acesso em: 19 de setembro de 2021

²⁴⁶ NUNES, Alexandre Morais e MATOS, Andreia Afonso de. Análise do desempenho dos hospitais em parceria público privada no Serviço Nacional de Saúde português. J Bras Econ Saúde, 2017, pp. 305.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 305.

pesquisadores, o restante dos hospitais públicos do Serviço Nacional de Saúde de Portugal apresenta índice médio de eficiência menor do que daqueles que funcionam por meio de regime de PPP, oscilando no mesmo período entre a média de 0,80 e 0,91²⁴⁸, tal como se extrai da tabela abaixo.

Tabela 2. Resultados de eficiência obtidos

	2013	2014	2015	Média
Hospital de Braga, PPP	1,70	1,26	1,28	1,41
Hospital de Loures, PPP	1,26	1,54	1,59	1,46
Hospital de Cascais, PPP	1,20	1,11	1,11	1,14
Hospital de Vila Franca de Xira, PPP	0,72	0,56	0,56	0,61
Linha de eficiência	1,00	1,00	1,00	1,00
Média	1,17	1,05	1,06	1,09

Em seguida, um relatório elaborado pelo Tribunal de Contas de Portugal sobre os hospitais públicos funcionando em regime de parceria público-privada, nos anos de 2014 a 2019, concluiu-se que tais experiências foram exitosas e que os hospitais estão “plenamente integrados ao Serviço Nacional de Saúde, desempenhando, à semelhança dos hospitais de gestão pública, o papel de realização, por parte do Estado, do direito à saúde, previsto constitucionalmente”²⁴⁹. Por fim, identificou-se que tais experiências geraram poupança aos recursos financeiros do Estado, nos seguintes termos:

“No momento da decisão sobre a contratação de cada uma das 4 PPP hospitalares, foram estimadas poupanças que justificaram o recurso ao este regime. A poupança total estimada, para as 4 PPP, ascendeu a € 671M, em resultado de uma poupança de € 716M prevista para a vertente da gestão dos estabelecimentos hospitalares e de uma deseconomia de € -45M prevista para a construção e gestão dos edifícios. Nesta vertente, apenas se estimavam poupanças no caso da PPP do Hospital de Braga. (...) Os Relatórios de avaliação da Unidade Técnica de

²⁴⁸ *Idem*, pp. 308.

²⁴⁹ PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório Síntese: Parcerias Público-Privadas hospitalares no SNS. Relatório n. 5/2021 – OAC, 2ª Secção, 2021, pp. 10.

Acompanhamento de Projetos (UTAP), que pretenderam suportar a decisão política sobre a continuidade do recurso ao regime de PPP, no final do período de vigência dos contratos de gestão dos estabelecimentos hospitalares, concluíram pela existência de Value For Money (VfM) em face de uma alternativa de gestão”²⁵⁰.

Voltando-se ao Brasil, segundo a pesquisa de Mariana Carrera²⁵¹, a maioria das parcerias na área de saúde envolve a construção ou reforma e operação dos serviços não assistenciais, excluindo serviços médicos especializados. Mânica²⁵² justifica que tal opção ocorre “por um motivo bastante conhecido no Brasil: a histórica deficiência da infraestrutura nacional, que atinge de modo contundente o setor de saúde”.

Em razão disso, Barbosa e Malik²⁵³ questionam-se por quais razões o processo de contratação de PPP em saúde tem apresentado dificuldades em sua implantação e contratação e, de forma metodológica, expuseram um estudo qualitativo sobre o funcionamento das parcerias público-privadas no setor de saúde. Neste sentido, os autores apontam como “situação de sucesso” (por atenderem todos os requisitos legais) os seguintes modelos: Hospital do Subúrbio, Instituto Couto Maya e Central de Imagens Digitais, na Bahia; planta de produção farmacêutica, em São Paulo; Hospital do Barreiro e rede de apoio operacional à rede básica, em Belo Horizonte; e a Implantação da rede básica, em Manaus.

Porém, os mesmos autores acrescentam as seguintes informações: “não ficou evidenciada a existência de mecanismos de verificação independente”, “os indicadores

²⁵⁰ *Idem*, pp. 6.

²⁵¹ CARRERA, Mariana B. M. Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

²⁵² MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. Revista Eletrônica de Direito do Estado. n. 266, 2016, pp. 26.

²⁵³ BARBOSA, Antonio Pires e MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro, n. 49, 2015, pp. 1161-1162.

de desempenho a serem monitorados pelo parceiro público não estavam presentes em todos os contratos e anexos submetidos às consultas públicas”; “nos hospitais estudados predominou a contratação de atividades de apoio técnico-administrativo”²⁵⁴.

Ao final, concluíram que existem algumas inflexões. Em síntese, indicam que há uma insegurança no desenvolvimento do modelo de parceria público-privada, provavelmente pela sua novidade; há uma assimetria de informações na gestão, o que leva à limitação de confiança entre os parceiros públicos e privados; há um descompasso entre a capacidade de execução e a necessidade da população, o que claramente se exemplificou no Hospital do Subúrbio, que precisou de novos investimentos após os três primeiros meses de operação; há necessidade de posicionamento políticos e estratégicos de longo prazo. Por fim, ainda é um modelo em que se discute a incorporação ou não de servidores públicos estáveis nesta parceria; o envolvimento das instâncias de controle social na avaliação, auditoria, controle e aprovação das contraprestações; e a transparência do modelo em relação aos indicadores de desempenho²⁵⁵.

Em complementariedade, Manoela de Carvalho, Nelson Santos e Gastão Wagner Campos²⁵⁶ afirmam que vários estudos expõem que a coexistência de dois sistemas de saúde tem ocasionado prejuízos para a política de saúde no Brasil, principalmente, em relação ao cumprimento dos princípios da universalidade, equidade e integralidade da assistência do SUS, concluindo por um favorecimento prioritário ao setor privado em detrimento do setor público.

Vale ressaltar o alerta mencionado por Carrera²⁵⁷, ao dizer que tais parcerias são um grande desafio em conciliar a defesa do interesse público com os objetivos de lucro do setor privado. E, diante dessas regulamentações, Correia²⁵⁸ menciona que, “ao invés da progressiva estatização da saúde, houve um processo de progressiva privatização, com

²⁵⁴ *Idem*, pp. 1161-1162.

²⁵⁵ *Ibidem*, pp. 1162.

²⁵⁶ CARVALHO, Manoela de; SANTOS, Nelson e CAMPOS, Gastão Wagner. “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde”: ou será o contrário? In: Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 36, n. 92, 2012, pp. 12.

²⁵⁷ CARRERA, Mariana B. M. Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

²⁵⁸ CORREIA, Maria Valéria Costa. Entre a Reforma Sanitária e o SUS: os interesses do capital na saúde. In: CORREIA, Maria Valéria Costa; SANTOS, Viviane M. dos. Reforma Sanitária e contrarreforma da saúde: interesses do capital em curso. Maceió: EDUFAL, 2015, pp. 71.

incentivo estatal para o crescimento do livre mercado, para a compra de serviços privados de saúde pelo setor público” e, em seguida, explica que “o único motivo que autoriza o gestor público do SUS a complementar as ações e serviços públicos de saúde, qual seja, a insuficiência comprovada de disponibilidade [e que] na realidade, o gestor público não terá muita dificuldade em comprovar o aumento da demanda por serviços de saúde e a insuficiência das disponibilidades de serviços públicos em razão do subfinanciamento do SUS”. Desta forma, haveria uma complementariedade invertida.

Para Cardoso²⁵⁹, o modelo brasileiro transferiu a gestão de hospitais universitários para a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares-EBSERH²⁶⁰, o que indica “complexos nexos entre a EBSEH e os interesses do grande capital” e resulta na seletividade do serviço, na destruição da universidade pública e faz parte do processo de continuidade dos projetos de contrarreforma do Estado.

Em verdade, os hospitais universitários passam a ser gerenciados por uma empresa com amplos poderes para firmar contratos, convênios, contratar pessoal técnico, definir processos administrativos internos e definir metas de gestão²⁶¹, desvinculando os Hospitais Universitários das Universidades Federais, o que Alessandra Ximenes Silva²⁶² expõe como uma “inversão dos princípios do SUS, uma vez que têm fomentado a precarização do trabalho e dos serviços de saúde; a focalização da assistência e a alocação do fundo público da saúde no setor privado. Esses aspectos têm facultado a não concretização do SUS e seu desmonte”.

²⁵⁹ CARDOSO, Renata de Oliveira. O Processo de Contrarreforma do Estado Brasileiro e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares: a privatização mascarada dos Hospitais Universitários. A Saúde nos Governos do Partido dos Trabalhadores e as Lutas Sociais Contra a Privatização. In: BRAVO, Maria Inês Souza Bravo; MENEZES, Juliana Souza Bravo de. (Orgs). 1. ed. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2014, pp. 43.

²⁶⁰ Em estudo de caso de quatro Hospitais Universitários no Rio Grande do Norte que são administrados pela Empresa Brasileira de Serviço Hospitalares, Thecyus Melo e Mariana Rodrigues de Almeida (2014, pp. 59) analisaram a eficiência da parceria público-privada a partir de três variáveis: estruturas, metas e controles públicos e concluíram que “é necessário mais tempo para avaliar de forma mais concisa esse novo meio de gestão adotado nos HUs, com o tempo podemos fazer um comparativo entre a gestão antiga por parte das Universidades Federais, com a nova gestão por meio da EBSEH”.

²⁶¹ CORREIA, Maria Valéria Costa. Entre a Reforma Sanitária e o SUS: os interesses do capital na saúde. In: CORREIA, Maria Valéria Costa; SANTOS, Viviane M. dos. Reforma Sanitária e contrarreforma da saúde: interesses do capital em curso. Maceió: EDUFAL, 2015.

²⁶² SILVA, Alessandra Ximenes da. Lutas sociais e contradições dos sujeitos políticos coletivos no processo da reforma sanitária brasileira. Tese (Doutorado) - Curso de Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2013, pp. 16.

Por fim, Andreazzi e Ocké-Reis²⁶³ problematizam uma perspectiva neoliberal aplicada à área da saúde, mencionando que se tornou uma área rentável e incorporada ao movimento acumulativo do capital, o que resultou em uma “inocultável inversão dos papéis: os serviços oferecidos pelas instituições privadas deixam de ser complementares ao SUS e se tornam, às vezes, quantitativamente superiores”.

Ainda segundo os autores, a Constituição propunha a implantação de um modelo de proteção social e o financiamento das políticas sociais via impostos e contribuições sociais ao mesmo tempo em que seguiu um modelo liberal de renúncia fiscal em saúde, permitindo a justaposição de dois modelos distintos de políticas, isto fortalecido pela adoção de ideias neoliberais na década de 1990.

Em exemplo, segundo dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde, 70% dos 6.657 hospitais do Brasil são privados²⁶⁴ e, segundo dados de Assistência Médico-Sanitária publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), houve um crescimento de 81,03% dos estabelecimentos privados no setor de saúde, enquanto que o setor público, representado pelos estabelecimentos financiados pelo SUS, cresceu 57,89% e que, considerando a proporcionalidade entre estabelecimentos do setor privado e do setor público, confirma-se que a diferença é quatro vezes maior a favor do setor privado²⁶⁵.

Portanto, temos as hipóteses de serem um modelo de “prestação qualitativa e eficiente”, ser um modelo “inovador e complexo com inflexões” e ser um modelo “neoliberal e incompatível com os princípios e diretrizes do SUS”, porém, por outro lado, tais modelos podem refletir o “dirigismo invertido” exposto por Bercovici e Massoneto, que reflete a deferência elitista e neoliberal contraditória à universalização destes direitos, principalmente os de caráter social.

²⁶³ ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky e OCKÉ-REIS, Carlos Otávio. O. Renúncia de arrecadação fiscal: subsídios para discussão e formulação de uma política pública. In: *Physis – Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, pp. 539, 2007.

²⁶⁴ MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. n. 266, 2016, pp. 26.

²⁶⁵ CARVALHO, Manoela de; SANTOS, Nelson e CAMPOS, Gastão Wagner. “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde”: ou será o contrário? In: *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 92, 2012, pp. 13

Para verificação destas hipóteses, passaremos a analisar a implantação de um modelo de parceria público-privada no Brasil nos últimos anos em comparação à proposta trazida pelo decreto n. 10.530/20, editado pelo Governo Federal brasileiro e que incitava a elaboração de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada como uma política de fomento ao setor da saúde, isto para construção, modernização e gerenciamento das Unidades Básicas de Saúde das Unidades Federativas do Brasil, conforme os seguintes termos:

Art. 1º Fica qualificada, no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - PPI, a política de fomento ao setor de atenção primária à saúde, para fins de elaboração de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada para a construção, a modernização e a operação de Unidades Básicas de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Os estudos de que trata o caput terão a finalidade inicial de estruturação de projetos pilotos, cuja seleção será estabelecida em ato da Secretaria Especial do Programa de Parcerias de Investimentos do Ministério da Economia²⁶⁶.

O Ministro da Economia, bem como o Presidente da República, divulgou notas à imprensa no sentido de afirmar que o decreto buscava tão somente trazer novas ideias e soluções para diversas obras de Unidades de Saúde que estariam paralisadas, e que já teriam consumido bilhões de recursos públicos para seu financiamento e execução²⁶⁷. Entretanto, a leitura do artigo preocupa pela abertura hermenêutica e pela obscuridade em

²⁶⁶ BRASIL. Decreto n. 10.530, de 26 de outubro de 2020. Dispõe sobre a qualificação da política de fomento ao setor de atenção primária à saúde no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, para fins de elaboração de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10530.htm. Acesso em: 19/10/2021.

²⁶⁷ <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/10/28/obscuro-apressado-e-inconstitucional-especialistas-analisam-decreto-sobre-privatizacao-dos-postos-de-saude-do-sus.ghtml>.

relação à inauguração de estudos com a finalidade de fomento da saúde no Brasil como uma estratégia neoliberal de abertura a um controle pela iniciativa privada, por meio do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República (PPI) – que não se assemelha com as PPP já aplicadas, como veremos.

Assim, o Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, chamado de PPI, é um mecanismo do Governo Federal, conduzido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), por meio do qual são realizadas concessões e outras formas de desestatização²⁶⁸. É um programa oriundo do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de 1995, que segundo Kélen Rosa, “definiu objetivos e estabeleceu diretrizes para a reforma da Administração Pública brasileira, visando a superação da crise do Estado iniciada na década de 80, definida, sinteticamente, como uma crise fiscal, um esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado e uma superação da forma de administrar o Estado por meio de uma administração pública burocrática”²⁶⁹.

No Brasil, este Programa de Parcerias de Investimentos foi instituído a partir da Lei n. 13.334 de 2016, dando continuidade ao Plano Diretor de Desestatização de 1995, que, no seu art. 1º, *caput*, e art. 2º, colocou, em linhas gerais, a finalidade e o objetivo do PPI:

Art. 1º Fica criado, no âmbito da Presidência da República, o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, destinado à ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização

Art. 2º São objetivos do PPI:

²⁶⁸ BRASIL. Banco Nacional de Desenvolvimento (BNDES), s/d. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/desestatizacao/ppi>. Acesso em: 28 de setembro de 2021.

²⁶⁹ ROSA, Kélen Viviana Ceci Pillar. Programa de parceria de investimento (PPI) e as parcerias público-privadas: Os desafios da nova governança. In: Coletânea de Pós-graduação: Políticas Públicas do Tribunal de Contas da União (TCU), v. 5, n. 1, 2020, pp. 15.



I - ampliar as oportunidades de investimento e emprego e estimular o desenvolvimento tecnológico e industrial, em harmonia com as metas de desenvolvimento social e econômico do País;

II - garantir a expansão com qualidade da infraestrutura pública, com tarifas adequadas;

III - promover ampla e justa competição na celebração das parcerias e na prestação dos serviços;

IV - assegurar a estabilidade e a segurança jurídica, com a garantia da mínima intervenção nos negócios e investimentos;

V - fortalecer o papel regulador do Estado e a autonomia das entidades estatais de regulação; e

VI - fortalecer políticas nacionais de integração dos diferentes modais de transporte de pessoas e bens, em conformidade com as políticas de desenvolvimento nacional, regional e urbano, de defesa nacional, de meio ambiente e de segurança das populações, formuladas pelas diversas esferas de governo”²⁷⁰.

Assim, nota-se que o Governo buscou, a partir do decreto n. 10.530 de 2020, colocar a saúde pública como objeto de desestatização, fugindo inclusive dos termos das parcerias público-privadas complementares aplicadas. Logo, a crítica especializada, ao saber da edição do referido decreto por parte do Governo Federal, contestou a edição e expôs que a principal finalidade deste decreto seria desestatizar e privatizar a saúde

²⁷⁰ BRASIL. Lei n. 13.334 de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 19/10/2021.

pública brasileira²⁷¹. Por exemplo, em entrevista, Daniel Dourado, da Universidade de São Paulo, pontuou que qualquer tentativa de privatização ou desestatização da saúde pública do Brasil seria inconstitucional, mesmo à tentativa do decreto:

“Quando eles estão falando de modelo de negócio e de privatização e concessão, uma coisa tem que ficar muito clara: ter a lógica da iniciativa privada dentro do SUS não pode, é inconstitucional (...), A saúde é um direito social. O SUS está aí dentro – o direito à saúde está vinculado diretamente ao SUS pela própria Constituição. Se você mexer no SUS para inserir uma lógica privada, isso tem grande chance de escorregar para algo inconstitucional (...) Se ele [o decreto] tira acesso de uma parte da população à saúde – sabe-se lá por que caminhos, porque não deixam claro – isso não pode ser feito. A Constituição não permite isso e não pode ser emendada por esse caminho. Qualquer desvio para esse rumo pode entrar numa cláusula pétreia. Constituição não pode ser emendada para tirar ou diminuir direitos e garantias”²⁷².

E, como visto previamente, os direitos e garantias presentes na Constituição de 1988 são oriundos de um processo histórico complexo e multifacetado, representando, em conjunto, como conquistas do Estado Democrático de Direito e que, por sua essência própria, demandariam participação direta da sociedade e de todos os outros setores em debate para discussão de medidas para a concretização da saúde, mas jamais para a sua diminuição ou mitigação, sob o manto do princípio de vedação ao retrocesso.

Para além de discussões sobre a forma com que se tentaria desestatizar o direito à saúde, importa ressaltar que se tratou, mais uma vez, de uma medida do governo em

²⁷¹ PINHEIRO, Lara. 'Obscuro', 'apressado' e 'inconstitucional': especialistas analisam decreto sobre privatização de postos de saúde do SUS. In: Ciência e Saúde, Jornal Eletrônico G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/10/28/obscuro-apressado-e-inconstitucional-especialistas-analisam-decreto-sobre-privatizacao-dos-postos-de-saude-do-sus.ghtml>. Acesso em: 20 de outubro de 2021.

²⁷² *Idem*.

concretizar a reforma neoliberal no Brasil, dando continuidade às outras medidas apontadas previamente nesta tese, entretanto, colocando como objeto um dos direitos mais sensíveis e necessários à população: a saúde.

Assim, “sob o argumento da crise fiscal do Estado, a tendência geral é a redução e restrição de direitos, cujas políticas sociais são transformadas em ações tímidas e pontuais voltadas apenas para a gestão da extrema pobreza”²⁷³. Como afirma Barreto, “desde pelo menos o século XIX, acentuam-se evidências de que as condições de saúde de uma população estão relacionadas com características do contexto social e ambiental em que esta vive. A pobreza, precárias condições de moradia, o ambiente urbano inadequado, condições de trabalho insalubres são fatores que afetam negativamente as condições de saúde de uma população”²⁷⁴.

Ao tecer tais críticas, a coordenadora do setor de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas em Saúde, Ana Maria Malik, colocou que uma das medidas que o decreto poderia reforçar seria a de encorajamento na utilização PPPs, além daquelas feitas pelo Programa de Apoio ao Desenvolvimento Institucional do Sistema Único de Saúde (PROADI) e as que são realizadas com as Organizações Sociais de Saúde (OSS):

“As feitas em PPPs, como é o caso do Hospital do Subúrbio, em Salvador. No caso baiano, especificamente, a empresa envolvida é responsável por equipar, mobiliar e operar a unidade hospitalar – a participação inclui os serviços médicos prestados. Os custos são pagos pelo estado da Bahia, e o atendimento às pessoas continua gratuito”²⁷⁵.

²⁷³ SANTOS, Greice; MANCINI, Marina; NEVES, Victória. Contrarreforma neoliberal e política social: uma análise sobre serviço social. In: Revista Serviço Social em Debate, v. 2, n. 1, 2019, pp. 10.

²⁷⁴ BARRETO, Mauricio L. Desigualdades em Saúde: uma perspectiva global. Ciência e Saúde Coletiva, n. 22, 2017, pp. 2100.

²⁷⁵ SANTOS, Greice; MANCINI, Marina; NEVES, Victória. Contrarreforma neoliberal e política social: uma análise sobre serviço social. In: Revista Serviço Social em Debate, v. 2, n. 1, 2019, pp. 10.

Portanto, percebe-se o decreto expõe um claro modelo neoliberal enquanto que a utilização do modelo de PPP alivia a tensão causada pela incompatibilidade jurídico-econômico-filosófica da desestatização através do PPI, uma vez que o Estado ainda continua no controle da execução de políticas públicas e direcionamento da saúde pública quando da utilização do modelo de PPP.

Nota-se que as parcerias público-privadas no setor da saúde, principalmente aquelas que estão em curso hoje no Brasil, representam parcerias exitosas conforme os dados apresentados acima, e demonstram conformidade aos princípios e objetivos do Sistema Público de Saúde, guiados pela Constituição Federal de 1988 e pelas legislações ordinárias: “o que se vislumbra, portanto, é que as Parcerias Público-Privada representam inovação e se mostram como viáveis frente aos atuais dilemas enfrentados pela saúde pública”²⁷⁶. Assim, a PPP encaixa perfeitamente no que predispõe o §1º do art. 194 da Constituição da República, que trata sobre a atuação complementar do setor privado na saúde, mas ainda deve se manter alerta às ameaças neoliberais, tais como os alertas acima mencionados sobre a transferência da gestão de hospitais universitários a empresa privada

CONCLUSÃO

O objetivo geral desta dissertação foi analisar e entender, a partir de uma perspectiva luso-brasileira, a complementariedade do setor privado e do setor público para a prestação de serviço de saúde pública, utilizando como modelo paradigma as parcerias público-privadas neste setor. Portanto, questiona-se em que medida essa complementariedade estaria adequada modelo universal de proteção à saúde inserido nas Constituições brasileiras e portuguesas, enquanto manifestadoras de dirigismos constitucionais.

Inicialmente, na busca por respostas e argumentos válidos para tal questionamento, foi analisado no primeiro capítulo como ocorreu a evolução do Estado Liberal até o Estado Neoliberal, acompanhado de outros movimentos que funcionaram como sustentáculo do processo evolutivo histórico do movimento neoliberal, como foi o

²⁷⁶ BARRETO, Mauricio L. Desigualdades em Saúde: uma perspectiva global. *Ciência e Saúde Coletiva*, n. 22, 2017, pp. 2100.

caso da revolução científica e da hipervalorização da racionalidade, sendo o mercado ressignificado como o âmbito racional no Estado Neoliberal. Ainda neste início, viu-se que a transição do Estado Liberal para o Estado Social (*Welfare State*), foi repleta de aspectos controvertidos, principalmente pela falta de identidade e conceituação uniforme, sendo analisada principalmente pela tese dos custos sociais de Marshall e da teoria das capacidades de Amartya Sen.

Finalmente, buscou-se analisar sobre o direito à saúde no Brasil, através das reformas sanitárias ocorridas no País e dos seus debates constituintes que inseriam um sistema universal e público na área de saúde, com a criação de um Sistema Único, o que também foi problematizado em relação à judicialização da saúde no Brasil e à eficácia da proteção, principalmente a saúde, frente o neoliberalismo e o “dirigismo invertido”.

Neste sentido, é válido ressaltar que, embora o constitucionalismo europeu, em geral, estivesse caminhando para discussões de concretização dos direitos sociais em sua sociedade, o Brasil e outros países latinos, caminhou em passos lentos, principalmente por conta da existência de regimes autoritários, que restringiam as nuances evolutivas de direitos e garantias, em meados de 1930, o que nos fez inserir a discussão ainda em relação ao reconhecimento de direitos de caráter social de forma universal.

Por conseguinte, foi analisado como o neoliberalismo funciona como um verdadeiro programa de governabilidade e conformação de subjetividades competitivas, e que se erige por interesses de expansão mercadológica e pela estimulação de exclusão social, competitividade e doecimento humano, o que foi analisado em relação a políticas de efetivação à saúde.

Em comparação com Portugal, o Brasil não possui disparidades significativas em relação ao sistema jurídico português na positivação do direito à saúde, o que facilita estudos de direito comparado, tal como o presente, para fins de melhora e aprofundamento do estudo e discussões, principalmente por esta pesquisa tratar de um objeto de pesquisa que vem sendo utilizado por ambos os países: as parcerias público-privadas como alternativa para a concretização do direito à saúde.

Em síntese, os resultados obtidos demonstram que as PPP no setor da saúde, tanto em Brasil como em Portugal, representaram resultados satisfatórios e uma melhora significativa nos serviços prestados, bem como desoneraram as folhas de utilização de recursos públicos, funcionando como medida concreta das políticas públicas que pedem as Constituições de ambos os países. A partir disso, foi possível coletar argumentos e dados para consubstanciar a afirmação de que a complementariedade exercida entre o setor privado e o setor público na prestação do serviço de saúde funciona como boa alternativa para a judicialização da saúde, sendo instrumento otimizado para a concretização de tal direito, e de princípios que regem a atuação da administração pública.

Entretanto, ainda em relação ao neoliberalismo e ao “dirigismo invertido” amplamente mencionado e alertado por este trabalho, importa chamar a atenção para que as PPP sejam aplicadas e utilizadas como verdadeiros instrumentos democráticos e de universalização de direitos, e não como artifício de concretização da política neoliberal, que, conforme amplamente demonstrado, é de inteira incompatibilidade com o sistema constitucional vigente no Brasil e em Portugal.

Neste rumo, identificou-se oportunas tentativas de privatização da saúde, tal como o vigente congelamento de gastos, no Brasil, e a edição do decreto n. 10.530/2020, revogado no dia seguinte à sua publicação, por conta da reação popular, de doutrinadores e professores em direito constitucional brasileiro e também de órgãos fiscalizadores, o que se relaciona com a ampla mobilização social ocorrida em Portugal como meio de participação cívica para garantia da saúde, especificada e pormenorizada com relatório do Tribunal de Contas sobre a situação e da experiência vivida pelo país com as PPP na saúde.

É possível concluir, a partir das experiências vivenciadas em Brasil e em Portugal, que as parcerias público-privada funcionam como medida efetiva de concretização do direito à saúde, bem como de efetivação de princípios constitucionais da efetividade, economicidade e universalidade, desde que não se entregue inteiramente ao setor privado a responsabilidade por diretivas e pela elaboração de políticas públicas. Por fim, como vimos, devem ser rechaçadas tentativas neoliberais claras e expressas, tal como a promovida pelo decreto n. 10.530/2020, assim como deve-se sempre estar vigilante e atento às tentativas sutis, ainda neoliberais, de desestatização e privatização



da saúde, tal como se indicou pela gestão de hospitais universitários por uma empresa privada.

REFERÊNCIAS

ABADIE, R. Infrastructure finance – Surviving the credit crunch. London, UK: PWC, 2008.

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS. Christian. Direitos sociais são exigíveis. Porto Alegre: Editora Dom Quixote, 2011.

ABRAMOVICH, Victor E. Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, n. 2, pp. 188-223, 2005. Disponível em: www.conectas.org/pt/acoes/sur/edicao/2. Acesso em: 20/10/2021.

ANDERSON, Perry; THERBORN, Göran; BORÓN, Atilio; *et al.* A trama do neoliberalismo: mercado, crise e exclusão social. In: EMIR, Sader; GENTILI, Pablo Gentil (Org.). Pós-neoliberalismo: As políticas Sociais e o Estado Democrático. 8. ed. São Paulo: Paz eTerra, 2008.

ANDREAZZI, Maria de Fátima Siliansky e OCKÉ-REIS, Carlos Otávio. O. Renúncia de arrecadação fiscal: subsídios para discussão e formulação de uma política pública. In: Physis – Revista de Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 17, n. 3, pp. 539, 2007.

ARAÚJO, Maria Paula; SILVA, Izabel Pimentel e SANTOS, Desirree dos Reis (org.) Ditadura militar e democracia no Brasil: história, imagem e testemunho. 1. ed. Rio de Janeiro: Ponteio, pp. 19-29, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal. In: Physis. Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 23, 2013.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia. 1. ed. São Paulo: Editora Todavia.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie Corrêa. Judicialização da política no Brasil: ver além do constitucionalismo liberal para ver melhor. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 15, pp. 69-94, 2014.





BARBOSA, Antonio Pires; MALIK, Ana Maria. Desafios na organização de parcerias público-privadas em saúde no Brasil. Análise de projetos estruturados entre janeiro de 2010 e março de 2014. Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro, n. 49, set./out. 2015.

BARRETO, Mauricio L. Desigualdades em Saúde: uma perspectiva global. Ciência e Saúde Coletiva, n. 22, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso: 08/07/2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, Tomo III, 2005.

BASTOS, Elísio; FARACHE, Jacob. O “diálogo institucional” em demandas de saúde: o dilema entre a efetividade e a eficiência deste direito social. In: Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 7, n. 1, pp. 1-22, jan./jul. 2021.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? Revista Direito e Práxis, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, v. 49, 2006.

BOITO JR, Armando. A hegemonia neoliberal no Governo Lula. revista Crítica Marxista, n. 17, Rio de Janeiro, Editora Revan, 2003.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BORLINI, Leandra. Há pedras no meio do caminho do SUS -os impactos do neoliberalismo na saúde do Brasil. In: Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 9, n. 2, pp. 321-333, ago./dez. 2010.



BOWLES, Samuels; GINTIS, Herbert. The crisis of Liberal Democratic Capitalism: The Case of the United States. In: *Politics & Society*, v. 11, pp. 51-93, 1982.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Instituto de Ensino e Pesquisa. *Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução*, 2019.

BRASIL. Íntegra do discurso presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Dr. Ulysses Guimarães. 1988. In: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/277285-integra-do-discurso-presidente-da-assembleia-nacional-constituente-dr-ulysses-guimaraes-10-23/>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

BRASIL. Decreto n. 10.530, de 26 de outubro de 2020. Dispõe sobre a qualificação da política de fomento ao setor de atenção primária à saúde no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República, para fins de elaboração de estudos de alternativas de parcerias com a iniciativa privada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10530.htm. Acesso em: 19/10/2021.

BRASIL. Emenda Constitucional n. 95/17. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm. Acesso em: 24 de maio de 2021.

BRASIL. Lei n. 13.334 de 13 de setembro de 2016. Cria o Programa de Parcerias de Investimentos - PPI; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113334.htm. Acesso em: 19/10/2021.

BRASIL. Decreto 678/1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26/06/2021.

BRASIL. Lei n. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 29/10/21.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 31/10/2021.

BRAVO, Maria Inês Souza. Política de saúde no Brasil. In: MOTA, Ana Elisabete et al. (org.). *Serviço Social e saúde – formação e trabalho profissional*. São Paulo: OPAS, OMS, MS, pp. 88-110, 2006.





BRAVO, Maria Inês Souza; MATOS, Maurílio Castro. Reforma sanitária e projeto ético político do Serviço social: elementos para o debate. In: BRAVO, Maria Inês Souza. et al. Saúde e Serviço Social. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: UERJ, pp. 5-47, 2006.

BROWN, Wendy. Nas Ruínas do Neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019.

BROWN, Wendy. Cidadania Sacrificial: Neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade. Rio de Janeiro: Zazie Edições, 2018.

BROWN, Wendy. Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution. Cambridge: Zone Books, 2015.

CAMPOS, Thana; IDO, Vitor. Acesso a Medicamentos: Audiência pública número 4 do Supremo Tribunal Federal, de 2009. In: PIOVESAN, Flávia e SOARES, Inês Virgínia Prado. Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência do STF. 2ª edição revista e atualizada, Editora Juspodivm, pp. 193-224, 2020.

CARAPINHEIRO, G.; PAGE, P. As determinantes globais do sistema de saúde português. In: HESPANHA, P.; CARAPINHEIRO, G. (org.). Risco social e incerteza: pode o estado social recuperar mais? Porto: Afrontamento, pp. 81-122, 2002.

CARDOSO, Renata de Oliveira. O Processo de Contrarreforma do Estado Brasileiro e a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares: a privatização mascarada dos Hospitais Universitários. A Saúde nos Governos do Partido dos Trabalhadores e as Lutas Sociais Contra a Privatização. In: BRAVO, Maria Inês Souza Bravo; MENEZES, Juliana Souza Bravo de. (org.). 1. ed. Rio de Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2014.

CARRERA, Mariana B. M. Parceria público-privada (PPP): análise do mérito de projetos do setor saúde no Brasil. Tese (Doutorado) — Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014.

CARVALHO, Osório Dias. Parcerias Público-privadas como instrumento de implementação de políticas públicas. Tese (Doutorado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (Face), Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

CARVALHO, Manoela de; SANTOS, Nelson; CAMPOS, Gastão Wagner. “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde”: ou será o contrário? In: Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 36, n. 92, jan./mar. 2012.



CATUOGNO, Simona. Il partenariato pubblico-privato in sanità. Il ruolo del non profit e le implicazioni sulla performance. Giappichelli, 2017.

CERQUEIRA, Jackson B. A. Uma visão do neoliberalismo: surgimento, atuação e perspectivas. In: Revista Sitientibus, Feira de Santana, n. 39, jul./dez. 2008.

CNJ/INSPER. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, 2019.

COELHO, André Luiz Souza. Liberalismo Clássico x Neoliberalismo: para entender melhor o que está ocorrendo no Brasil e no Mundo. Disponível em: <https://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2020/06/liberalismo-classico-x-neoliberalismo.html>. Acesso: 30/11/2021.

COMBLIN, Joseph. A ideologia da segurança nacional. O poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

CORREIA, Maria Valéria Costa; SANTOS, Viviane M. dos. Privatização da saúde via novos modelos de gestão: as Organizações Sociais em questão. A mercantilização da saúde em debate: as Organizações Sociais no Rio de Janeiro. In: BRAVO, M. I. S. ANDREAZZI, M. F. S. MENEZES, J. S. B. M. LIMA, J. B. SOUZA, R. O. (org.). 1. ed. Rio Janeiro: UERJ, Rede Sirius, 2015.

CORREIA, Maria Valéria Costa. Entre a Reforma Sanitária e o SUS: os interesses do capital na saúde. In: CORREIA, Maria Valéria Costa; SANTOS, Viviane M. dos. Reforma Sanitária e contrarreforma da saúde: interesses do capital em curso. Maceió: EDUFAL, 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual de 2018. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 26/06/2021.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. A efetivação constitucional do direito à saúde no Brasil: alternativas jurídicas para a consolidação do Sistema Único de Saúde/SUS. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

CUNHA, Jarbas Ricardo e FARRANHA, Ana Cláudia. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. Public Sciences & Policies, v. VII, n. 1, pp. 15-35, 2021.

DALLMAYR, Fred. Para além da democracia fugidia: algumas reflexões modernas e pós-modernas. In: SOUZA, Jessé (org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, pp. 15-21, 2001.





DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

ENCYCLOPEDIA.COM. Social Sciences and the law. Welfare state. Disponível em: <https://www.encyclopedia.com/social-sciences-and-law/economics-business-and-labor/economics-terms-and-concepts/welfare-state>. Acesso em: 29/10/2021.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Diagnóstico inadequado, tratamento ineficaz e perigoso: STF precisa corrigir o rumo da judicialização da saúde no Brasil. Jota, 22 mai. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/diagnostico-inadequado-tratamento-ineficaz-e-perigoso-22052019>. Acesso em 31/10/2021.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Harming the poor through social rights litigation: lessons from Brazil. Texas Law Review, Austin, v. 89, pp. 1643-1668, 2011.

FERREIRA, D. C; MARQUES, R. C. Public-private partnerships in health care services: Do they outperform public hospitals regarding quality and access? Evidence from Portugal. Socio-Economic Planning Sciences Journal, 2020.

FLEURY, Sonia. Reforma do estado, seguridade social e saúde no Brasil. In: MATTA, G.C e LIMA, J.C.F (org.). Estado, sociedade e formação profissional em saúde: contradições e desafios em 20 anos de SUS. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2008.

FONSECA, Lorena; COUTO, Felipe Fróes. Judicialização da Política e ativismo judicial: uma diferenciação necessária. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 13, n. 2, 2018.

FOUCAULT, Michel. Nascimento da Biopolítica: curso dado no Collège de France (1978 – 1979). Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. Judicialização do direito à saúde: prós e contras. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião (org.). Direito à vida e à Saúde: impactos orçamentário e judicial. São Paulo: Atlas, 2010.

GARGARELLA, Roberto. La «sala de máquinas» de las constituciones latino-americanas: Entre lo viejo y lo nuevo. Nueva Sociedad, n. 258, pp. 96-106, jul./ago. 2015.

GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latino-americano y la ‘sala de máquinas’ de la Constitución (1980-2010). In: Gaceta Constitucional, n. 48, 2011.



GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GÖTTEMS, Leila Bernarda Donato; MOLLO, Maria de Lourdes Rollemberg. Neoliberalismo na América Latina: efeitos nas reformas dos sistemas de saúde. In: Revista Saúde Pública, v. 54, 2020.

GUARESI, Lorian; OLIVEIRA, Paulo Rogério Melo de. Parceria público-privada (PPP) nos sistemas de saúde brasileiro e inglês: um estudo comparativo. Revista Saúde & Transformação Social, Florianópolis, v. 10, n. 1/2/3, 2019.

HAN, Byung-Chul. Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder. Belo Horizonte: Editora Áyinê, 2018.

HIRSCHL, Ran. The Judicialization of Politics. The Oxford Handbook of Political Science. London: Oxford, 2011.

HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

HUR, Domenico Uhng e LACERDA JÚNIOR, Fernando. Ditadura e Insurgência na América Latina. In: Psicologia: Ciência e Profissão, v. 37 (núm. esp.), pp. 28-43, 2017.

IBARRA, David. O neoliberalismo na América Latina. Revista de Economia Política, v. 31, n. 2 (122), abril-junho/2011.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão – a Reinvenção do Estado Social No Mundo Contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

KEYNES, John Maynard. The end of laissez-faire. In: KEYNES, John Maynard. Essays in persuasion. London: Palgrave Macmillan, 2010.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. Lua Nova n. 57. São Paulo, 2002.

KOIKE, Maria Lygia. O sequestro de crianças pela ditadura militar Argentina e atuação das Avós da Praça de Maio pelo direito à verdade (jurídica e biológica) e à memória. In: Revista Gênero e Direito, v. 2, n. 1, 2013.

LAZZARATO, Maurizio. Fascismo ou revolução? O neoliberalismo em chave estratégica. Trad.: Takashi Wakamatsu e Fernando Scheibe. 1. ed. São Paulo: N-1 Edições, 2019.



LIEBE, M.; POLLOCK, A. The experience of the private finance initiative in the UK's, 2009.

LIMA, Thalita Moraes. O Direito à Saúde Revisitado: entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual. Revista de Informação Legislativa – Senado Federal. Ano 51, n. 201, abr./jun. 2014.

LIMA, Viviane. A saga do zangão: uma visão sobre o direito natural. Imprensa: Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

LOPES, Luciano Motta Nunes; ASENSI, Felipe Dutra; SILVA JÚNIOR, Aluísio Gomes. A judicialização indireta da saúde: um estudo de caso sobre a experiência de Cachoeiro de Itapemirim/ES. Revista Direito e Práxis, vol. 8, n. 1, 2017.

MÂNICA, Fernando Borges. Os Três Modelos de Parcerias Público-Privadas no Setor de Saúde: um breve olhar para a experiência internacional. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 266, 2016.

MÂNICA, Fernando Borges. Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. A complementaridade da participação privada no SUS. In: http://fernandomanica.com.br/site/wpcontent/uploads/2015/10/a_complementariedade_da_participa%C3%A7%C3%A3o_privada_no_sus.pdf. Acesso em: 29/10/2021.

MAAS, Rosana Helena; DAROIT, Ana Paula. A proteção interamericana do direito humano e social à saúde. In: Revista De Direito Sanitário, ano 20, n. 1, pp. 13-31, nov. 2019.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania e classe social. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MEDEIROS, Marcelo; DINIZ, Debora; SCHWARTZ, Ida Doederlein. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. Ciência & Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, pp. 1089-1098, 2013.

MENECUCCI, Telma Maria G. Público e Privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.



MENEZES, Ana Paula; MORETTI, Bruno; REIS, Ademar Arthur Chioro. O futuro do SUS: impactos das reformas neoliberais na saúde pública – austeridade versus universalidade. In: Saúde Debate, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 5, dez. 2019.

MIGUEL, Luis Felipe; BÓGEA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 35, n. 104, 2020.

MITCHELL, Marc. An Overview of Public Private Partnerships in Health. Harvard School of Public Health, 2015.

MORRISON, Wayne. Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Fundamental à Saúde. In: Tratado de Direito Constitucional. MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) São Paulo, Saraiva, v. 2, 2012.

NORMAN GINSBURG Divisions of Welfare: A Critical Introduction to Comparative Social Policy Sage London, Newbury Park, New Delhi, 1991.

NUNES, Alexandre Moraes; MATOS, Andreia Afonso de. Análise do desempenho dos hospitais em parceria público privada no Serviço Nacional de Saúde português. J Bras Econ Saúde, 2017.

NUNES, Antônio José Avelãs. Neoliberalismo e direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 98, 2003.

NUSSBAUM, Martha; SEN, Amartya. The Quality of Life. Oxford Scholarship Online, 1996.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. A judicialização da política na transição democrática no Brasil (1979-1988). Suprema: Revista de Estudos Constitucionais, Brasília, v. 1, n. 1, pp. 214-240, jan./jun. 2021.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: Academia. Revista Sobre Enseñanza del Derecho. Año 4, número 8, 2007.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MARCINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. In: <https://www.thelancet.com/pb/assets/raw/Lancet/pdfs/brazil/brazilpor1.pdf>. Acesso em: 31/10/2021.



PAUTASSI, Laura. Indicadores en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Más allá de la medición. In: ABRAMOVICH, Víctor; PAUTASSI, Laura (comps.). La medición de derechos en las políticas sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

PINHEIRO, Lara. 'Obscuro', 'apressado' e 'inconstitucional': especialistas analisam decreto sobre privatização de postos de saúde do SUS. In: Ciência e Saúde, Jornal Eletrônico G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2020/10/28/obscuro-apressado-e-inconstitucional-especialistas-analisam-decreto-sobre-privatizacao-dos-postos-de-saude-do-sus.ghtml>. Acesso em: 20/10/2021.

PORTUGAL. Tribunal de Contas. Relatório Síntese: Parcerias Público-Privadas hospitalares no SNS. Relatório n. 5/2021 – OAC, 2ª Secção, 2021.

RAMA, Carlos M. Modelos Autoritários Latinoamericanos del Siglo XX. In: Papers, Revista de Sociologia. Universidad Autónoma de Barcelona, 1980.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REY FILHO, Moacyr. Saúde pública complementar: normas, modelagem institucional e práticas. Dissertação (Mestrado). Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB, Brasília, 2018.

SAFATLE, Vladimir. A economia é a continuação da psicologia por outros meios: sofrimento psíquico e o neoliberalismo como economia moral. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JR, Nelson e DUNKER, Christian (org.). Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

ROEHRICH, K.; BARLOW, J. e WRIGHT, S. De facto privatization or a renewed role for the EU? Paying for Europe's healthcare infrastructure in a recession. Journal of the Royal Society of Medicine, 103, pp. 51-55, 2010.

ROSA, Kélen Viviana Ceci Pillar. Programa de parceria de investimento (PPI) e as parcerias público-privadas: Os desafios da nova governança. In: Coletânea de Pós-graduação: Políticas Públicas do Tribunal de Contas da União (TCU), v. 5, n. 1, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências na transição para uma ciência pós-moderna. Revista Estudos Avançados, pp. 48-54, 2003.

SANTOS, Alethele; DELDUQUE, Maria Célia; MENDONÇA, Ana Valéria Machado. Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo



Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais. *Saúde e Sociedade*, 24, (1), pp. 184-192, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, v. 30, pp. 13-44, 1990.

SANTOS, Greice; MANCINI, Marina; NEVES, Victória. Contrarreforma neoliberal e política social: uma análise sobre serviço social. In: *Revista Serviço Social em Debate*, v. 2, n. 1, 2019.

SCHMIDT, Manfred G. The Democratic Welfare State. In: *Democracy. Responsibility and Responsibility*. Pontifical Academy of Social Sciences, Acta 6, Vatican City, 2001.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Trad. Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

SIEDER, Rachel. Revisiting the Judicialization of Politics in Latin America. In: *Latin American Research Review* 55, 2020.

SILVA, Alessandra Ximenes da. Lutas sociais e contradições dos sujeitos políticos coletivos no processo da reforma sanitária brasileira. Tese (Doutorado) - Curso de Serviço Social, Departamento de Serviço Social, Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, 2013.

SILVA, Leire Taíze Ribeiro; SILVA, Marcelo Alves. Parceria público-privada como instrumento de concretização do direito à saúde. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 6, n. 1, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights, 2011.

SOARES, João Gabriel; BASTOS, Elísio. Novo Constitucionalismo latino-americano e histórico de centralização política da América Latina: a necessidade de superação da sala de máquinas para alcançar efetivas plurinacionalidades. *Revista Culturas Jurídicas*, v.8, Ahead of Print, 2021. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/45002>

SOUZA, Renildo Rehen. O Sistema Público de Saúde. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2002.



SPOSATI, Aldaiza. Descaminhos da seguridade social e desproteção social no Brasil. In: *Ciênc. Saúde Coletiva*, v. 23, n. 7, jul. 2018.

STARK, Christian. The Neoliberal Ideology, its contradictions, the consequences and challenges for social work. In: *Ljetopis Socijalnog Rada: Austria*, v. 5 (1), 2018.

STRECK, Lenio. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SWEEZY, Paul. *The Theory of Capitalist Development: The principles of marxian political economy*. London: Dobson Books, 1962.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. The global expansion of Judicial Power. New York and London, New York University Press, 1995.

VASCONCELOS, Natália Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. *Revista Estudos Institucionais*, v. 6, n. 1, pp. 83-108, jan./abr. 2020.

VERONESE, Alexandre. *A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo*, 2009. Acesso em: 31/10/2021. Disponível em: http://escritos.rb.gov.br/numero03/FCRB_Escritos_3_13_Alexandre_Veronese.pdf.

VERBICARO, Loiane Prado. Pandemia e o colapso do Neoliberalismo. In: VERBICARO, Dennis; VERBICARO, Loiane Prado (org.). *Tensões de uma sociedade em crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da Política, Ativismo e Discrecionabilidade Judicial*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, n. 2, 2019.

VERBICARO, Loiane Prado; SILVA, Paulo Henrique. O neoliberalismo enquanto política de supressão de direitos: a reformulação do liberalismo para a construção de um projeto de governo antidemocrático e (des)construtor de subjetividades. In: MANTELLI, Gabriel Antônio Silveira; MASCARO, Laura Degaspere (org.). *Direitos Humanos em Múltiplas Miradas*. 1. ed. São Paulo: Editora da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP, v. 1, pp. 89-110, 2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento Constitucional*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.



VILLAR, Gregorio Cámara. Justicia y Política em la España democrática (una reflexión a propósito de los llamados jueces estrellas y la judicializacion de la política). Revista de Derecho Político, num. 47, 2000.

WAINWRIGHT, Hilary. Uma resposta ao Neoliberalismo: Argumentos para uma nova esquerda. Tradução: Ângela Melim. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

WANG, Daniel, Right to Health litigation in Brazil: The problem and the institutional responses. Human Rights Law Review, v. 15, n. 4, pp. 617-641, 2015.

WORLD BANK INSTITUTE. Public-private partnerships – Reference guide, Version 1.0. Washington, DC: The World Bank, 2012.

ZIMMERN, Alfred Eckhard. Quo Vadimus?. Oxford: Oxford University Press, 1934.

ZIBLATT, Daniel e LEVITSKY, Steven. Como as Democracias Morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.