



SENADO FEDERAL

Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Subsecretaria de Edições Técnicas

ESTUDOS DE DIREITO SANITÁRIO

A produção normativa em Saúde

SENADO FEDERAL
Mesa
Biênio 2011/2012

Senador JOSÉ SARNEY
Presidente

Senadora MARTA SUPPLY
1ª Vice-Presidente

Senador WILSON SANTIAGO
2º Vice-Presidente

Senador CÍCERO LUCENA
1º Secretário

Senador JOÃO RIBEIRO
2º Secretário

Senador VICENTE CLAUDINO
3º Secretário

Senador CIRO NOGUEIRA
4º Secretário

SUPLENTES DE SECRETÁRIO

Senador GILVAN BORGES
Senador JOÃO DURVAL
Senadora MARIA DO CARMO ALVES
Senadora VANESSA GRAZZIOTIN

DORIS MARIZE ROMARIZ PEIXOTO
Diretora-Geral

CLAUDIA LYRA NASCIMENTO
Secretária-Geral da Mesa

Estudos de Direito Sanitário

A PRODUÇÃO NORMATIVA EM SAÚDE



Senado Federal
Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Subsecretaria de Edições Técnicas

Estudos de Direito Sanitário

A PRODUÇÃO NORMATIVA EM SAÚDE

Organizadores:
Luiz Carlos Romero
Maria Célia Delduque

Brasília–2011

Edição do Senado Federal
Diretora-Geral: Doris Marize Romariz Peixoto
Secretária-Geral da Mesa: Claudia Lyra Nascimento

Impresso na Secretaria Especial de Editoração e Publicações
Diretor: Florian Augusto Coutinho Madruga

Produzido na Subsecretaria de Edições Técnicas
Diretora: Anna Maria de Lucena Rodrigues
Praça dos Três Poderes, Via N-2, Unidade de Apoio III
CEP: 70165-900 – Brasília, DF
Telefones: (61) 3303-3575, 3576 e 4755
Fax: (61) 3303-4258
E-mail: livros@senado.gov.br

Organização: Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque
Editoração Eletrônica: Angelina Almeida Silva
Capa: Paulo Cervinho
Ficha Catalográfica: Larissa Nogueira Bello

ISBN: 978-85-7018-387-3

Estudos de Direito Sanitário : a produção normativa e saúde / organizadores,
Luiz Carlos Romero e Maria Célia Delduque. – Brasília : Senado Federal :
Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

214 p.

1. Direito Sanitário, Brasil. 2. Saúde Pública, Legislação, Brasil. I. Título.

CDD 341.6731

SUMÁRIO

Prefácio	
– Senador Humberto Costa	7
Apresentação	9
A emergência do Direito Sanitário como um novo campo do Direito – Fernando Aith	13
A produção normativa em saúde	
A eficácia do Poder Executivo e do Poder Legislativo na elaboração da legislação federal em saúde de 1988 a 2008 – Alcinda Maria Machado Godoi	43
A produção legislativa em saúde da Câmara Distrital no ano de 2008 – Giliana Betini	59
Temas atuais da produção legislativa em saúde	
A Regulamentação da Emenda Constitucional nº 29: dificuldades e perspectivas – Nelson Rodrigues dos Santos	73
Federalismo e responsabilidade sanitária (percalços da construção de um sistema único de saúde em um estado federado) – Luiz Carlos Romero	83
O Processo de aprovação da Lei Seca (Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008) – Gustavo Silveira Machado	99
Interesses em jogo na Constituição Brasileira: o conflito entre publicidade comercial e proteção à saúde – Ana Luiza Fleck Saibro	111
Ato médico e a regulamentação do exercício da medicina: processo de discussão no Senado – Sebastião Moreira Jr.	131
Judicialização da saúde e a proposta de regulamentação da integralidade de assistência farmacêutica e terapêutica no Brasil – Silvia Badim Marques	143
O Direito Sanitário na Internet	
Observar para participar: a <i>world wide web</i> como instrumento para acompanhar a produção legislativa em saúde no Brasil – Maria Célia Delduque	157
Observatório da Saúde no Legislativo: informação e comunicação a serviço da participação social em saúde – Wagner Vasconcelos	163
Direito Sanitário: oportuna articulação em rede, ampliando o debate sobre saúde e cidadania e a defesa do SUS – Neilton Araújo de Oliveira	175
O direito à saúde em face do princípio da proibição do retrocesso e dos compromissos internacionais do Brasil – Jarbas Ricardo Almeida Cunha e Marco Aurélio Antas Torronteguy	197
Autores	213

PREFÁCIO

A Constituição Federal de 1988 definiu os direitos de saúde dos cidadãos e cidadãs brasileiras. Essa conquista possibilitou ampliar para todos, independentemente de estarem ou não no mercado de trabalho, o direito de acessar as ações e serviços de saúde. Fruto de uma grande mobilização social, conquistamos cidadania na saúde, independentemente da situação social ou econômica de cada um.

A saúde como um direito de todos e dever do Estado deveria ser implantada com base em diretrizes de descentralização, integralidade e participação da comunidade, para cuja regulamentação foram promulgadas as Leis nºs 8.080 e 8.142 em 1990, que constituem os mais importantes pilares do Direito Sanitário do sistema de saúde brasileiro. Para alcançar tais objetivos, e com o desafio de dar origem a um sistema participativo e democrático, constituiu-se uma forma singular de elaboração das normativas, característica própria do sistema.

Já que a Constituição Federal de 1988 e a Lei nº 8.080, de 1990, responsabilizam o Estado, em suas três esferas – União, estados e municípios –, por prover aos cidadãos o direito à saúde, a elaboração das regras de funcionamento do Sistema Único de Saúde passou a ser feita de forma conjunta e participativa. Foram criadas, então, as Comissões Intergestores Tri e Bipartite como espaços institucionalizados de produção normativa e de pactuação. Esses espaços, embora não definidos legalmente, tornaram-se o *locus* de discussão dos formatos possíveis de execução das políticas de saúde.

O Direito Sanitário brasileiro surge nesse contexto. Um contexto de conquistas, de processo participativo, de ousadia e criatividade, para alcançar os maiores objetivos constitucionais da saúde brasileira. Analisar e disseminar as formas da construção do Direito Sanitário brasileiro é fundamental para que se possa entender a construção e a institucionalidade alcançada pelos instrumentos normativos utilizados até hoje.

O Legislativo brasileiro tem se preocupado em buscar alternativas para que regras com características de normas infraconstitucionais façam parte do arcabouço jurídico brasileiro. Muitas vezes, como forma de garantir o direito à saúde, apresenta e, mais raramente, aprova leis de conteúdo minimalista, como o acesso a determinados procedimentos a serem incluídos no SUS, ou mesmo na Saúde Suplementar. Com a dinamicidade do avanço tecnológico da medicina, não é conveniente que procedimentos sejam determinados por lei e, sim, em portarias ou resoluções com possibilidade de atualização mais ágil ou mesmo de revogação.

A grande dificuldade, no Direito Sanitário, é estabelecer o que é direito à saúde. Várias são as teses e várias são as interpretações. As ações judiciais, em sua maioria, vêm de interpretações desse direito. A cada dia, o sistema de saúde brasileiro – seja ele público ou privado, SUS ou Suplementar – é alvo da Justiça. Se, por um lado, temos

os juízes que querem, com toda razão, garantir o direito maior à saúde, por outro, temos um normativo frágil, sem definições claras sobre de quem é a responsabilidade pela execução das políticas e, mais ainda, de quais políticas. No meio do caminho, a população buscando seus direitos e os gestores fazendo manobras para garanti-los, com um orçamento curto, tendo que estabelecer prioridades.

Duas questões importantes carecem ser observadas e regulamentadas:

1 – Definir o sistema de saúde em suas vertentes institucionais: a pública e a privada. A inter-relação desses segmentos ainda está indefinida no arcabouço jurídico brasileiro e, portanto, o poder econômico prevalece e se intensifica. Hoje, o gasto em saúde no Brasil é maior no sistema privado que no público, o que é incompatível com a proposta de universalização.

2 – Esclarecer o que são ações e serviços públicos de saúde, definindo claramente as responsabilidades dos diferentes atores do sistema de saúde e regulamentando a Emenda Constitucional nº 29, de 2000. O Projeto de Lei do Senado nº 174, de 2011, propõe uma definição clara das responsabilidades dos gestores do SUS e suas punições, se for o caso.

Enfim, essa dinâmica do Direito Sanitário baseado num direito à saúde é o desafio colocado aos atores do sistema, inclusive para nós, legisladores. Leis que esclareçam o que é direito à saúde e quem é responsável por implantá-las e cumpri-las necessitam ser discutidas e aprovadas. A responsabilidade é de todos nós!

Senador Humberto Costa

Presidente da Subcomissão Permanente de Promoção,
Acompanhamento e Defesa da Saúde do Senado Federal

APRESENTAÇÃO

Ao dar sede constitucional à saúde e erigi-la como direito fundamental, o constituinte de 1988 deu ensejo à criação de inúmeros desafios, não apenas para os profissionais da saúde – porque fatores jurídicos influem na limitação das competências, na legalidade das medidas ou na atribuição de responsabilidades –, mas também para profissionais da área jurídica, posto que tornou necessário completar o arcabouço jurídico com a legislação infraconstitucional requerida, identificar meios processuais à efetividade do direito à saúde e garantir os meios legais de reconstituí-lo no caso de ser lesado.

O Direito Sanitário revelou-se uma necessidade para todo aquele que, de algum modo, deve atuar e decidir na área da saúde e as fontes desse novo conhecimento são, hoje, o resultado de uma importante produção normativa voltada para o tratamento jurídico da questão sanitária no Brasil.

No entanto, apesar do grande desenvolvimento desse novo ramo do Direito, o estudo da produção legislativa em saúde é recente e não tem sido objeto da atenção que merece.

O Seminário de Direito Sanitário – O Direito à Saúde na Produção Legislativa, realizado em março de 2011, objetivou divulgar o Direito Sanitário no âmbito do Poder Legislativo e tornar conhecida a produção científica nessa área, em especial aquela voltada para estudo da produção normativa em saúde.

Foi mais uma atividade realizada no âmbito de uma proveitosa cooperação iniciada em 2007 com a assinatura de um Protocolo de Intenções entre a Consultoria Legislativa do Senado Federal e a Diretoria Regional de Brasília da Fundação Oswaldo Cruz com o objetivo de instituir cooperação técnico-científica entre as duas instituições com vistas ao desenvolvimento de programas, projetos e atividades no campo da pesquisa, do ensino e da informação técnico-científica e legislativa; e realizou-se com o apoio do Ministério da Saúde.

Esta obra é o resultado desse esforço que contou com a colaboração de vários pensadores do Direito Sanitário e a participação de uma significativa parcela de interessados no tema.

Luiz Carlos Romero
Maria Célia Delduque
Organizadores

**A emergência do
Direito Sanitário como um
novo campo do Direito**

A EMERGÊNCIA DO DIREITO SANITÁRIO COMO UM NOVO CAMPO DO DIREITO

Fernando Aith

APRESENTAÇÃO

O Direito Sanitário é o ramo do direito que abrange o conhecimento sobre a criação e a aplicação das normas jurídicas voltadas à proteção do direito à saúde em uma sociedade. É o direito sanitário o responsável pela regulação das ações e serviços de interesse à saúde no país, tendo como grandes objetivos a redução dos riscos de doenças e outros agravos à saúde e a garantia do acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos de saúde.

O processo de consolidação do Direito Sanitário no Brasil acelerou-se de forma bastante intensa a partir do reconhecimento da saúde como um direito fundamental pela Constituição de 1988. O presente ensaio tem como objetivo refletir sobre alguns aspectos relevantes do processo de consolidação do direito sanitário como um novo campo do Direito no Brasil. Para tanto, serão analisados alguns elementos essenciais que contribuíram para a construção do direito sanitário e para o papel cada vez mais relevante que o mesmo vem assumindo na Ciência do Direito no Brasil.

A partir do reconhecimento da saúde como um direito, tanto no direito internacional como no direito brasileiro, verificou-se a consolidação do direito sanitário como um campo novo da ciência jurídica. No Brasil, esse processo de consolidação deu-se, inicialmente, devido ao tratamento especial dado pela Constituição de 1988 ao direito à saúde, com o consequente aumento da quantidade de normas jurídicas infraconstitucionais voltadas à sua proteção. Além disso, o reconhecimento da saúde como direito resultou na mobilização da sociedade e do próprio Estado para a construção de um sistema de saúde público, organizado pela Constituição e pelas leis para a garantia do direito à saúde no Brasil. Esta mobilização tem se mostrado sólida e permanente, garantindo um cenário propício para o desenvolvimento do direito sanitário e do desenho institucional do Estado brasileiro para a proteção do direito à saúde.

Fruto do desenvolvimento e amadurecimento do Estado brasileiro, o direito sanitário representa hoje o campo do Direito responsável pela compreensão e desenvolvimento dos mecanismos de proteção e de garantia do direito à saúde no Brasil.

SAÚDE COMO VALOR UNIVERSAL PROTEGIDO PELAS SOCIEDADES

A saúde humana é um valor universal, intimamente ligado à proteção da dignidade humana. Diferentes sociedades, com diferentes culturas e modelos de organização política e social, possuem um consenso bastante consolidado sobre o valor que a saúde

tem para o ser humano, bem como sobre a necessidade de haver uma coordenação coletiva de esforços para a proteção da saúde individual e coletiva.

O reconhecimento de que saúde é um direito humano, necessário para que se tenha uma vida digna, foi universalizado em diferentes tratados internacionais de direitos humanos, assinados por praticamente todas as nações do globo. O grande desafio para o Direito nos dias de hoje é, a partir deste reconhecimento, descobrir qual a exata extensão do direito à saúde, quais os direitos e deveres que dele emergem para o Estado, a família, as empresas e os indivíduos.

O conceito de saúde vem evoluindo ao longo dos tempos, e as definições de seu contorno são fundamentais para a compreensão e aplicação eficaz do direito sanitário.

Ainda hoje, uma abordagem comum sobre a saúde é aquela focada não na saúde em si, mas nas doenças e riscos que podem, eventualmente, violar e degradar a saúde das pessoas. A doença, como todo evento relevante relacionado com a existência humana, motiva fortemente as pessoas e as sociedades na busca de suas causas e, principalmente, de suas curas. Até a segunda metade do século XX, tratar de saúde e doença era atividade bastante concentrada nas profissões de saúde, sobretudo nos médicos e alguns setores especializados relacionados diretamente à saúde (química e farmácia, por exemplo). Até então, o conceito de saúde preponderante era o que tratava a saúde pelo seu contrário, que é a doença, dando-se um enfoque médico-científico, entremeado de linguagem inacessível às pessoas comuns e restrito às comunidades da área médica e sanitária. Sob essa perspectiva, a saúde é compreendida como ausência de doença.

Ao longo das décadas de 1960 e 1970, as ciências sociais começaram a questionar a autoridade exclusiva dos médicos sobre o tema da saúde. A partir de pesquisas de campo bastante abrangentes, como a de Rivers (1924), começaram a surgir novas noções sobre a saúde, noções estas que vieram, ao mesmo tempo, delimitar o campo de atuação dos médicos e oxigenar as discussões sobre o tema saúde dentro das sociedades. Dentro dessa nova aproximação científica sobre saúde e doença, o conceito de saúde passou a ser encarado de forma mais abrangente, dando lugar ao que se chama de “representações de saúde”. Ou seja, dada a dificuldade de definir o que é exatamente a saúde, os estudos sociológicos e antropológicos começaram a analisar o que as pessoas pensavam ser a saúde e a doença.

Como resultado, descobriu-se que os conceitos de saúde e doença estão muito relacionados com os ambientes em que são construídos, ou seja, a saúde terá diferentes representações conforme o ambiente social em que vive o indivíduo. Nesse enfoque, para se compreender o conceito de saúde e a extensão do direito à saúde, é necessário ter em conta que a saúde assume formas diferentes de representação conforme o ambiente social em que é pensada e sentida. Em síntese, o conceito de saúde pode variar conforme o ambiente social em que é discutido.

Herzlich estudou há várias décadas a questão da saúde sob o viés da *representação social*, pesquisando em diferentes sociedades os conceitos de saúde e doença (HERZLI-

CH, 1969; HERZLICH, 1984, p. 189-215). O objetivo era compreender como, a partir de um repertório coletivo de noções e de valores aplicados a experiências individuais diversas, as pessoas elaboram os seus conceitos próprios sobre a doença e a saúde, de uma forma ativa. O resultado obtido demonstra que a representação coletiva sobre a saúde significa, de um lado, que em cada comunidade existe uma espécie de comunicação coletiva comum, de denominador comum sobre o que é saúde naquele contexto; de outro lado, representa uma forma de pressão da sociedade sobre o indivíduo, pela construção de um ideal comum de ser *saudável*, que tende a ser imposto aos indivíduos.

As noções de saúde e de doença guardam em si uma relação potencialmente conflituosa, impactando a relação existente entre o indivíduo e a sociedade. Esse conflito é traduzido pela condição física do indivíduo, pelas condições de seu corpo e pelas relações deste corpo com o ambiente social em que circula. Assim, a posição do indivíduo em relação à sociedade será em parte regulada pela noção coletiva que essa mesma sociedade possui sobre o que é doença e o que é saúde. Esta dinâmica social produz situações de inclusão e de exclusão social do indivíduo, a depender de qual é a sua condição física: *sã* ou *doente*. Um corpo *saudável*, em conformidade com a representação coletiva de saúde, será um corpo mais propenso à aceitação social do que um corpo *doente*. O corpo transforma-se, pela sua condição de saúde ou de *doente*, em um organismo vivo que condiciona a interação dos indivíduos com a sociedade e impacta diretamente a dignidade do indivíduo.

Essas reflexões foram fundamentais para a percepção de que existe, na vida de um indivíduo, uma relação causal direta entre uma *doença* e um *modo de vida não saudável*. Tal realidade gera uma complexidade associada às questões de saúde, na medida em que esse modo de vida não *saudável* pode tanto resultar de escolhas pessoais quanto de condições sociais externas que se impõem ao indivíduo, produzidas por uma sociedade que pode ser agressiva à saúde individual e coletiva.

Assim, as pressões sociais cotidianas impactam a saúde do indivíduo de diferentes formas e intensidade. Ritmo de vida acelerado, ambiente urbano com poluição atmosférica e visual, trânsito, pressão pela produção e trabalho, ou ainda hábitos alimentares baseados em produtos industrializados, são exemplos de como os padrões de vida sociais impactam a saúde do indivíduo. A oposição entre saúde e doença é realizada, nesse contexto, por meio da relação direta que cada indivíduo faz entre ele mesmo, a natureza e a sociedade.

Vê-se, portanto, que as concepções de saúde desenvolvidas pelo campo das ciências sociais são elaboradas através de uma relação direta e dinâmica entre o indivíduo e o ambiente social. A saúde pode ser concebida, portanto, de diferentes formas: como *ausência de doença*; como *reserva corporal*; como *fundo de saúde*, inato, que permite ao organismo resistir (na medida do possível) contra todas as agressões feitas pelo corpo social; ou, ainda, como *estado de equilíbrio físico, mental e social*, que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O estado de equilíbrio como representação da saúde pode ser verificado por meio da plenitude física e psíquica, do sentimento de autossatisfação e da harmonia com os outros.

Essas diferentes representações da saúde (ausência de doença, reserva corporal, fundo de saúde, equilíbrio físico, mental e social) podem coexistir e apresentam elementos que devem ser integrados ao conceito de saúde. A concepção de saúde centrada na ideia de estado de equilíbrio destacou-se principalmente por seu enfoque nos seus aspectos positivos relacionados à saúde (bem-estar, felicidade), pelo que acabou sendo adotada pela Organização Mundial de Saúde – OMS, que no preâmbulo de sua Constituição, de 1946, afirma que “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades”.

As representações de saúde verificadas nas sociedades modernas possuem, portanto, uma abrangência bastante ampla, aliando as questões médicas – que inegavelmente possuem grande importância quando falamos de saúde – com outros fatores que influem sobre a saúde, como os biológicos, culturais, econômicos, sociais, jurídicos, religiosos etc. As doenças, por sua vez, em geral têm as suas origens bastante associadas a fatores externos ao indivíduo. A doença acaba sendo o resultado do avanço destes fatores sociais sobre a saúde das pessoas. Os fatores externos ao indivíduo que podem ser nocivos à saúde humana apresentam-se de diferentes formas, conforme o contexto social. A doença pode vir de várias origens externas: um acidente automobilístico; uma gripe viral adquirida no metrô; um modo de vida não saudável; uma relação sexual desprotegida; um resultado da violência urbana etc.

A tendência atual é a de aceitar um pensamento sobre a saúde e a doença que vá além das ciências de saúde e englobe um conjunto de conhecimentos multidisciplinares, respondendo a uma lógica independente do saber dos profissionais da saúde. Como ressaltado por R. Williams (1990), ao analisarem os seus estados físicos, corporais, as pessoas se interrogam sobre os fatores determinantes que *produzem* ou que *destroem* a saúde, fatores esses presentes em seus ambientes sociais e em suas vidas cotidianas.

Assim, a saúde suscita, em primeiro lugar, discussões sobre o comportamento do indivíduo, e isso já é um campo aberto para o ingresso da ciência jurídica nas discussões sobre saúde. Como resultado de comportamentos individuais e de fatores sociais, a saúde impõe ao direito a necessidade de regular a sociedade, impondo aos indivíduos, às empresas e ao Estado comportamentos que sejam considerados benéficos à saúde.

Nesse sentido, a saúde representa, ao mesmo tempo, o reflexo do comportamento do indivíduo, que será considerado, em grande parte, responsável pela preservação de sua saúde; o reflexo das influências que o ambiente social produz sobre o indivíduo; e o reflexo da influência do destino, da sorte, do aleatório, sobre a saúde. Necessário ressaltar, por fim, que atualmente os denominados *fatores estruturais do indivíduo*, definidos pela sua condição social e econômica (p.e., origem social e nível de educação), possuem forte influência sobre o estado de saúde das pessoas e auxiliam muito bem na compreensão das diferenças entre as condições de saúde dos indivíduos.

O valor dado hoje em dia à saúde e o interesse político causado pelo tema exigem a realização de pesquisas periódicas sobre as representações de saúde existentes nas diferentes comunidades, para que seja possível a formulação de políticas públicas de

saúde adequadas a cada realidade social. Pode-se dar como exemplo a existência, nas sociedades modernas, de diferentes ambientes culturais de saúde, que servem como critérios de identidade de diversos grupos sociais. Conforme for o ambiente cultural de saúde de um indivíduo, a sua noção sobre a saúde será diferenciada. Nesse sentido, pressupõe-se que uma pessoa *normal* terá uma propensão social a desempenhar na sociedade o papel do estilo de vida saudável; de outro lado, grupos específicos e diferenciados da sociedade poderão desempenhar papéis diferentes, conforme sua condição social, cultural ou até física – os índios possuem uma representação de saúde diferenciada e adotam estilos de vida condizentes com essa compreensão; os deficientes físicos fatalmente terão uma representação de saúde diferenciada e adotarão estilos de vida apropriados a sua condição; o mesmo raciocínio vale para os portadores de HIV/AIDS, ou para os doentes crônicos, que terão que adotar estilos de vida compatíveis com suas condições, de forma a superar as suas dificuldades e a restaurar um equilíbrio em suas vidas.

Sendo assim, é sempre importante compreender as relações existentes entre a noção de saúde que vigora no ambiente social e os liames que essa noção possui com o indivíduo em suas atividades da vida humana, sejam elas atividades políticas, sociais, culturais, esportivas ou religiosas. Somente a prática democrática, com a difusão de informações e o amplo debate social, pode contribuir para esclarecer as opções políticas e jurídicas que são adotadas na sociedade em nome da saúde. Fundamentalmente, para serem legítimas e adequadas, as soluções do Direito para as questões relacionadas com a saúde devem considerar a complexidade do conceito de saúde e a necessidade de se respeitar as diferentes representações de saúde que podem existir no seio de uma sociedade pluralista e diversificada.

SAÚDE, SAÚDE PÚBLICA, PODER E O DIREITO SANITÁRIO

Feitas as considerações preliminares sobre o conceito de saúde e ressaltada a necessidade de se compreender as diversas representações de saúde existentes nas sociedades, convém destacar também as dificuldades inseridas no conceito de saúde pública e a relação desta com o exercício do poder estatal e o Direito.

A busca de uma definição para saúde pública também não é nova, uma vez que já em 1928 o tema foi objeto de um Simpósio promovido pela Associação Americana de Saúde Pública. Entre as múltiplas definições formuladas, a elaborada por Charles-Edward Winslow, publicada na revista *Science* em 1920 foi a mais celebrada e ainda hoje é mencionada em diversas obras sobre a saúde pública:

“A saúde pública é a ciência e a arte de prevenir as doenças, de prolongar a vida e de promover a saúde e a integridade física através de esforços coordenados da comunidade para a preservação do meio ambiente, o controle das infecções que podem atingir a população, a educação do indivíduo sobre os princípios de higiene pessoal, a organização dos serviços médicos e de saúde para o diagnóstico precoce o tratamento preventivo de patologias, o desenvolvimento de dispositivos sociais

que assegurem a cada um nível de vida adequado para a manutenção da saúde” (WINSLOW, 1923, p. 23-27).

A expressão saúde pública designa, assim, ao mesmo tempo uma realidade epidemiológica (o estado de saúde de uma população), um modo de gestão (frequentemente associada à atividade estatal para a Administração da saúde), uma área de atividade (caracterizada pela especialização profissional e institucional) e um campo do conhecimento humano (uma disciplina com conhecimentos específicos, regras que lhe são próprias, manuais e revistas especializadas). Trata-se, portanto, de um território vasto, pois os seus limites estão dentro dos limites do bem-estar físico, psíquico e social recomendado pela Organização Mundial de Saúde, limites esses que se ampliam e se redesenham a cada nova descoberta científica, a cada nova forma de se encarar a humanidade e a saúde.

A análise histórica nos mostra que a saúde pública é um saber mas, acima de tudo, representa o exercício de um poder. A saúde pública emerge, assim, como um exercício de poder voltado à prevenção, promoção e recuperação da saúde individual e coletiva, à proteção da segurança sanitária da população e do próprio indivíduo. Desde as primeiras estruturas de saúde pública da Europa moderna, a partir do século XIV, pode-se verificar com detalhes os elementos que formam a saúde pública moderna, em especial a sua característica de exercício de um poder.

Com efeito, a terrível epidemia da peste que dizimou, em 1348, um terço da população europeia forçou os poderes públicos, então organizados na forma de monarquias feudais, a tomar medidas de saúde pública urgentes para a proteção da saúde da população em geral, mas, sobretudo, para a proteção da saúde da própria nobreza ameaçada. Assim, a peste deu origem aos primeiros conselhos de saúde, organizados nas cidades do norte da Itália. O historiador italiano Carlo Cippola (1976) relata bem essas primeiras experiências, nos mostrando o ocorrido na cidade de Veneza desde a eclosão das epidemias, que exigiu uma ação de urgência das autoridades locais, até o surgimento de organizações de saúde pública mais perenes surgidas durante a renascença.

O surgimento de um saber próprio, a partir do século XVIII, dá lugar ao que passou-se a chamar de *higienismo*, fenômeno que Patrice Bourdelais (2001) reconstituiu com grande detalhamento, identificando uma grande autonomia da saúde pública em relação à medicina clínica. O desenvolvimento da saúde pública representou a passagem do indivíduo para o estudo das populações (Cf. DESROSIÈRES, 1993), com o uso da estatística como ferramenta indispensável nos projetos sanitários modernos.

O higienismo desenvolve, assim, uma grande preocupação reformista, prolongando a ideologia dos iluministas, que faziam do progresso moral do homem o objetivo mais elevado da atividade social. É esse movimento que Georges Vigarello nos lembra, resumindo-o com a fórmula elaborada por Cabanis: “É necessário que a higiene aspire a aperfeiçoar a natureza humana em geral”. Os higienistas irão, por conseguinte, focar suas energias em direção a esse objetivo primordial, certos de estarem participando

do processo de civilização da humanidade, iniciando suas ações nos meios populares das sociedades ocidentais, para melhorar e normalizar seus padrões e modos de vida, e em seguida passando a atuar entre os índios das colônias dos impérios europeus, operação essa que ajudou a edificar os impérios e legitimou as suas ações civilizatórias, dando-lhe um mister *humanitário* – embora, como hoje é notório, grande parte das comunidades indígenas tenha morrido justamente em decorrência das doenças trazidas pelos Europeus.

Durante os dois séculos que se seguiram, o movimento higienista animou as discussões de saúde pública, desde o famoso “*Prospectus*”, que abre o primeiro número dos Anais de Higiene Pública e Medicina Legal, em 1829, na França, até a Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde, redigida sob a égide da Organização Mundial de Saúde em 1986. O desenvolvimento das sociedades modernas, assim como da própria ciência, fez com que as noções dos higienistas passassem a ser analisadas com maior cautela, sobretudo em decorrência da complexidade que se vê, nos dias atuais, dos problemas de saúde e das questões de saúde pública. Afinal, o que é um tema de saúde pública? Quais as questões que o conhecimento relacionado à saúde pública deve abordar? Como deve ser feita essa abordagem?

Alguns temas são histórica e fatalmente atrelados ao domínio da saúde pública, como, por exemplo, as epidemias – de que são exemplos emblemáticos as epidemias europeias da peste no século XIV e do cólera no século XIX – e as questões relacionadas com a limpeza e higiene dos espaços públicos, pois são fenômenos sanitários coletivos que demandam e justificam a intervenção dos governantes e seus técnicos, visando a proteção da saúde coletiva. No entanto, o objeto da saúde pública não se restringe às epidemias e higiene pública, nem tampouco os atores da saúde pública limitam-se aos agentes do governo e seus técnicos. As questões de saúde pública nos dias de hoje, cada vez mais numerosas, emergem de um território sem fim que toca todas as faces de nossa existência social. Diante de tal amplitude, as escolhas sobre os temas de saúde pública que serão regulados pelo Direito determinam as prioridades sobre as quais as ações em benefício da saúde serão conduzidas. Como funcionam, então, essas escolhas? O que faz uma realidade social virar um problema de saúde pública e, em seguida, obter um tratamento normativo específico e ser objeto de estudo do direito sanitário?

Tornar visível a tradução de uma realidade social em um tema de interesse da saúde pública, reconhecido e tratado pelo Direito, é um processo fundamental para o desenvolvimento social. Uma realidade social pode tornar-se um problema médico de saúde, que pode tornar-se uma questão política, que pode tornar-se um problema de saúde pública (ações e serviços sanitários serão acionados) e, após, uma questão juridicamente tratada, com suas devidas regulações e sanções, sejam elas administrativas, civis ou penais, terminando por dar lugar à execução de políticas públicas de prevenção, tratamento, etc. Uma questão de saúde pública, qualquer que seja ela, sempre representará uma realidade social complexa que deve ser tratada dentro do ambiente democrático da sociedade. Tanto o conceito de saúde quanto os contornos dos temas de saúde pública que serão objeto do Direito devem ser produzidos pela

sociedade em toda a sua diversidade, de modo que os temas de interesse à saúde re-presentem o consenso social produzido por especialistas, leigos, médicos, advogados, políticos, cientistas, usuários, profissionais de saúde, jornalistas, associações etc. É essa característica fundamental que faz surgir uma questão de saúde pública, a multidisciplinaridade não só necessária para a sua compreensão, mas também a multiplicidade de tratamentos e enfoques que uma mesma questão obtém na sociedade democrática.

O direito sanitário reflete essa dinâmica de tradução dos temas de saúde pública para o Direito. Por meio do direito sanitário, realiza-se a regulação jurídica de todas as ações e serviços de interesse à saúde. O reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental e como um dever do Estado fez com que a amplitude da regulação jurídica estatal sobre as ações e serviços de interesse à saúde aumentasse em ritmo bastante rápido, dando origem a todo um complexo normativo específico que trata das questões de saúde no Brasil. Assim, para cada problema de saúde pública (epidemias, questões de higiene, vacinações, medicamentos, tratamento hospitalar, engenharia genética etc.) o Estado e a sociedade vão adotar medidas multidisciplinares para a sua solução, cabendo ao Direito um papel fundamental neste jogo democrático. A importância do direito sanitário cresce de sentido quando situamos a proteção do direito à saúde dentro de um sistema mais amplo de proteção dos direitos humanos nos Estados Democráticos de Direito.

DEMOCRACIA E DIREITOS HUMANOS: O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Uma das grandes bases do direito sanitário nas sociedades modernas é a democracia voltada à proteção dos direitos humanos.

A democracia possui, no Estado de Direito, um valor fundamental. No Brasil, os constituintes fizeram questão de definir, logo no preâmbulo da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito. O Parágrafo único do art. 1º dispõe que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Para Bobbio (2001, p. 135),

“da idade clássica até hoje o termo democracia sempre foi empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos de governo com que pode ser exercido o poder político. Especificamente designa a forma de governo na qual o poder público é exercido pelo povo”.

Nas palavras de Fábio Comparato (1999, p. 209, 215), um

“traço saliente da Declaração Universal de 1948 é a afirmação da democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos (arts. XXI e XXIX, alínea 2). O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado”.

Por meio do regime democrático, cidadãos livres e iguais escolhem aqueles que serão seus representantes para o exercício do Poder ou, em determinados casos, exercem o Poder de forma direta, através de canais diretos de participação da comunidade nas políticas de Estado.

A democracia moderna não se esgota nos meios tradicionais de representatividade ou de participação, como as eleições, os referendos e os plebiscitos. Nas sociedades complexas modernas faz-se necessário ampliar a participação da sociedade, de forma a aproximar o cidadão das questões relacionadas com a elaboração, planejamento e execução das políticas públicas. A elaboração dessas políticas deve estar em consonância com os ditames da Constituição e dos demais instrumentos normativos do ordenamento jurídico, bem como deve sempre ter como finalidade o interesse público e a promoção e proteção de direitos, em especial aqueles reconhecidos expressamente como direitos humanos fundamentais, entre eles os direitos sociais e, especialmente, o Direito à saúde.

De acordo com Habermas (1997, v. 2, p. 170),

“a nova compreensão do Direito atinge também, inclusive em primeira linha, o problema relativo à construção do Estado democrático de Direito em sociedades complexas (...) A passagem para o modelo de Estado Social se impôs porque os Direitos subjetivos podem ser lesados, não somente através de intervenções ilegais, mas também através da omissão da administração”.

A partir do momento em que o direito natural foi laicizado, com o conseqüente apelo para a razão como fundamento do direito, iniciou-se uma difusão em larga escala, nos séculos XVII e XVIII, da tese do contrato social como explicação e origem do Estado e do Direito.

“Afirma-se, desta maneira, que o Estado e o Direito não são prolongamento de uma sociedade natural originária e orgânica, como a família, mas sim uma construção convencional de indivíduos, ao saírem do estado de natureza. Por outro lado, o contratualismo oferece uma justificação do Estado e do Direito porque não encontra o seu fundamento no poder irresistível do soberano ou no poder ainda mais incontestável de Deus, mas sim na base da sociedade, através da vontade dos indivíduos” (LAFER, 1988, p. 121).

O Estado de Direito representa hoje, após um amplo processo de afirmação dos direitos humanos (Cf. COMPARATO, 1999), um dos fundamentos essenciais de organização das sociedades políticas do mundo moderno.¹ A atual concepção de Estado modela-se no sentido de direcionar a estrutura estatal para a promoção e proteção dos direitos humanos (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, difusos e coletivos). Ao

¹ O artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é reiteradamente citado para identificar os elementos essenciais de uma Constituição: “Art. 16. Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição” (COMPARATO, 1999, p. 139).

conjunto de regras que define o âmbito do poder e o subordina aos direitos e atributos inerentes à dignidade humana damos o nome de Estado de Direito (NIKEN, 1994, t. 1, p. 22).

A ordem jurídica dos Estados de Direito têm como base uma norma jurídica de hierarquia superior, denominada Constituição. Entre as principais características do constitucionalismo surgido com o advento do Estado moderno, sobretudo após a Revolução Francesa de 1789, destacam-se a positivação do princípio da legalidade; o surgimento de constituições escritas e rígidas, que exigem procedimentos mais complexos para sua alteração; a positivação do princípio de divisão de poderes; a positivação de direitos individuais inalienáveis e imprescritíveis – propriedade, liberdade e igualdade; a legitimação do poder político nas mãos da soberania popular, que pode exercê-lo diretamente ou por meio de representatividade no poder legislativo – elevação da noção de cidadania – e o surgimento de um Estado liberal, destinado prioritariamente a garantir a liberdade individual, sem quase nenhuma preocupação com o bem-estar coletivo e caracterizado pelo absentismo – “*laissez faire, laissez passer*”. Seguem esse modelo de Constituição, entre outras, as Constituições Francesa, de 1791; dos Estados Unidos da América, de 1787; Espanhola e Portuguesa, de 1812; Belga, de 1822, e a Brasileira, de 1824. Estas Constituições refletiram o liberalismo burguês, pensamento dominante da época, orientando uma atitude passiva do Estado, como simples conservador dos direitos, especialmente os direitos civis e políticos dos cidadãos que já os possuíam, sem nada fazer pelos que não tinham qualquer direito a conservar.

As desigualdades oriundas do Estado Liberal estimularam o surgimento, ainda no século XIX, de movimentos pela positivação dos direitos sociais, pelo reconhecimento expresso de que todos os homens têm direito a condições dignas de vida, incluindo-se entre os direitos humanos o trabalho, o transporte, a previdência, a educação, o lazer, entre outros. Os direitos individuais conquistados estavam se mostrando como direitos meramente formais, existentes para uma pequena parcela da população e causadores de exclusões sociais gritantes. Caberia ao Estado, desta forma, interferir na atividade dos particulares para que estes usufríssem a liberdade individual sem que com isso prejudicassem os direitos sociais e a busca pela igualdade. Neste mesmo sentido também já acenava a Igreja Católica, por meio do Papa Leão XIII, que em 1891 redigiu a encíclica *Rerum Novarum*, na qual advogava a intervenção ativa do estado em questões sociais, visando melhorar as condições de vida dos miseráveis e excluídos.

Entretanto, somente no século XX os direitos sociais começaram a se incorporar nas constituições dos Estados. A primeira a incluí-los foi a Constituição Mexicana, em 1917, sendo seguida por diversas outras nações, incluindo o Brasil.

O atual Estado de Direito brasileiro, que tem como fundamento jurídico-normativo a Constituição de 1988, pressupõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.² Ao mesmo tempo em que reconhece e protege os direitos individuais,

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), art. 5º, *caput*.

civis e políticos, o Estado de Direito brasileiro protege os direitos sociais, ao reconhecer, na Constituição de 1988, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.³ E, complementando o arcabouço constitucional de proteção dos direitos humanos, o § 2º do art. 5º da Constituição dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte”.

Existem, portanto, no Estado de Direito brasileiro, direitos fundamentais (pois positivados constitucionalmente) que devem ser promovidos e protegidos pela sociedade como um todo e, principalmente, pelos órgãos de Administração do Estado criados pela própria Constituição. De fato, todo Poder carece de um aparelho administrativo para a execução de suas determinações. O Estado de Direito brasileiro representa o modelo modernamente adotado para a garantia dos “princípios axiológicos supremos” dos direitos humanos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade (solidariedade) (COMPARATO, 1999, p. 50).

Como bem assevera Antonio Augusto Cançado Trindade, a proteção internacional dos direitos humanos testemunhou, nas últimas décadas, tentativas ou propostas de categorizações de direitos, entre as quais a mais próxima da operação dos meios de implementação tem sido precisamente a da suposta distinção entre direitos civis e políticos, e direitos econômicos, sociais e culturais⁴. Não tardou muito para que se percebesse que, assim como há direitos civis e políticos que requerem ação positiva do Estado (*e.g.* direito ao voto só pode se realizar mediante a organização de eleições limpas e justas pelo Estado; liberdade de ir e vir depende de uma boa política de transporte público e segurança), também há direitos econômicos, sociais e culturais que dependem do respeito de liberdades individuais (*e.g.* direito à saúde só pode se realizar plenamente se forem respeitadas as liberdades de escolha do tratamento pelo paciente), ao que há que se acrescentar a vinculação dos direitos humanos à garantia efetiva da liberdade da pessoa humana. Ao recordar, a esse respeito, que o núcleo de direitos humanos possui caráter inderrogável (*e.g.* direitos à vida, a não ser submetido

³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988), art. 6º.

⁴ A evolução histórica do Direito apresenta também um importante fator de internacionalização do Direito, revigorado principalmente a partir da segunda metade do século XX, após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Assim, além da proteção dos direitos humanos positivada nos ordenamentos jurídicos internos das nações soberanas, consagrada nas constituições dos Estados Modernos, existe um sistema de proteção universal dos direitos de todos os seres humanos do mundo, calcada em diversos instrumentos normativos internacionais. Esses instrumentos normativos internacionais representam um grande marco na defesa concreta dos direitos humanos, inclusive o Direito à saúde, mas certamente a proteção internacional dos Direitos Humanos ainda tem muito a evoluir. Entre os textos internacionais importantes nesse processo de afirmação internacional dos direitos humanos cumpre destacar, nesse momento, aqueles que, entendemos, formam os pilares do Direito Internacional moderno, em especial no que guarda relação com o Direito Sanitário, quais sejam: a Carta das Nações Unidas; a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o Pacto dos direitos civis e Políticos; o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a criação da Organização Mundial de Saúde; a Carta da Organização dos Estados Americanos; e a criação da Organização Pan-americana de Saúde. Cada um desses textos internacionais apresenta elementos importantes para a defesa do Direito à saúde no campo internacional.

a tortura ou escravidão), encontrando-se inelutavelmente ligado à salvaguarda da própria existência, liberdade e dignidade da pessoa humana, compreende-se a razão para que, no transcurso das três últimas décadas, tenha havido uma reconsideração geral da dicotomia entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 359-360).

Cançado Trindade nos lembra, ainda, que o divisor de águas neste sentido foi a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Teerã no ano de 1968. A Conferência proclamou a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em suma, “entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia” (Idem, p. 360)⁵.

O direito à saúde, reconhecido como um direito humano fundamental, encontra-se categorizado no que se convencionou chamar de direitos sociais ou direitos humanos de segunda geração. A própria Constituição de 1988 expressamente declara a saúde como um direito social (CF, art. 6º). Entretanto, cumpre destacar, na linha já traçada por Cançado Trindade, que o direito à saúde, como direito social que é, realmente possui a característica de exigir do Estado brasileiro ações concretas e efetivas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Deve assim o Estado intervir na dinâmica social para a proteção do direito à saúde. De outro lado, a saúde também possui diversas características que lhe oferecem contornos de direito subjetivo público. O direito à saúde pode ser também considerado como um direito subjetivo público (direito de ação, entendido como a faculdade do cidadão ou da coletividade de exigir judicialmente a realização de um direito legalmente reconhecido). O reconhecimento da saúde como direito subjetivo público permite que o cidadão ingresse com uma ação junto ao Poder Judiciário para exigir do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde.

Assim, podemos perceber que, como direito social, o direito à saúde exige do Estado a adoção de ações concretas para sua promoção, proteção e recuperação, como a construção de hospitais, a adoção de programas de vacinação, a contratação de médicos, etc. De outro lado, deve-se ter em vista que o direito à saúde também se configura em um direito subjetivo público, ou seja, um direito oponível ao Estado por meio de ação judicial, pois permite que um cidadão ou uma coletividade exijam do Estado o fornecimento de um medicamento específico ou de um tratamento cirúrgico.

⁵ A Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993, realizada em Viena, também proclamou solenemente a indivisibilidade entre os direitos individuais, civis, políticos, econômicos, culturais e sociais, estipulando ainda outros princípios de interação, nos seguintes termos: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. In: Declaração de Viena e Programa de Ação; item 5 (disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>)

Foi justamente nesse processo de reconhecimento global progressivo dos direitos humanos que a saúde foi expressamente reconhecida como um direito fundamental do homem, inicialmente no direito internacional (1946) e, após algumas décadas, na Constituição brasileira (1988). A partir desse reconhecimento, os sistemas jurídicos constroem um subsistema normativo específico necessário para garantir a sua efetiva proteção, por meio de leis infraconstitucionais e normas infralegais, oferecendo as fontes diretas do direito sanitário, que lhe darão forma e substância.

O reconhecimento da saúde como direito é um passo importante para a defesa da saúde humana. No entanto, esse reconhecimento, para ser realmente válido e ter alguma possibilidade de efetivação justa, exige um ambiente social organizado na forma de um Estado democrático, onde exista uma organização jurídica forte apta a desenvolver as ações e serviços necessários para a efetivação dos direitos, bem como onde a fonte do poder estatal seja o povo, que o exercerá diretamente ou por meio de seus representantes. Assim, efetivação do direito à saúde exige que exista um Estado atuante, governado por representantes do povo que estarão submetidos às leis democraticamente aprovadas. O Estado Democrático de Direito mostra-se, portanto, o ambiente social adequado para a efetivação do direito à saúde, sendo um pressuposto fundamental a ser considerado pelo direito sanitário.

RECONHECIMENTO DA SAÚDE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Em geral, a proteção de um direito humano passa por três fases características: o reconhecimento formal do direito pela Constituição ou por legislação infraconstitucional; a criação de garantias concretas para que o direito reconhecido seja de fato realizado; e a efetivação do direito, por meio da execução de ações e serviços públicos e privados em benefício daquele direito específico. Este movimento de reconhecimento, estabelecimento de garantias e efetivação do direito à saúde convergiu para a emergência do direito sanitário como um novo ramo do direito, que merece ser estudado de forma especializada.

No que se refere ao reconhecimento formal da saúde como um direito, por meio de normas jurídicas internacionais e nacionais, este movimento somente veio a ocorrer de maneira mais sólida e abrangente pelo Direito após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de um novo desenho jurídico internacional de proteção dos direitos humanos. A criação da Organização das Nações Unidas em 1945 foi o início de um esforço internacional para a definição, no campo do Direito, de um conjunto regras jurídicas internacionais de proteção dos direitos humanos, que a partir dali deveriam ser respeitados por todos os Estados do globo.

A saúde foi inserida neste conjunto de direitos humanos que a comunidade internacional se propôs a proteger, valendo destacar aqui, entre os diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, a Constituição da Organização Mundial de Saúde, de 1946, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

O reconhecimento da saúde como um direito pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (1946)

A Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS foi feita na cidade de Nova Iorque em 22 de julho de 1946, tendo entrado em vigor no dia 7 de abril 1948, data em que 26 Estados-membros depositaram junto ao Secretário-Geral da ONU a sua adesão. Atualmente a OMS conta com 193 Estados-membros, sendo o Brasil um deles.

A Constituição da OMS define de forma bastante clara que a saúde é um direito humano que deve ser protegido pelos Estados. No preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde – OMS, está a declaração dos princípios básicos que devem ser seguidos pelos Estados-Partes, em busca da felicidade, da relação harmoniosa e da segurança de todos os povos. Entre esses princípios, destaque-se o que oferece o conceito jurídico de saúde atualmente mais difundido, segundo o qual “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades” (CONSTITUIÇÃO..., 1946).

Além desse princípio básico, devem também ser destacados os seguintes princípios que constam do Preâmbulo da Constituição da OMS e que dão os contornos do reconhecimento da saúde como direito no âmbito do direito internacional: o gozo do maior padrão de saúde desejado é um direito fundamental de todos os seres humanos, sem distinção de raça, religião, opção política e condição econômica e social; a saúde de todos os povos é fundamental para a consecução da paz e segurança e depende da cooperação dos indivíduos e dos Estados; o sucesso de um país na promoção e proteção da saúde é bom para todos os países; o desenvolvimento iníquo em diferentes países para a promoção da saúde e controle de doenças, especialmente as contagiosas, é um perigo comum; o desenvolvimento da saúde da criança é de importância básica; a extensão para todos os povos dos benefícios advindos dos conhecimentos médicos, psicológicos e afins é essencial para atingir a saúde; a opinião informada e a cooperação ativa do público são de importância crucial na melhoria da saúde da população; governos têm a responsabilidade pela saúde de seus povos, que pode ser garantida apenas através da adoção de medidas sociais e de saúde adequadas (Idem).

Destaque-se, portanto, que a Constituição da OMS reconhece a saúde como um direito humano e também deixa explícito que este direito somente será realizado com a participação dos governos dos Estados, que têm a responsabilidade pela saúde de seus povos. Em outras palavras, a saúde foi aqui reconhecida como um direito humano fundamental e, também, como um dever dos Estados nacionais.

Declaração Universal dos Direitos Humanos

Outro importante documento internacional que reconheceu a saúde como um direito humano a ser protegido pelos Estados foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que dispõe em seu preâmbulo:

“o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento

de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum” (DECLARAÇÃO..., 1948).

A declaração de 1948, embora mantenha a nomenclatura adotada pelos documentos elaborados sob a inspiração iluminista nos séculos XVII e XVIII, possui características próprias. Como destaca Dalmo de Abreu Dallari (1991, p. 179):

“O exame dos artigos da declaração revela que eram consagrados três objetivos fundamentais: a certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação prévia e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a segurança dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstância, os direitos fundamentais serão respeitados; a possibilidade dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação de igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições subumanas”.

A declaração inovou ainda ao introduzir elementos que passariam a caracterizar a concepção atual dos direitos humanos, como sua universalidade, indivisibilidade e a interdependência. A partir do art. 23, a Declaração dispõe sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, decorrentes do direito de toda pessoa, como membro de determinada sociedade, à segurança social. Daí advêm os direitos trabalhistas, de previdência, de saúde, de educação, entre outros. A Declaração dispõe, em seu art. 25, item 1, que todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a

“um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

O Brasil assinou a Declaração Universal de Direitos Humanos em 10 dezembro de 1948, data da adoção da Declaração pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Embora possua somente força declaratória, esse documento se transformou em uma das maiores fontes dos princípios gerais do direito internacional moderno.

Pacto dos direitos sociais, culturais e econômicos

Outro instrumento internacional de proteção dos direitos humanos que reconhece expressamente a saúde como direito é o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos, de 1966. Este tratado internacional divide-se em cinco partes, referentes à autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; ao compromisso dos Estados de implementar os direitos ali previstos; aos direitos sociais, econômicos e culturais propriamente ditos; ao mecanismo de supervisão por

meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC; às normas referentes à sua ratificação e entrada em vigor.

São direitos econômicos aqueles relacionados à produção, distribuição e consumo da riqueza, à disciplina das relações trabalhistas, como as que prevêm a liberdade de escolha de trabalho (art. 6^o); condições justas e favoráveis, com especial atenção para uma remuneração que atenda às necessidades básicas do trabalhador e sua família sem distinção entre homens e mulheres quanto às condições e remuneração do trabalho, higiene e segurança, lazer e descanso e promoção por critério de tempo, trabalho e capacidade (art. 7^o), segurança social (art. 9^o), proteção à família, mães, gestantes, vedação de mão de obra infantil e restrição do trabalho de crianças e adolescentes (art. 10).

São direitos sociais e culturais os que dizem respeito ao estabelecimento de padrões de vida adequados, incluindo a instrução e participação na vida cultural da comunidade, como prevêm os arts. 11 a 15, destacando-se a proteção contra a fome, o direito à alimentação, vestimenta, moradia, educação, participação na vida cultural, desfrute do progresso científico, bem como proteção dos patrimônios históricos e culturais das comunidades locais, preservando-se seus valores e tradições.

No que se refere à saúde, o art. 12-1 do Pacto estabelece que

“os Estados-partes reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”,

para logo em seguida (art. 12-2) dispor que

“as medidas que os Estados-partes deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para garantir: a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças; b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) a criação de condições que assegurem a todos a assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

O Brasil veio a ratificar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais somente em 24 de janeiro de 1992, ficando, a partir de então, submetido às suas disposições nos termos do art. 5^o, § 2^o, da Constituição Federal.

Reconhecimento da saúde como direito no Brasil: Constituição Federal de 1988 e legislação infraconstitucional

Podemos dizer que a emergência e consolidação do Direito Sanitário como um ramo do direito no Brasil encontra suas origens na Constituição de 1988, quando a saúde foi reconhecida expressamente como um direito humano fundamental, direito de todos e dever do Estado.

O reconhecimento dado pelo art. 6º da Constituição Federal, que expressamente define a saúde como um direito humano fundamental, foi um avanço significativo para a proteção da saúde no Brasil e deu ensejo ao crescimento do Direito Sanitário no país. A importância da Constituição de 1988 para a consolidação do Direito Sanitário brasileiro é expressa sobretudo pelo Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social, com enfoque para a sua Seção II, que trata especificamente da Saúde (CF, arts. 196 a 200). A partir daí, viu-se uma produção normativa nunca antes vista no que se refere ao tratamento do Direito Sanitário: destaque-se as leis que representam, em seu conjunto, o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde (Leis nºs 8.080 e 8.142, ambas de 1990); os diversos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária (Lei nº 9.782, de 1999) e de Saúde Suplementar (Lei nº 9.656, de 1998); a lei que criou a Hemobrás (Lei nº 10.972, de 2004); a Lei de Bioética (Lei nº 11.105, de 2005), entre outras leis que tratam exclusivamente de assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. Isso sem falar dos inúmeros regulamentos infralegais (decretos, portarias, resoluções produzidos pelo Poder Executivo a partir dessa nova ordem normativa).

Percebe-se que, a partir do reconhecimento da saúde como um direito humano fundamental no Brasil, o Direito Sanitário ganha um impulso transformador formidável. É justamente dessa nova ordem normativa nacional que emerge o Direito Sanitário brasileiro. As normas jurídicas de proteção do direito à saúde no Brasil hoje são numerosas e possuem uma complexidade que exige um estudo aprofundado e especializado. Por tal razão, pode-se afirmar que o Direito Sanitário configura hoje um novo campo especializado do Direito, merecedor de uma atenção especial, uma vez que possui especificidades que o diferenciam dos demais ramos do direito. Esta diferenciação pode ser vista tanto do ponto de vista da própria produção normativa, quanto do ponto de vista dos princípios informadores, das técnicas de interpretação de normas jurídicas e dos mecanismos de decisão estatal sobre saúde.

DEVERES E GARANTIAS JURÍDICAS RELACIONADAS AO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A partir do reconhecimento da saúde como direito, a segunda fase de consolidação do mesmo na sociedade é a do estabelecimento de garantias que possibilitem que este direito se concretize e seja respeitado.

As garantias de um direito são criadas por meio de normas jurídicas (constitucionais, legais e infralegais), conforme as suas especificidades, e visam orientar os indivíduos, a sociedade e o Estado sobre as ações que devem ser tomadas para a efetivação do respectivo direito reconhecido. Visto que a saúde engloba aspectos individuais, coletivos e sociais, fica evidente que, para que o direito à saúde seja garantido, é necessário que os indivíduos, a sociedade e o Estado cumpram determinados deveres, ou seja, adotem comportamentos específicos para que a saúde seja promovida, protegida e recuperada. Para garantir que esses deveres sejam de fato cumpridos, o

Direito brasileiro estabelece uma série de princípios e instrumentos jurídicos voltados à efetivação do direito à saúde.

Entre os princípios do direito sanitário estabelecidos pelo Direito nacional, podemos destacar a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a igualdade, a equidade, a segurança sanitária e a participação da comunidade. Estes princípios servem para dar as bases jurídicas para a criação das garantias do direito à saúde.⁶ Também servem para definir os deveres associados ao direito à saúde que devem ser respeitados pelos indivíduos, empresas e Estado e orientar a hermenêutica aplicada às normas de direito sanitário.

Deveres dos indivíduos para a garantia do direito à saúde

Os deveres dos indivíduos englobam aqueles inerentes à proteção da própria saúde, individual, bem como aqueles que guardam relação com a proteção da saúde das pessoas que se encontram no âmbito do convívio social de cada pessoa.

Os deveres do indivíduo com a própria saúde estão associados à necessidade de o indivíduo esforçar-se para manter hábitos de vida saudáveis, cuidando da melhor forma possível de sua saúde física e mental, tais como alimentação, exercícios, equilíbrio nos esforços realizados no trabalho, uso equilibrado ou abstenção de uso de produtos nocivos à saúde (bebida e cigarros, por exemplo), entre outros comportamentos considerados, pela ciência, como saudáveis.

No que se refere aos deveres do indivíduo com relação à coletividade que o cerca, trata-se do dever de cada pessoa de manter um nível básico de limpeza de sua casa e dos ambientes em que transita, bem como cooperar com os esforços coletivos para a eliminação dos riscos à saúde. Nesse sentido, são deveres dos indivíduos, por exemplo, limpar o quintal de sua casa, não jogar lixo na rua, verificar se há focos de mosquitos da dengue em sua residência ou trabalho, participar dos programas de vacinação de doenças transmissíveis, não disseminar moléstia contagiosa de que sabe ser portador, tratar-se de doenças que possuam potencial de disseminação, entre outros deveres estabelecidos em lei conforme o consenso social de uma determinada comunidade.

Deveres da sociedade para a garantia do direito à saúde

Os deveres da sociedade na proteção do direito à saúde guardam relação com os deveres inerentes aos esforços coletivos necessários para a proteção deste direito. Englobam os deveres das famílias, associações de bairros, organizações não governamentais, empresas, entre outros atores sociais relevantes, de participar ativamente nas campanhas e nas atividades de proteção à saúde. A sociedade, por meio dos atores sociais mencionados, tem uma importância muito grande na proteção da saúde das pessoas em geral. De um lado, a sociedade deve dosar bem a forma como impõe certas condutas: na empresa, o trabalho excessivo; na família, a alimentação inadequada; na sociedade como um todo, definições de padrões estéticos e comportamentais nocivos à saúde etc. De outro lado, a sociedade deve organizar ações coletivas em benefício da

⁶ Sobre os princípios do Direito Sanitário Cf. AITH, 2007.

população como um todo: empresas ambientalmente saudáveis; mutirões de limpeza; serviços comunitários de orientação sobre higiene pessoal e tratamento de resíduos; responsabilidade social; etc.

Grande parte da legislação sanitária brasileira é direcionada para a regulação de atividades de pessoas jurídicas que possam representar riscos à saúde, como por exemplo as Leis 6.437/1977, 6.360/76, 9.782/99, 11.105/05 etc.

Deveres do Estado para a garantia do direito à saúde: o papel dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário

De acordo com o art. 2^º da Constituição Federal, são Poderes da União, harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A Constituição Federal reconheceu a saúde como direito social (art. 6^º) de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no País (art. 196 c/c art. 5^º) e, para sua garantia, imposta literalmente como “dever do Estado” (art. 196), a Constituição define obrigações para todos os poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e para todos os níveis de governo da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Deveres do Poder Legislativo para a garantia do direito à saúde

O Poder Legislativo é o Poder naturalmente criado para fazer as leis no país.

A obrigação de “legislar para proteger e defender a saúde” foi prevista pela CF como sendo de competência legislativa concorrente (art. 24, XII). Expressamente, no Brasil, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a competência para legislar sobre a saúde é concorrente da União e dos Estados. Existe, no entanto, um critério hierárquico subjacente às competências concorrentes.

A Constituição prevê que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, sendo que esta competência não exclui a competência suplementar dos Estados (CF, art. 24, §§ 1^º e 2^º). Na ausência de lei federal sobre normas gerais de saúde, os Estados podem exercer a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades (CF, art. 24, § 3^º). Nesse aspecto, as leis estaduais têm a aplicação limitada aos seus territórios. Estabelece ainda a Constituição que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A análise dos referidos dispositivos Constitucionais permite aferir, quanto ao modo de produção das normas jurídicas sobre saúde no Brasil, que, embora União e Estados possuam competência concorrente, existe uma supremacia evidente das normas jurídicas da União. Tanto assim é que a legislação estadual, no que se refere às denominadas normas gerais, não pode contrariar a legislação federal, sob pena de perda de eficácia.

De outro lado, na ausência de lei federal, a competência legislativa dos Estados é plena, isto é, os Estados podem suplementar a legislação federal sempre que se

mostrar necessário para a defesa do direito à saúde. Na ausência de normas gerais federais, pode o Estado elaborar as suas próprias normas gerais. Advindo a lei federal que institui normas gerais, a legislação estadual perde a sua eficácia no que lhe for contrária. É essa a lógica dada pela Constituição Federal.

Com relação aos Municípios, as Câmaras Municipais também participam da produção de normas jurídicas sobre saúde de forma complementar, conforme disposto no art. 30, II: “Compete aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual no que couber”. Resta assim, para as Câmaras Municipais, preencher eventuais lacunas normativas, necessárias para atender às peculiaridades existentes em cada município brasileiro. Note-se, entretanto, que o exercício dessa competência complementar subordina-se às normas gerais estabelecidas pelos respectivos Estados e pela União.

A competência concorrente estabelecida no art. 24 da Constituição permite a possibilidade de uma dupla legislação sobre a mesma matéria, numa espécie de consórcio legislativo. Nessa hipótese, a União cuida da matéria em sua generalidade, pela norma geral. O exercício da competência concorrente pelo Estado-membro aperfeiçoa-se pela suplementação da matéria cuidada. O que pode ser suplementado é aquilo que especifica, singulariza o tratamento às peculiaridades dos interesses e condições dos diversos Estados-membros. Pela suplementação do quanto estabelecido na generalidade da legislação nacional, por meio de normas gerais, acrescentam-se, pois, pontos que não são objeto de tratamento uniforme para o Estado nacional por atenderem a interesses predominantemente estaduais ou locais (Cf. ROCHA, 1997). Nos dizeres de Dallari (2002, p. 61-83), a União pode legislar sobre normas gerais de saúde, fixando princípios e diretrizes genéricas que serão de observância obrigatória pelos legisladores estaduais e municipais. Essas normas, que devem manter-se nos limites das normas “gerais” ou “principiológicas”, são obrigatórias para a União, os estados, os municípios e os agentes administrativos.

No âmbito da União, a produção normativa sobre saúde a partir de 1988 se intensificou de forma bastante célere. Antes da Constituição de 1988, já existiam algumas Leis Federais que expressamente tratavam de temas de interesse à saúde, como as Leis 5.991, de 1973, 6.259, de 1975, 6.360, de 1976, e 6.437, de 1977. Essas Leis, ainda esparsas, organizavam um sistema de vigilância em saúde no Brasil, mas não formavam ainda um todo coerente e harmônico suficiente para que se possa dizer que, naquela época, já tínhamos um campo desenvolvido de direito sanitário no Brasil. A legislação da década de 1970 representa a gênese do direito sanitário brasileiro, e foi em grande parte recepcionada pela Constituição Federal. No entanto, a consolidação deste ramo do direito somente veio afirmar-se na década de 1990.

De fato, desde que os movimentos sociais organizados em prol da saúde no Brasil conseguiram inserir no texto constitucional grande parte dos seus anseios, o Direito Sanitário ganhou um fôlego que, até então, não possuía no país. Começando pelo reconhecimento da saúde como um Direito, expresso no art. 6º da Constituição Federal, até a estruturação de um Sistema Único de Saúde nacional, que organiza as ações do Estado para a promoção, proteção e recuperação da saúde, o direito sanitário

encontra hoje na Constituição de 1988 as suas grandes bases jurídicas, sendo que a partir dela o Poder Legislativo iniciou uma produção normativa nunca antes vista no que se refere ao tratamento do direito sanitário. Foram aprovadas e estão em vigência plena atualmente diversas leis específicas do direito sanitário, tais como as Leis 8.080 e 8.142, de 1990; os Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as Leis 9.782/99; 9.656/98; 9.961/00; 11.105/05, entre outras leis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Legislar para fins de proteção do direito à saúde é um dos deveres fundamentais do Poder Legislativo, a quem compete, ainda, fiscalizar o Poder Executivo sobre a correta execução das leis aprovadas e definir os recursos a serem aplicados em saúde no Brasil por meio da aprovação das leis orçamentárias anuais e plurianuais.

Deveres do Poder Executivo: o Sistema Único de Saúde (SUS) como uma garantia do direito à saúde

O art. 23, II, da CF dispõe ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e da assistência pública, da proteção e da garantia das pessoas portadoras de deficiência”. A competência comum definida pela Constituição Federal significa que todos os entes federativos do Brasil possuem atribuições solidárias voltadas à atenção à saúde.

Este modelo de organização de competências faz com que o Sistema Único de Saúde seja formado, em verdade, pela soma dos subsistemas de saúde federal, estaduais, municipais e do Distrito Federal, já que cada ente federativo possui o seu sistema de saúde com direção única em cada esfera de governo (CF, art. 198, I). Assim, existe, em cada ente federativo, um sistema de saúde específico: na União, o Sistema Federal de Saúde; nos Estados, os Sistemas Estaduais de Saúde; no DF, o Sistema Distrital de Saúde; e nos municípios os Sistemas Municipais de Saúde. A união articulada e harmônica destes sistemas federativos de saúde constituirá o Sistema Único de Saúde – SUS.

A competência material de prestação de serviços públicos de saúde que cada ente federativo possui em relação ao SUS encontra-se, inicialmente, definida pela própria Constituição Federal, que em seu art. 200, incisos I a VIII, elenca algumas das competências do Sistema Único de Saúde. As competências fixadas pela Constituição podem ser ampliadas pela lei, como de fato foram pela Lei nº 8.080/90 e outros instrumentos normativos específicos.

Dentro do contexto organizacional do sistema de saúde brasileiro, o SUS é composto pelo conjunto de ações e serviços públicos de saúde prestados no Brasil, estando representado, principalmente, pelas instituições jurídicas, estatais ou privadas, responsáveis pela execução de ações e serviços públicos de saúde. Trata-se de um sistema que define, harmoniza, integra e organiza as ações desenvolvidas por diversas instituições de direito público e privado existentes no Brasil, como o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, as Agências Reguladoras, entre outras entidades estatais ou privadas que prestam serviços públicos de saúde.

A CF, ao definir o SUS, estabelece as suas principais diretrizes (art. 198, incisos I a III), expõe algumas de suas competências (art. 200), fixa parâmetros de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, §§ 1º a 3º) e orienta, de modo geral, a atuação dos agentes públicos estatais para a proteção do direito à saúde (arts. 196, 197 e 198, *caput*). Como previsto no art. 196 da CF, a saúde é direito de todos e dever do estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Para melhor explicar os contornos do dever estatal de proteger o Direito à saúde, a Constituição Federal prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

A execução de ações e serviços de saúde pelo Estado é feita por diferentes modelos jurídicos de organização e gestão de serviços públicos. O mais comum no âmbito do SUS é a prestação direta dos serviços públicos, feita por pessoas jurídicas de direito público estatais, tais como o Ministério da Saúde, as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, as Autarquias hospitalares, as Autarquias Especiais (Agências Reguladoras) e as Fundações públicas de direito público. Assim, a execução direta de ações e serviços públicos de saúde pelo Estado pressupõe a existência de um conjunto de instituições jurídicas de direito público a quem são conferidos poderes e responsabilidades específicos para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Todas as ações e serviços de saúde executados pelas instituições de direito público são consideradas ações e serviços públicos de saúde e estão, portanto, dentro da esfera de atuação do Sistema Único de Saúde (Lei Federal nº 8.080/90, art. 4º).

De acordo com a Constituição, também serão considerados ações e serviços públicos de saúde integrantes do SUS aqueles executados por instituições privadas nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição, ou seja, aqueles prestados por instituições privadas que firmem convênios ou contratos com as instituições de direito público do SUS e que observem as suas diretrizes e princípios. Tal abertura constitucional deu ao Brasil a possibilidade de organizar diferentes modelos jurídicos de gestão de serviços públicos, articulando o sistema público com os serviços privados de saúde. É esta diversidade de modelagens jurídicas que a investigação aqui desenhada pretende identificar, descrever e analisar.

A possibilidade legal de diferentes modelagens de prestação de serviços públicos de saúde foi consolidada legalmente pela Lei Federal 8.080/90, que define o Sistema Único de Saúde em seu art. 4º, dispondo que o

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

O § 1º do mesmo artigo prevê que

“estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produ-

ção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde”.

No que diz respeito à participação da iniciativa privada no SUS, o § 2º do mesmo dispositivo legal estabelece que “a iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.

O estudo sobre os deveres do Poder Executivo para a efetivação do direito à saúde é um dos principais focos do direito sanitário atualmente, para que se possa aperfeiçoar o Sistema Único de Saúde de modo que este seja um real garantidor do direito à saúde no país.

Os deveres do Poder Judiciário para a garantia do direito à saúde no Brasil

De acordo com a Constituição Federal, o Poder Judiciário é responsável por assegurar direitos no Brasil. O art. 5º, XXXV, dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como visto, a saúde foi reconhecida como direito fundamental pela CF, cabendo ao Estado o dever de assegurar este direito. Ao Poder Legislativo compete elaborar as leis que garantam as condições sociais e instrumentais necessárias para a execução de políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos à saúde e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para a promoção, proteção e recuperação da saúde (CF, arts. 6º e 196 a 200). Ao Poder Executivo compete organizar a rede de serviços públicos de saúde, direta ou indiretamente, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS. E ao Poder Judiciário compete apreciar todas as demandas que lhe forem submetidas sobre lesões ou ameaças de lesões ao direito à saúde, uma vez que este direito foi expressamente reconhecido pela Constituição e pelas leis.

O reconhecimento da saúde como direito em 1988 provocou um aumento consistente e acelerado no número de demandas por saúde junto ao Poder Judiciário. Ações judiciais pedindo providências do Estado para assegurar o direito de acesso a medicamentos, cirurgias, próteses, ações de vigilância sanitária, entre outros serviços de saúde, vêm se tornando comuns nas diversas comarcas do país. Juízes que antes nunca tinham ouvido falar em direito sanitário começam agora a deparar-se com questões de alta complexidade relacionadas com demandas judiciais que pedem acesso a serviços de saúde estatais. Diversas pesquisas no país foram ou estão sendo produzidas para compreender a forma como o Judiciário vem enfrentando estas demandas⁷.

O aumento da atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde vem provocando reações positivas deste Poder estatal. Verifica-se um esforço do Judiciário para que o seu papel seja cumprido com eficácia e de forma equilibrada. Nesse sentido, destacam-se a Audiência Pública organizada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes, para discutir com a sociedade o que vem

⁷ Cf. ROMERO, 2010; ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS.

sendo chamado de *judicialização da saúde*⁸, a recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ para que os juízes aumentem o seu conhecimento sobre o direito sanitário⁹ e, finalmente, a criação do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde¹⁰.

A Audiência Pública, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Os resultados desta audiência foram bastante proveitosos, destacando-se a aprovação da Recomendação nº 31, no âmbito do CNJ, que recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Finalmente, como importante movimento do Poder Judiciário para o aperfeiçoamento de sua participação na defesa do direito à saúde, foi aprovada, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante a sua 102ª sessão plenária, uma resolução que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e a solução de demandas relativas à assistência à saúde. O Fórum Nacional do Judiciário para Assistência à Saúde foi criado pelo CNJ após a Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) para discutir o aumento das ações judiciais na área de saúde, como, por exemplo, obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, tanto no setor público quanto no setor privado. De acordo com a Agência de Notícias do CNJ, a criação do fórum é fruto da preocupação do CNJ com o elevado número de demandas judiciais sobre saúde no Brasil, em fenômeno conhecido como *judicialização da saúde*. Trata-se de um tema que envolve os três poderes constituídos e toda a sociedade. De acordo com o Ministério da Saúde, os gastos do órgão só com a compra de medicamentos por determinação judicial vêm aumentando consideravelmente no decorrer dos anos. Segundo o MS, foram gastos R\$ 2,4 milhões, em 2005; R\$ 7,6 milhões, em 2006; R\$ 17,3 milhões, em 2007; e R\$ 52 milhões, em 2008 (Agência CNJ de Notícias).

CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUESTÕES ATUAIS DE DIREITO SANITÁRIO NO BRASIL

O direito sanitário representa hoje um novo campo da ciência jurídica no Brasil, que movimenta tanto o Estado como a sociedade no sentido de definir os seus contornos e oferecer as soluções adequadas para as questões relacionadas com o direito à saúde que se apresentam no dia a dia.

⁸ O material completo sobre esta Audiência Pública pode ser acessado no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>.

⁹ A Recomendação nº 31, de 7 abr. 2010, pode ser acessada no sítio eletrônico <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&task=view&id=10547&Itemid=515>.

¹⁰ Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado na 102ª Sessão do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), teve seu primeiro encontro realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2010 em São Paulo.

Diversos temas do direito sanitário são hoje discutidos na comunidade jurídica com bastante amplitude, instigando os profissionais da área jurídica e da saúde pública para a produção de novos conhecimentos que melhorem o desenvolvimento do Estado brasileiro. Destacam-se, neste momento, seis temas associados ao direito sanitário que geram controvérsias jurídicas e políticas e que dependem de maiores estudos e pesquisas no país.

Judicialização da saúde

A judicialização da saúde representa um termo que se generalizou nas discussões sobre saúde pública no país, em especial a partir do aumento exponencial das ações judiciais levadas ao Poder Judiciário para demandar serviços de saúde do Estado brasileiro.

Tendo em vista o alto grau de proteção dado ao direito à saúde pela Constituição e legislação complementar, o Judiciário vem sendo cada vez mais cobrado para que auxilie a sociedade brasileira na efetivação do direito à saúde no país. As demandas judiciais pedindo serviços de saúde geram, às vezes, consequências que afetam as políticas públicas programadas e acabam interferindo na capacidade de planejamento e de ação do Poder Executivo.

No entanto, enquanto o Poder Executivo não oferecer um sistema de saúde capaz de atender aos ditames constitucionais e legais, caberá ao Poder Judiciário proteger o direito à saúde de todos aqueles que legitimamente levarem ao seu conhecimento uma lesão ou ameaça de lesão ao direito à saúde. Esse é o modelo de separação de Poderes consolidado em nossa Constituição, onde Executivo, Legislativo e Judiciário realizam os freios e contrapesos necessários, garantindo que nenhum dos poderes abuse do Poder ou se omita de suas obrigações. A harmonia e independência dos Poderes do Estado é fundamental para que se verifique um uso equilibrado dos poderes estatais delegados aos agentes públicos responsáveis pelo Estado.

Os conflitos entre a saúde pública e as liberdades individuais

Outro tema de alta relevância no campo do direito sanitário e que suscita uma série de discussões refere-se à constante tensão existente entre os interesses da saúde pública e os interesses e direitos individuais.

De fato, para a proteção da saúde pública é necessário, por vezes, proibir, limitar ou condicionar o exercício de certas liberdades individuais. Assim, em nome da saúde pública se pode proibir o uso de drogas ilícitas; condicionar o uso de drogas lícitas; obrigar as pessoas a adotarem certas condutas (vacinação obrigatória, p.e.); exigir o tratamento compulsório, o isolamento ou a quarentena (em casos de epidemias); fechar estabelecimentos que não estão de acordo com as normas sanitárias; controlar a produção e o comércio de alimentos; etc.

Definir o que é permitido e o que é obrigatório em nome da saúde pública é uma tarefa do Direito e um objeto específico de estudo do direito sanitário. Compreender

os limites da liberdade individual em nome da saúde pública, bem como os limites da saúde pública com relação às liberdades individuais é um desafio permanente nas sociedades democráticas. Somente um ambiente democrático e livre pode permitir a construção de consensos sociais sobre temas relacionados à saúde pública, consensos esses que devem ser sempre associados ao interesse público de promoção e proteção da saúde.

Deve-se destacar, por oportuno, que esses conflitos, em geral, afetam direitos e interesses associados à religião (aborto, p.e.), a aspectos financeiros (custo para obedecer uma norma sanitária; custo de um tratamento ou de um medicamento; custo para ter uma alimentação saudável), à propriedade (patentes de medicamentos, inviolabilidade do domicílio), à produção científica (pesquisa com embriões, engenharia genética, pesquisa com seres humanos), entre outros direitos e interesses sensíveis.

Modelos jurídicos de prestação de serviços públicos de saúde

Outro tema de alta relevância discutido no campo do direito sanitário, e bastante associado ao direito administrativo, refere-se aos diferentes modelos de prestação de serviços públicos de saúde no Brasil. Carregado de componentes ideológicos, os modelos de prestação de serviços públicos de saúde no Brasil são definidos pelo Direito, que oferece, como visto, uma ampla gama de opções.

Compreender quais os modelos mais adequados para a prestação de serviços de saúde eficazes, de qualidade, humanizados é fundamental para a efetivação do direito à saúde. Discussões sobre as fundações estatais de saúde, os contratos de gestão, os recursos humanos em saúde, as compras públicas em saúde, os modelos de financiamento dos serviços de saúde, entre outras, são inerentes a este tema.

Participação da comunidade para a garantia do direito à saúde

Outro tema bastante relevante no campo do direito sanitário refere-se aos modelos de participação da comunidade na efetivação do direito à saúde por meio de mecanismos que assegurem à população um efetivo protagonismo na formulação e execução das políticas de saúde, bem como na produção das normas jurídicas sobre saúde.

O direito sanitário já oferece, hoje, por meio da Lei 8.142/90, mecanismos de participação social institucionalizados: as conferências de saúde e os conselhos de saúde. Também se tem aumentado a utilização, por diferentes autoridades do Poder Executivo, do uso de mecanismos como a audiência pública e a consulta pública para que a população participe efetivamente da construção das políticas públicas de saúde e na definição das normas jurídicas de saúde a serem criadas.

O desafio que se impõe, ainda, é o de compreender se esses mecanismos de fato asseguram a participação da comunidade na efetivação do direito à saúde, ou se são passíveis de melhorias ou de substituição por mecanismos melhores e mais democráticos.

Legislação em saúde

O último tema importante de direito sanitário que merece menção é o da produção legislativa em saúde. Como visto, a produção legislativa em saúde vem aumentando de forma visível, ampliando assim o campo de estudo do direito sanitário.

Iniciativas como o Observatório da Saúde no Legislativo, capitaneadas pelo Fiocruz Brasília em parceria com o Congresso Nacional, são fundamentais para o aperfeiçoamento da legislação em saúde no Brasil.

Importantes projetos de lei sobre saúde tramitam no Congresso Nacional e possuem potencial de impacto bastante grande sobre a efetivação do direito à saúde no Brasil, valendo mencionar, sem ser exaustivo, a regulamentação da Emenda Constitucional nº 29/2000, a codificação da legislação sanitária, a responsabilidade sanitária, a legalização ou não do aborto, a legalização ou não de certas drogas, entre outros projetos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGENCIA CNJ DE NOTÍCIAS. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10534&Itemid=615>. Acesso em: 20 nov. 2010.

AITH, Fernando. *Curso de Direito sanitário*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2007

BOURDELAIS, P. *Les hygienistes, enjeux, modèles et pratiques* (XVIII – XX siècles). Paris : La Decouverte, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília : Senado Federal, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratado de Direito internacional dos Direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CIPPOLA, C. *Public health and the medical profession in the renaissance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. 1946. Preâmbulo. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2011.

DALLARI, D. A. *Normas gerais sobre saúde*: cabimento e limitações. Programa Nacional de controle de dengue: amparo legal à execução das ações de campo. Brasília: Funasa/Ministério da Saúde, 2002.

_____. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo : Saraiva, 1991.

DECLARAÇÃO dos Direitos humanos de 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 20 mar. 2011.

DESROSIÈRES, A. *La politique des grands nombres : histoire de la raison statistique*. Paris : La Decouverte, 1993.

ESCOLA DE SAÚDE PÚBLICA DO ESTADO DE MINAS GERAIS (ESP/MG). Pesquisa em Direito sanitário. Sistema de pesquisa em Direito sanitário. Disponível em: <<http://www.spdisa.gti.esp.mg.gov.br/login.php>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

HERZLICH, C. *Santé et maladie, analyse d'une représentation sociale*. Paris : Mouton, 1969.

_____. *Médecine moderne et quête de sens: la maladie signifiant social*. In: AUGÉ, M ; HERZLICH, C. *Le sens du mal: Anthropologie, histoire, sociologie de la maladie*. Paris: Archives Contemporaines, 1984.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NIKKEN, Pedro. *El concepto de Derechos humanos*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994. (Serie Estudios de Derechos Humanos, t. 1).

RIVERS, WHR. *Medicine, magic and religion*. Londres: Paul Kegan, 1924.

ROCHA, C. L. A. *República e Federação no Brasil*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

ROMERO, Luis Carlos. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em ações de medicamentos. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 2, p. 11-60, jul./out. 2010.

WILLIAMS, R. *A Protestant legacy: attitudes to death and illness among older aberdonians*. Oxford : Clarendon Press, 1990.

WINSLOW, C. E. A. *The evolution and significance of the modern public health campaign*. New Haven: Yale University Press, 1923.

A produção legislativa em saúde

A EFICÁCIA DO PODER EXECUTIVO E DO PODER LEGISLATIVO NA ELABORAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL EM SAÚDE DE 1988 A 2008¹¹

Alcinda Maria Machado Godoi

INTRODUÇÃO

O objetivo deste estudo é descrever e analisar a legislação federal de saúde produzida no período pós-constituente (1988-2008), em uma tentativa de determinar o papel desempenhado pelos Poderes Legislativo e Executivo na formulação das políticas de saúde via produção legislativa e de avaliar a relevância dessa produção para a construção e consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), nos moldes com que está preceituado na Carta Magna.

A Constituição Federal representou um marco para a saúde pública brasileira ao reconhecer a saúde como direito fundamental do cidadão e como dever do Estado, a ser provido por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e pela garantia de acesso universal e igualitário às ações e aos serviços públicos de saúde (CF, art. 196). Ela rompeu com a lógica até então dominante de um sistema de saúde fragmentado, dicotomizado (ações preventivas e assistenciais de baixa densidade tecnológica, a cargo do Ministério da Saúde, *versus* ações médico-assistenciais individuais, a cargo do Ministério da Previdência e Assistência Social) e excludente (segurados da Previdência Social *versus* não-segurados) (ELIAS, 1996). O texto constitucional representou o reconhecimento e a afirmação da saúde como direito social, em consonância com os ideais de democratização reivindicados pela sociedade.

No ordenamento constitucional, foram estabelecidas as bases jurídico-legais e técnicas de configuração do novo sistema público de saúde: a constituição de uma rede de serviços regionalizada e hierarquizada, com comando único em cada esfera de governo, e pautada pela descentralização, pelo atendimento universal e integral e pela participação da comunidade.

Ainda de acordo com a Constituição, o poder público deve dispor sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e dos serviços públicos de saúde, nos termos da lei. Assim, desde a edição da Carta Magna, uma série de instrumentos normativos vem configurando a estrutura e as práticas institucionais do novo sistema de saúde. Esse arcabouço normativo inclui ampla gama de instrumentos jurídicos – emendas constitucionais, leis ordinárias, medidas provisórias, decretos e normas operacionais,

¹¹ Este texto foi extraído e adaptado do trabalho realizado a título de conclusão do Curso de Especialização em Ciência Política, da Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS) e Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em 2008, sob a orientação da Prof. Dra. Leany Barreiro Lemos.

como as portarias ministeriais – e tem institucionalizado novos direitos e novas regras organizacionais e operacionais, no âmbito do sistema de prestação de serviços de saúde.

O Congresso Nacional, no período pós-Constituinte, tem-se manifestado sobre as políticas públicas de saúde, sejam elas relacionadas diretamente ao SUS, sejam relacionadas à função reguladora que o Estado deve assumir diante do mercado em saúde, uma vez que se optou por um modelo de sistema que admite a participação do setor privado. No entanto, identificamos poucos trabalhos analíticos sobre a contribuição do Legislativo na formulação da política de saúde, como os de Baptista (2003) e Bahia; Costa; Stralen (2007).

Nosso interesse, ao realizar este trabalho, foi o de entender a formulação da política de saúde no âmbito do Parlamento brasileiro no período pós-Constituinte, identificando o papel dos principais formuladores da legislação – Executivo e Legislativo – na construção da política de saúde na arena legislativa. Entendemos que essa é uma arena fundamental na construção das políticas públicas, pois é onde se processam – ou deveriam se processar – as decisões sobre quais políticas serão desenvolvidas e sobre as normas que as regerão.

O processo de construção de uma política pública se inicia com a emergência de um elenco de temas – a partir da demanda de grupos de interesse ou da própria burocracia de Estado –, para integrar a agenda das instituições políticas, a partir do que serão objeto de discussão e de decisão por parte dos atores políticos. Só então elas vão ganhar o campo das instituições burocráticas para serem implementadas e, posteriormente, avaliadas quanto à sua efetividade (Cf. RUA, 1998; FREY, 2000). A formulação das políticas públicas tem no parlamento um *locus* fundamental, pois aí se inscrevem as demandas sociais, processam-se os conflitos entre os diferentes interesses e são tomadas as decisões de acordo com a hierarquia de preferência dos atores políticos envolvidos.

O processo decisório, que é conformado por um conjunto de regras institucionais, resulta em uma escolha – entre as muitas opções colocadas – que expressa, além das preferências dos políticos, as interações estabelecidas por eles, entre si e com os demais atores sociais. Esse processo sofre a influência das regras institucionais, que condicionam as chances de êxito, de acordo com a posição dos diversos atores – políticos, burocracia estatal e setores privados organizados – dentro do jogo político.

A partir da produção legislativa federal em saúde, procuramos identificar o papel do Poder Legislativo e do Executivo na elaboração das leis, identificando diferenças quanto ao conteúdo e à abrangência da legislação produzida por esses Poderes e quanto à sua capacidade de fazer aprovar suas proposições dentro do Congresso Nacional.

Quanto à capacidade de determinar a agenda e aprovar suas proposições, a literatura é farta em estudos que mostram a predominância do Executivo sobre o Legislativo, tanto em função dos mecanismos institucionais relacionados ao processo legislativo inscritos na Constituição, que confere primazia ao Poder Executivo em relação a diversas matérias e na definição da agenda, quanto em função dos recursos não legislativos

de que dispõe, como o controle do acesso aos postos governamentais – ministérios e cargos –, o que coloca o presidente em posição estratégica para negociar o apoio de que necessita a partir de bases partidárias, o que caracteriza o presidencialismo de coalizão brasileiro (Cf. FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999, *apud* CARVALHO, 2008).

Há, na literatura, diversos estudos apontando para a preponderância do Executivo na definição da agenda e na formulação das políticas públicas (Cf. FIGUEIREDO, 1990; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1995, 1999; PEREIRA; MUELLER, 2000; RODRIGUES, 1998, *apud* ZAULI; RODRIGUES, 2002). A força do Executivo é identificada tanto na ação legislativa típica quanto na ação da burocracia estatal, mediante a edição de normas infralegais que, muitas vezes, promovem verdadeiras modificações nas políticas aprovadas pelo Congresso. É amplamente aceito que o presidencialismo brasileiro está pautado fortemente na figura do presidente, que detém amplo poder legislativo concedido pela Constituição Federal. De acordo com Figueiredo (1990) e Figueiredo e Limongi (2002), 86% das leis produzidas entre 1989 e 1998 foram originárias do Poder Executivo.

O Executivo, além de deter o poder de agenda e de decisão sobre as políticas públicas, detém a prerrogativa de implementação e de avaliação, o que lhe confere a capacidade de esvaziar as políticas originárias do Legislativo que não se coadunem com suas prioridades.

ATIVIDADE LEGISLATIVA EM SAÚDE: AS PROPOSIÇÕES E O PROCESSO LEGISLATIVO QUE DERAM ORIGEM ÀS LEIS DE SAÚDE

Para a realização do presente trabalho, foi feito um levantamento da legislação federal em saúde produzida no período pós-constituente (leis ordinárias, leis complementares, emendas constitucionais), mediante consulta ao *site* da Presidência da República, e sua posterior classificação em grandes áreas temáticas, com a identificação daquelas que têm caráter estruturante do setor. O período coberto pela pesquisa vai de outubro de 1988 a outubro de 2008, que corresponde aos vinte anos de vigência da atual Constituição Federal e de criação do SUS. Foram identificadas, nesse período, 129 leis ordinárias, seis emendas constitucionais e nenhuma lei complementar.

É preciso chamar a atenção para a dificuldade, ou até mesmo impossibilidade, de se ter uma definição única e precisa do que sejam leis de saúde, podendo-se adotar uma concepção mais ou menos restrita. A depender do conceito utilizado, o universo de pesquisa poderá assumir diferentes configurações, o que acarreta óbvias consequências sobre os resultados. Adotamos neste estudo uma concepção mais ampliada de saúde, admitindo como leis de saúde não só aquelas que dizem respeito à atenção médico-assistencial ou às ações e aos serviços de saúde, mas também leis que tratam de fatores determinantes de doenças e outros agravos e que estabelecem regras de proteção à saúde da população. Com isso, abriu-se um leque maior de normas incluídas no estudo.

As leis de saúde foram classificadas segundo duas dimensões: 1) finalidade ou natureza da lei; e 2) campo temático. Dessa forma, foi possível identificar as áreas priorizadas

dentro do campo legislativo que iriam constituir as políticas públicas e o tipo de política predominante – se estruturante, regulatória ou distributiva.

A partir das leis identificadas no período considerado, foram recuperadas as proposições legislativas que lhes deram origem e levantados dados sobre a tramitação das proposições de interesse para o estudo.

Do ponto de vista estritamente quantitativo, os dados do presente estudo não corroboram a tese de que a produção legislativa do Executivo é muito superior à do Legislativo. Pelo menos na área da saúde, o Poder Legislativo prepondera sobre o Executivo. Do total de leis produzidas no período de outubro de 1988 a outubro de 2008 (Tabela 1), mais de 60% são originárias do Poder Legislativo, enquanto o Executivo é responsável por pouco menos de 40% das leis federais em saúde. Isso coloca em questão, pelo menos no que diz respeito ao tema saúde, a preponderância do Executivo na produção legislativa.

Tabela 1 - Distribuição (nº e %) das leis de saúde, segundo tipo e iniciativa da proposição originária. Brasil, out/1988 a out/2008

Iniciativa	Total de proposições	PL	MPV	PEC
Executivo	51 (37,8)	26 (25,0)	25 (100,0)	–
Legislativo	84 (62,2)	78 (75,0)	–	6 (100,0)
Câmara	55 (40,7)	52 (50,0)	–	3 (50,0)
Senado	29 (21,5)	26 (25,0)	–	3 (50,0)
Total	135 (100,0)	104 (100,0)	25 (100,0)	6 (100,0)

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos dos *sites* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

No entanto, é preciso observar que, como estamos partindo das leis aprovadas, não há como medir a capacidade de cada um dos Poderes em aprovar suas proposições, em relação ao total de projetos apresentados. O que se mede aqui é o resultado final da ação legislativa em saúde de cada um dos Poderes, ou seja, o quanto cada Poder tem de participação no arcabouço jurídico que conforma a política de saúde vigente.

A capacidade legiferante, contudo, não se restringe ao quantitativo de leis produzidas, mas principalmente deve ser referida em termos de relevância da política de saúde gerada. Para tanto, é necessário incorporar a análise de conteúdo das leis, que no presente estudo será feita com base nos temas de saúde e nos objetivos das leis perante as políticas de saúde. Essa análise será explicitada mais adiante.

Ainda em relação aos dados da Tabela 1, eles mostram que 77,1% das leis de saúde foram originadas de projetos de lei ordinária (PL), 18,5% de medidas provisórias (MP) e 4,4% de propostas de emenda constitucional (PEC). Quase metade das leis originárias do Executivo foi decorrente de MP e a outra metade de projetos de lei ordinária.

A totalidade de emendas constitucionais que tratam de assuntos da área da saúde foi resultante de proposições de iniciativa do Legislativo. Esse fato, dado o rito especial necessário para a aprovação de uma PEC¹², demonstra a capacidade do Legislativo de estabelecer amplos acordos e de criar consenso político em torno de determinadas questões relevantes para a saúde.

Com relação à tramitação (Tabela 2), os dados revelam que as proposições originárias do Poder Executivo têm um tempo de tramitação¹³ extremamente curto em comparação com o das proposições iniciadas no Legislativo. Os processos de tramitação das proposições do Legislativo levam, em média, um tempo oito vezes maior para serem concluídos que os do Executivo.

Tabela 2 - Distribuição (nº e %) das leis de saúde segundo a tramitação das proposições originárias. Brasil, out/1988 a out/2008

Tramitação	Executivo (n=51)	Legislativo		
		Total (n=84)	Câmara (n=56)	Senado (n=28)
<i>Tempo médio de tramitação (em dias)</i>	184	1.493	1.563	1.354
Regime de tramitação				
Ordinária	7 (13,7)	49 (58,3)	44 (78,6)	5 (17,9)
Urgência	39 (76,5)	9 (10,7)	7 (12,5)	2 (7,1)
Prioridade	5 (9,8)	20 (23,8)	2 (3,6)	18 (64,3)
Especial	–	6 (7,1)	3 (5,4)	3 (10,7)

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos dos *sites* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Esse dado está relacionado à prerrogativa do Executivo de pedir urgência para os seus projetos: 77,7% das proposições do Executivo tramitaram em regime de urgência, enquanto apenas 10,7% das proposições do Legislativo tramitaram sob esse regime¹⁴. Os pedidos de urgência encurtam o tempo de tramitação em todas as instâncias, podendo inclusive suprimir a etapa de análise e parecer das comissões temáticas, eliminando, assim, uma importante instância de discussão e modificação das proposições legislativas.

Os dados apontam, portanto, para uma maior atuação proativa do Legislativo, em que pese o Executivo ter utilizado amplamente suas prerrogativas constitucionais, como

¹² A Constituição Federal, em seu art. 60, § 2º, determina que, para ser aprovada, a proposta de emenda constitucional deverá ser discutida e votada em cada uma das Casas do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal), em dois turnos, e receber a aprovação de pelo menos três quintos dos votos dos membros em ambas.

¹³ O tempo de tramitação considerado neste estudo corresponde ao período entre a data de apresentação da proposição e a data de envio para a sanção presidencial.

¹⁴ Foi considerado o regime de tramitação da proposição na sua passagem pela Câmara dos Deputados.

a edição de medidas provisórias e o pedido de urgência nas matérias sobre saúde, o que facilita a aprovação de suas proposições pelo menor tempo de tramitação e pela possibilidade de supressão de instâncias de discussão, como a apreciação por parte das comissões.

O CONTEÚDO DAS LEIS PRODUZIDAS

Para analisar o conteúdo das leis produzidas e o tipo de política de saúde formulado por elas, que é o principal interesse deste trabalho, foi adotada uma classificação com base na *natureza da lei*, isto é, de acordo com o objetivo da lei em relação ao sistema de saúde ou a outras questões de saúde. Com base nesse critério, as leis foram classificadas como:

1. estruturantes do SUS: leis que determinam ou alteram o arcabouço do sistema público de saúde, definindo o modelo de atenção e de organização, as competências, e outros aspectos que vão conformar o próprio sistema de saúde;
2. organizativas do SUS: são leis que tratam de questões administrativas do SUS, mas que não alteram o arcabouço institucional, não têm efeitos sobre a configuração do sistema;
3. de financiamento do SUS: são leis que disciplinam como se dará o financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde, definindo fonte, montante, forma de transferência de recursos, entre outros aspectos;
4. regulatórias: são leis que tratam de estabelecer regras de funcionamento dos serviços de saúde, bem como para atividades, produtos ou setores que causam impacto sobre a saúde, impondo obrigações ou sanções;
5. distributivas: leis que transferem recursos da União para grupos ou instituições específicos, na forma de benefícios assistenciais ou financeiros; e
6. simbólicas: leis que não geram impacto em termos da atenção à saúde nem criam direitos, como, por exemplo, leis que instituem dias comemorativos, criam símbolos, dão denominação a instituições etc.

Os dados apresentados na Tabela 3 revelam que a principal diferença entre as proposições de autoria do Executivo e do Legislativo está no fato de o Executivo ter praticamente a exclusividade na formulação de proposições de caráter estruturante ou organizativo do SUS. Praticamente todas as proposições com esses objetivos foram iniciadas pelo Executivo (15 das 16 proposições com esse caráter). A única norma desse tipo que não foi proposta pelo Executivo é originária da Câmara dos Deputados e trata da criação e organização do subsistema de saúde indígena no SUS.

Em relação às proposições que tratam do financiamento do SUS e as de cunho regulatório e distributivo, não houve diferenças significativas entre os dois Poderes. São muito semelhantes as proporções com que cada um dos Poderes contribuiu para a

Tabela 3 – Distribuição (nº e %) das leis de saúde segundo a sua natureza. Brasil, out/1988 a out/2008

Natureza da lei	Executivo	Legislativo			Total
		Total	CD	SF	
Estruturante do SUS	7 (13,76)	1 (1,2)	1 (1,8)	–	8 (5,9)
Organizativa não-estruturante do SUS	8 (15,7)	–	–	–	8 (5,9)
Financiamento do SUS	2 (3,9)	3 (3,6)	1 (1,8)	2 (6,9)	5 (3,7)
Regulatória	23 (45,1)	40 (47,6)	29 (52,7)	11 (37,9)	63 (46,7)
Distributiva	11 (21,6)	20 (23,8)	17 (30,9)	3 (10,3)	31 (23,0)
Simbólica	–	20 (23,8)	7 (12,7)	13 (44,8)	20 (14,8)
Total	51 (100,0)	84 (100,0)	55 (100,0)	29 (100,0)	135 (100,0)

Fonte: elaboração própria, a partir de dados obtidos dos *sites* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

formulação de políticas com esses objetivos. Ressalte-se que o maior número de leis de saúde produzidas no período posterior à promulgação da Constituição é de cunho regulatório (46,7%), seguidas das leis distributivas (23%) e das simbólicas (14,8%).

Outra diferença importante entre os dois Poderes é com relação às leis simbólicas. A totalidade das leis desse tipo foi originária do Poder Legislativo. Essas leis têm peso significativo dentro da produção legislativa de origem parlamentar, pois representam um quarto do total das leis de saúde de responsabilidade do Legislativo. É de se ressaltar o papel do Senado Federal na produção desse tipo de norma: 65% das leis simbólicas foram de iniciativa do Senado e elas representam 44,8% da produção legal decorrente da atividade legislativa dos Senadores.

A ausência de leis simbólicas de autoria do Executivo demonstra que não há interesse nem necessidade de o Executivo adotar esse tipo de medida por meio de lei. Na realidade, essas leis são inócuas, pois não criam direitos nem obrigações e não se constituem em matéria de natureza jurídica. Por não gerarem efeito concreto, não geram conflitos e são de mais fácil aprovação. Em geral, essas leis destinam-se a instituir datas comemorativas ou a marcar posição em relação a determinado agravo de saúde, buscando dar alguma resposta a determinados grupos de interesse, como profissionais de saúde ou portadores de patologias, mas sem criar direitos efetivos. Observa-se uma tendência ao aumento desse tipo de norma ao longo do tempo: 60% delas haviam sido apresentadas entre os anos 1990 e 2003, ou seja, distribuídas em um período de treze anos, enquanto 40% delas foram apresentadas em apenas dois anos (2004 e 2005).

Os dados demonstram que o Executivo, em termos do conteúdo das normas legais, detém a primazia na condução das políticas de saúde. As leis mais significativas para

o sistema de saúde, dado o seu carácter estruturante, foram propostas pelo Executivo. Estão aí as leis que regulamentaram a criação do SUS e definiram as bases de sua organização – as Leis nº 8.080 e 8.142, ambas de 1990 –, que se constituem normas legais definidoras da configuração do sistema público de saúde, das diretrizes e dos princípios que devem nortear sua organização e seu funcionamento.

Também, figuram entre essas normas as leis que criaram e extinguiram diversos órgãos de saúde, o que contribuiu decisivamente para a configuração do SUS. Tem especial relevância a lei de extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que, até a criação do SUS, era a instituição que centralizava os serviços médico-assistenciais no País e cuja atuação era pautada em um modelo que se pretendia ver superado e que era antagônico ao preconizado pela Constituição. A extinção do Inamps era um passo necessário para a consolidação de um sistema de saúde descentralizado.

O sistema de vigilância sanitária e a saúde suplementar foram regulamentados por leis originárias do Executivo, com a respectiva criação das agências reguladoras dessas áreas, o que também desempenhou papel estruturador do setor saúde.

No entanto, é preciso ponderar que a ausência de leis estruturantes de iniciativa do Legislativo pode ser consequência, não da falta de interesse dos parlamentares, mas sim dos obstáculos impostos pela Constituição Federal, que confere ao Executivo a competência privativa de propor leis que tratem da estrutura da administração pública, da criação de órgãos e do estabelecimento de suas atribuições. Dessa forma, fica bastante limitada a capacidade de o Legislativo intervir nessa área mediante formulação de proposições legislativas.

Com relação às leis que tratam do financiamento da saúde, poder-se-ia argumentar que também são leis estruturantes do sistema, uma vez que o financiamento é determinante e indispensável para o funcionamento do SUS. No entanto, optou-se por considerá-lo como uma categoria independente dada a sua especificidade. Há um equilíbrio em termos numéricos entre o Legislativo e o Executivo nesse aspecto. No entanto, a principal medida para regular o financiamento para a saúde foi a vinculação de recursos mínimos a serem aplicados pelas três esferas de governo, o que foi feito mediante emenda constitucional de autoria do Legislativo – a Emenda Constitucional nº 29, de 2000.

As demais normas sobre financiamento para a saúde tratam do plano de custeio da seguridade social – de autoria do Executivo – e da instituição da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF), sobre a qual há normas legais resultantes de projetos do Executivo e do Legislativo.

A maior parte das leis produzidas, tanto por iniciativa do Executivo quanto do Legislativo, são as leis regulatórias – mais de 46% do total das leis de saúde. Há que se considerar que muitas leis desse tipo, ao regular determinada atividade, bem, produto ou serviço, têm como objetivo principal beneficiar ou proteger determinado grupo. É o caso, por exemplo, das leis que regulam o exercício das profissões de saúde, a saúde suplementar e aspectos ligados à saúde dos trabalhadores.

No caso das leis de regulamentação de profissões da saúde, mesmo considerando que elas são necessárias pelo potencial risco à saúde pública envolvido, é preciso reconhecer que os principais interessados nesse tipo de lei são os próprios profissionais, no sentido de garantir direitos e resguardar parte do mercado de saúde para sua atuação privativa. Não é sem razão que a aprovação desse tipo de lei mobiliza acirrados conflitos entre as corporações. O que se quer enfatizar nesse ponto é que mesmo as leis regulatórias, em muitos casos, têm um forte componente gerador de benefícios concentrados.

Os dados apresentados apontam, pois, para diferenças significativas em relação ao teor da política pública de saúde produzida pelas normas legais originárias do Executivo e do Legislativo. O Executivo tem a primazia na produção de leis de caráter estruturante do SUS, enquanto o Legislativo teve sua atuação mais direcionada para a aprovação de políticas de saúde específicas ou particulares e leis de cunho simbólico. Na área de regulação e de financiamento, não houve diferenças entre os dois Poderes.

Resultados semelhantes foram relatados por Bahia *et al* (2007). De acordo com esses autores, há uma inclinação do Poder Legislativo em favorecer demandas de segmentos populacionais específicas relacionadas a problemas de cobertura, enquanto o Executivo está mais voltado a encaminhar projetos de caráter geral e estruturante do sistema de saúde.

O poder estruturante das leis geradas pelo Executivo demonstra que não se pode aferir a força legiferante de cada um dos Poderes apenas em função do quantitativo de leis produzidas. Apesar de o Legislativo deter a preponderância na produção legal em saúde em termos numéricos, ou seja, apesar de produzir mais leis, ele não estrutura o sistema. No entanto, essa afirmativa também precisa ser relativizada, pois duas leis produzidas pelo Legislativo são altamente significativas para a estruturação e o funcionamento do SUS: 1) a lei que criou o subsistema de saúde indígena, pois introduziu uma forma de organização e a criação de estruturas que não existiam; e 2) a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que vinculou recursos mínimos para a saúde, nos três níveis de governo, gerando grande impacto para o sistema, pois o financiamento é o grande problema estrutural do SUS, não resolvido durante a Constituinte.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DESENHADAS PELO LEGISLATIVO E EXECUTIVO NA LEGISLAÇÃO DE SAÚDE

Observa-se que há certa especialização temática de cada um dos Poderes, da mesma forma que entre as duas Casas Legislativas (Tabela 3). Para que se possa ter uma ideia do tipo de lei constante em cada uma das categorias temáticas, incluímos ao final do estudo um quadro contendo uma lista com exemplos de leis constantes em cada categoria utilizada.

O Poder Executivo apresentou uma produção legislativa bem superior à do Legislativo nas áreas de organização e gestão do SUS, de vigilância sanitária e de concessão de benefícios. A produção do Legislativo foi maior nas áreas de programas e ações de

saúde, de bioética/biodireito e de temário simbólico. Não houve diferenças importantes na produção legislativa dos dois Poderes nas áreas de financiamento do SUS, de saúde suplementar, de prevenção de riscos à saúde e de profissões de saúde.

Os resultados mostram diferenças relevantes no conteúdo da legislação aprovada de origem do Legislativo e do Executivo, que expressam diferenças nas preferências dos parlamentares e do presidente. No entanto, é de se notar que essas preferências sofrem limitações e controles de ordem constitucional, já que a Constituição Federal possui dispositivos que claramente limitam o poder de legislar do Congresso Nacional, ao atribuir como competência privativa do Chefe do Executivo a iniciativa de leis em áreas prioritárias, como a organização e a definição de atribuições de órgãos públicos. Com isso, um amplo campo de atuação legislativa fica fora da alçada da iniciativa de parlamentares, o que confere especial poder de legislar ao Presidente da República.

Portanto, as diferenças encontradas em termos do conteúdo temático das leis de iniciativa de cada Poder não são a livre expressão de suas preferências, mas expressam essas preferências dentro de um arranjo institucional determinado que as condiciona.

Novamente, constatamos que o Executivo está mais propenso a apresentar proposições de cunho organizativo do sistema público de saúde, pois praticamente a totalidade de proposições com esse teor é de sua iniciativa. Também, é possível identificar a vigilância sanitária, que é uma legislação de cunho regulatório, como uma das áreas priorizadas pelo Poder Executivo na sua ação legislativa.

Um dado chama a atenção por ser inesperado dentro da perspectiva que atribui ao Legislativo o maior interesse em distribuir benefícios. Quando se analisa de forma desagregada os benefícios financeiros concedidos a grupos ou instituições – como isenção de tributos, concessão de auxílios financeiros, reparação por danos sofridos em serviços de saúde, destinação de recursos para instituições de saúde ou de caráter social, e outros –, o Executivo aparece com maior poder legiferante. A proporção de leis com esse teor proveniente do Executivo foi três vezes e meia maior que a do Legislativo.

Os benefícios concedidos pelo Legislativo aparecem sob outra natureza, como ações e programas voltados para segmentos específicos da população ou dentro do campo do biodireito, que abrangem proposições que têm por finalidade conferir proteção a segmentos específicos – mulheres, idosos, crianças e adolescentes, portadores de deficiências –, garantindo-lhes direitos sociais, inclusive de saúde.

Um tipo de proposição aparentemente voltado também para dar respostas a grupos específicos – portadores de patologias e profissionais de saúde – e que, portanto, pode ser considerado como tendo por objetivo a concessão de benefícios é a instituição de dias comemorativos. Apesar de efetivamente não distribuírem benefícios, tais proposições servem para demonstrar formalmente a vinculação do parlamentar com esses grupos e, possivelmente, para responder a demandas recebidas. As normas com esse conteúdo foram todas propostas pelo Poder Legislativo.

As leis relacionadas com a área de prevenção de riscos à saúde e às profissões de saúde tiveram participação equilibrada dos dois Poderes na sua formulação.

Os profissionais de saúde constituem importantes grupos de interesse com atuação no Congresso Nacional. O fato de não se ter observado diferenças importantes entre a produção legislativa do Executivo e do Legislativo na proposição de leis relacionadas às profissões de saúde leva a questionamentos sobre a atuação das corporações profissionais também dentro do Executivo. Identificar como operam os *lobbies* profissionais nos dois Poderes pode ajudar a entender o comportamento legislativo de ambos nessa área.

Os resultados mostram uma clara diferenciação entre a atividade legislativa do Executivo e a do Legislativo. De fato, até por força constitucional, o presidente tem a exclusividade na elaboração de leis voltadas para a configuração organizativa do sistema público de saúde, que, em sua quase totalidade, são leis gerais e de âmbito nacional. Também, mostram a preferência do Executivo pela elaboração de leis de cunho regulatório nas áreas de vigilância sanitária e de saúde suplementar, que juntas perfazem 23,5% do total de sua produção legal. Essas são normas voltadas para um amplo setor vinculado à área da saúde, e que determinam responsabilidades para os setores privados de prestação de serviços de atenção à saúde e de produção de insumos. Em boa medida, essas leis buscam suprir falhas de mercado. São áreas, portanto, que envolvem maior conflito com alguns setores econômicos.

Por outro lado, o Legislativo teve atuação proativa mais marcante na área de programas e ações de saúde. Deve-se considerar que grande parte dessas leis destina-se a instituir programas de controle de doenças e medidas de saúde específicas voltadas tanto para segmentos populacionais específicos quanto para determinadas patologias. São exemplos desse tipo de lei, a lei que instituiu a obrigatoriedade de distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV, a que instituiu o programa de controle de infecção hospitalar e o de controle do câncer de próstata, a que determinou a obrigatoriedade de realização de cirurgia reparadora do câncer de mama pelas unidades do SUS etc. São leis que não ensejam conflitos de interesses.

O fato de o Executivo não propor leis dessa natureza deve ser decorrente de que tais matérias já fazem parte do rol de suas atribuições, não havendo necessidade de lei específica para que ele organize os serviços e execute as ações para aqueles fins. Tais leis não criam direitos ou deveres novos, pois, de acordo com a Constituição Federal e a Lei Orgânica da Saúde, cabe ao Estado a prestação de atendimento integral e universal, o que pressupõe o desenvolvimento de ações preventivas, curativas e reabilitadoras em todos os níveis de complexidade do sistema, para assegurar a atenção necessária e adequada a todas as patologias existentes e para todos os segmentos da população.

O número elevado de leis produzidas com esse teor por parte do Legislativo deve ser uma tentativa de corrigir falhas e deficiências de cobertura do sistema público de saúde, respondendo a demandas de grupos específicos de usuários do SUS. Com a redemocratização, os grupos de interesse passaram a ter um espaço privilegiado de

atuação dentro do Parlamento, entre os quais figuram os portadores de patologias e usuários do SUS. Analisar a relação dos grupos de interesse com os parlamentares, a que grupos eles estão vinculados ou representam, é uma abordagem importante no sentido de entender a preferência dos parlamentares por esse tipo de proposição.

Apesar de não serem necessárias, dada a existência de norma legal que garante o direito universal e integral à saúde, essas leis conseguem modificar a lista de prioridades estabelecida pelo Executivo e impactar as políticas de saúde. O exemplo mais emblemático disso foi a Lei nº 9.313, de 1996, que determinou a obrigatoriedade de distribuição gratuita de medicamentos pelo SUS aos portadores do HIV. Só a partir da promulgação dessa lei é que de fato houve a incorporação, dentro do programa nacional de controle do HIV/Aids, da política de distribuição universal de medicamentos – política que se tornou um dos pilares daquele programa e que é referência mundial.

Essa lei inspirou uma série de outras iniciativas semelhantes, algumas exitosas outras não. O que determina resultados tão diferentes em relação a proposições legislativas com objetivos semelhantes é algo a ser investigado. Deve ter relevância a força do movimento social que sustenta cada proposta. No caso da Aids, não há como desconhecer o importante papel do fator mobilização social dos segmentos interessados, já que havia grupos bastante organizados e com grande capacidade de vocalização de seus interesses junto à sociedade (Cf. SCHEFFER, 2008; VILLELA, 1999).

Pela análise acima, conclui-se que as áreas da saúde eleitas prioritariamente pelos Poderes Executivo e Legislativo na sua atuação legislativa são bastante distintas. O Executivo concentra sua atividade em questões organizativas e de gestão do SUS, enquanto o Legislativo concentra sua atuação em proposições que buscam instituir programas e ações de saúde específicas, ou seja, ações mais pontuais e particularizadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário ressaltar que o foco do trabalho foi verificar o tipo de política de saúde que está sendo definido por via legislativa. Não se pretendeu estudar qualitativamente as leis produzidas e o impacto causado nas políticas de saúde, o que demandaria uma análise sobre a efetividade das leis – o grau de sua implementação e os resultados obtidos. A análise restringe-se, pois, à fase de decisão sobre as propostas que conseguem entrar para a pauta do Legislativo, não sendo considerados tanto o momento anterior – que corresponde ao processo de formação da agenda – quanto o momento posterior, que é o da implementação ou não da lei por parte da burocracia de Estado.

No Brasil, as regras constitucionais e regimentais que regulam o processo decisório são fatores limitantes da capacidade dos parlamentares de legislar e não podem ser desconsideradas.

Ponderamos que a primazia do Executivo em legislar sobre saúde pode ser observada, se não quantitativamente, pelo menos qualitativamente, uma vez que as leis de sua

lavra alcançam setores ou áreas da política de saúde que, por força de dispositivos constitucionais, estão inacessíveis aos parlamentares pela via legislativa. É o caso das leis estruturantes e organizativas do SUS, que são leis determinantes da conformação do sistema e definidoras de questões relevantes em termos do seu funcionamento. Dada a natureza dessas leis, praticamente todas são de autoria do Executivo.

De outro lado, demonstramos que o Legislativo prioriza a ação legislativa em saúde voltada para a adoção de programas e ações de saúde e para questões de natureza simbólica. A rigor, não haveria necessidade de leis desse tipo. No primeiro caso, de leis destinadas a determinar a implantação de um programa de saúde ou ação específicos, pondera-se que a Constituição Federal e a Lei Orgânica de Saúde já preconizam que é dever do Estado prover atenção universal e integral à saúde. Esse tipo de lei altera as prioridades do Executivo e deve ser resultante de demandas de grupos de interesse, motivadas por situações de dificuldades de acesso e de cobertura do sistema de saúde, problemas que se pretende resolver com a edição de novas leis.

A ausência de iniciativa parlamentar em certas áreas fundamentais deve ser decorrente de regras constitucionais que restringem a sua capacidade legislativa e que, por outro lado, favorecem o poder de legislar do presidente. Daí decorre que “a alteração do *status quo* legal, nas áreas fundamentais, depende da iniciativa do Executivo” (LIMONGI, 2006, p. 76). Esse fato, segundo o autor, não é uma anomalia do presidencialismo brasileiro, mas é uma tendência encontrada em vários regimes presidenciais.

O estudo restringiu-se a uma análise quantitativa da produção legislativa em saúde, proporcionando um panorama das principais áreas da saúde que são reguladas por lei e do tipo de política de saúde que está sendo produzida no âmbito do Legislativo.

No entanto, é preciso avaliar também qualitativamente as políticas resultantes, pois elas podem impactar negativamente o sistema. É o caso das leis que obrigam o SUS a realizar determinado programa ou ação – preventiva, diagnóstica ou de tratamento. Não se sabe quais as consequências desse tipo de lei para o sistema, a longo prazo, uma vez que, além de alterar a lista de prioridades de saúde, coloca sob questionamento a eficácia da Lei Orgânica de Saúde.

É o caso também da lei que instituiu o programa Farmácia Popular, de iniciativa do Executivo, mas que contou com a anuência do Congresso Nacional, que a aprovou. Essa lei, ao instituir o copagamento de medicamentos no âmbito do SUS, rompeu com a lógica do sistema de saúde público inscrito na Constituição, baseada nos preceitos da universalidade, da integralidade e da igualdade.

Este é o principal dilema colocado para os formuladores e avaliadores das políticas de saúde: não perder a perspectiva do SUS que se pretende construir, que é o SUS definido constitucionalmente. Essa perspectiva deve orientar estudos avaliativos das políticas de saúde na via legislativa. É importante avaliar o SUS que a legislação está ajudando a construir. Essa análise é prioritariamente qualitativa e constitui-se como uma vertente importante para estudos futuros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, L; COSTA, N. R.; STRALEN, C. A saúde na agenda pública: convergências e lacunas nas pautas de debate e programas de trabalho das instituições governamentais e movimentos sociais. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 12 (supl), p. 1791-1818, 2007.

BAPTISTA, T. W. F. Políticas de saúde no pós-constituinte: um estudo da política implementada a partir da produção normativa dos poderes executivo e legislativo no Brasil. 2003. Tese de doutorado – Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro.

CARVALHO, VR. Presidencialismo de coalizão e democracia majoritária no Brasil. *Ponto-e-vírgula*, v. 4, p. 100-115, 2008.

ELIAS, PEM. Estrutura e organização da atenção à saúde no Brasil. In: COHN, A & ELIAS, PEM. *Saúde no Brasil - Políticas e organização de serviços*. São Paulo : Cortez Editora/Cedec, 1996, pp. 57-117.

FIGUEIREDO, A. O papel do Executivo na produção Legislativa (1989-1992) In: VILLAS BÔAS, G.; GONÇALVES, A. (orgs.). *O Brasil na virada do século. O debate dos cientistas políticos*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1990, p. 275-283.

_____ & LIMONGI, F. Mudança constitucional, desempenho do Legislativo e consolidação institucional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 10, n. 29, p. 175-200, 1995.

_____. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional de 1998*. São Paulo : Fundação Getulio Vargas Editora, 1999.

_____. Incentivos Eleitorais, Partidos e Política Orçamentária. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 2, pp. 303 a 344, 2002.

FREY, K. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 21, 2000.

LIMONGI, F. A Democracia no Brasil. Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, n. 76, 2006.

PEREIRA, C & MUELLER, B. Uma teoria da preponderância do Poder Executivo: O sistema de comissões no Legislativo brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43, São Paulo, 2000.

RUA, MG. Análise de Política Públicas: Conceitos Básicos. In: RUA, MG. & CARVALHO, MI. (orgs.) *O Estudo da Política: Tópicos Selecionados*. Brasília : Paralelo 15, 1998.

SCHEFFER, MC. *Aids, tecnologia e acesso sustentável a medicamentos: a incorporação dos anti-retrovirais no Sistema Único de Saúde*. 2008. Tese de Doutorado, Departamento de Medicina Preventiva, Faculdade de Medicina da Universidade São Paulo - USP, São Paulo.

VILLELA, WV. Das interfaces entre os níveis governamentais e a sociedade civil. In: PARKER, Richard; GALVÃO, Jane; BESSA, Marcelo Secron (Org.). *Saúde, Desenvolvimento e Política. Respostas frente à AIDS no Brasil*. Rio de Janeiro : ABIA / Editora 34, 1999.

ZAULI, EM & RPDRIGUES, M. M. A. De José Sarney a Fernando Henrique Cardoso: Relação Executivo-Legislativo e Política de Saúde no Brasil. *Planejamento e Políticas Públicas*, n. 25, jun./dez. 2002.

Quadro 1. Exemplos de leis constantes em cada categoria temática utilizada

<p>1. Organização e gestão do SUS</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990. <i>Dispõe sobre a extinção e dissolução de entidades da administração Pública Federal, e dá outras providências.</i> [Criação da Fundação Nacional de Saúde (FNS)]• Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. <i>Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.</i>
<p>2. Financiamento do SUS</p> <ul style="list-style-type: none">• EC nº 12/1996 (dispõe sobre financiamento das ações e serviços de saúde: CPMF).• EC nº 29/2000 (assegura recursos mínimos para o financiamento das ações e dos serviços públicos de saúde).
<p>3. Saúde suplementar</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. <i>Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001.</i>• Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001. <i>Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre a obrigatoriedade de cirurgia plástica reparadora de mama por planos e seguros privados de assistência à saúde nos casos de mutilação decorrente de tratamento de câncer.</i>
<p>4. Programas e ações de saúde</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 11.255, de 27 de dezembro de 2005. <i>Define as diretrizes da Política de Prevenção e Atenção Integral à Saúde da Pessoa Portadora de Hepatite, em todas as suas formas, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, e dá outras providências.</i>• Lei nº 11.347, de 27 de setembro de 2006. <i>Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos e materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar aos portadores de diabetes inscritos em programas de educação para diabéticos.</i>
<p>5. Vigilância sanitária</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 10.651, de 16 de abril de 2003. <i>Dispõe sobre o controle do uso da talidomida.</i>• Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003. <i>Define normas de regulação para o setor farmacêutico, cria a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED e altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, e dá outras providências.</i>
<p>6. Prevenção de riscos à saúde</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 9.055, de 1º de junho de 1995. <i>Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências.</i>• Lei nº 9.273, de 3 de maio de 1996. <i>Torna obrigatória a inclusão de dispositivo de segurança que impeça a reutilização das seringas descartáveis.</i>
<p>7. Profissões de saúde</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 8.967, de 28 de dezembro de 1994. <i>Altera a redação do parágrafo único do art. 23 da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, que dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem e dá outras providências.</i>• Lei nº 9.436, de 05 de fevereiro de 1997. <i>Dispõe sobre a jornada de trabalho de Médico, Médico de Saúde Pública, Médico do Trabalho e Médico Veterinário, da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, e dá outras providências.</i>

Quadro 1. Exemplos de leis constantes em cada categoria temática utilizada (cont.)

<p>8. Benefícios a grupos ou instituições</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 9.092, de 12 de setembro de 1995. <i>Destina a renda líquida de um teste da Loteria Esportiva Federal à Federação Nacional das APAEs e determina outras providências.</i>• Lei nº 10.708, de 31 de julho de 2003. <i>Institui o auxílio-reabilitação psicossocial para pacientes acometidos de transtornos mentais egressos de internações.</i>
<p>9. Bioética e biodireito</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 8.501, de 30 de novembro de 1992. <i>Dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudos ou pesquisas científicas e dá outras providências.</i>• Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008. <i>Regulamenta o inciso VII do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências.</i>
<p>10. Efemérides e outros temas simbólicos</p> <ul style="list-style-type: none">• Lei nº 11.605, de 5 de dezembro de 2007. <i>Institui o Dia Nacional do Teste do Pezinho a ser comemorado no dia 6 de junho de cada ano.</i>• Lei nº 11.506, de 19 de julho de 2007. <i>Institui a data de 16 de novembro como o Dia Nacional dos Ostomizados.</i>

A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM SAÚDE DA CÂMARA DISTRITAL NO ANO DE 2008¹⁵

Giliana Betini

INTRODUÇÃO

A política de saúde do Distrito Federal se insere no contexto de um Sistema de Saúde que apresenta a descentralização como uma de suas diretrizes, transferindo, em parte, ao poder local a responsabilidade das ações de serviços.

Neste trabalho, entende-se a saúde como alvo de uma política social, pois trata-se de um direito social, resguardado constitucionalmente, porém também é alvo de políticas públicas.

Segundo Bucci (1997, p. 95), política pública pode ser entendida como “programas de ação do governo para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo certo”, sendo sua definição de responsabilidade do Poder Legislativo, mesmo quando de iniciativa do Poder Executivo. Nesse ponto, destaca-se um problema que permeia a definição de competências na formulação de políticas públicas. Seguindo a divisão clássica de separação dos poderes, caberia ao Legislativo a elaboração de leis que apontariam as diretrizes, princípios e objetivos, porém a realidade é mais complexa e em algumas situações o Poder Executivo acaba por assumir esse papel.

Reconhecendo o Poder Legislativo como um importante ator social local, este trabalho pretende contribuir para a discussão sobre o seu papel na efetivação da política de saúde, portanto na efetivação do direito à saúde em um contexto de descentralização.

O DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Na Constituição de 1988, a República Federativa do Brasil foi definida como um Estado Democrático de Direito que, apesar de reunir princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, não representa a simples união de características das duas formas. Na verdade, trata-se de uma síntese que supera os dois conceitos, visando a superação dos limites de ambos, representando a supremacia da vontade popular, seus valores perpassam todos os elementos que compõem o Estado, incluindo-se a ordem jurídica (Cf. SILVA, 1999).

Como herança do Estado de Direito, denominado também “o império da lei”, considera-se o princípio da legalidade como fundamental no Estado Democrático de Direito, pois a lei representa a possibilidade da realização do princípio da igualdade e justiça. Sua importância não se restringe ao seu aspecto formal, abstrato e jurídico, mas à sua capacidade de influenciar e transformar a realidade social.

¹⁵ Este trabalho contou com apoio financeiro da FAP-DF.

Entre os princípios do Estado Democrático de Direito, além da soberania popular, destaca-se a separação dos poderes, que, segundo a Constituição, são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Existe uma controvérsia no uso das expressões “separação” e “divisão dos poderes”: para alguns, esta última seria inadequada, visto que o poder do Estado é indivisível; porém, por outro lado, para outros autores, o termo “separação” seria equivocado, pois o que existe na verdade é uma distribuição de funções. Neste trabalho, em concordância com Dallari (2002), optou-se pelo uso do termo separação.

Para Silva (1999), a separação dos poderes implica em uma “especialização funcional”, ou seja, cada órgão se especializa nas tarefas que deve cumprir, não existindo uma subordinação entre os mesmos, o que representa uma independência de seus trabalhos. Porém, devido à complexidade e à ampliação do Estado contemporâneo, a rigidez inicial em relação à separação dos poderes foi minimizada. No presidencialismo, foram desenvolvidas técnicas de “independência orgânica” e “harmonia dos poderes”.

Uma das características da harmonia dos poderes é o sistema de freios e contrapesos, pelo qual cabe ao Legislativo editar as normas e ao Executivo sancionar ou vetar. O Judiciário será responsável pela análise da constitucionalidade das leis.

Para Dallari (2002), o sistema de freios e contrapesos contempla atos de dois tipos: gerais ou especiais. Segundo o autor, o primeiro tipo são aqueles praticados pelo Legislativo e “constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir” (DALLARI, 2002, p. 219). A partir desse momento, o Executivo passa a atuar com atos especiais, porém essa atuação é limitada pelo controle do Legislativo. Havendo excessos dos poderes anteriores, entra em ação o poder Judiciário.

A separação dos poderes, em um primeiro momento, e o sistema de pesos e contrapesos, posteriormente, foram incorporados às Constituições de quase todos os países

Apesar do consenso no sentido de que cada poder exerce uma função, o sistema de separação de poderes também recebe críticas. Para Dallari (2002), essa separação é formal: na prática se observa o predomínio de um dos poderes sobre os demais. O propalado respeito à liberdade individual e à democracia também não foi um resultado propiciado pela separação dos poderes: o liberalismo que predominou a partir do século XVIII acentuou as desigualdades e garantiu a liberdade para um grupo de privilegiados, ao mesmo tempo em que se observou Executivos antidemocráticos negociando com o Legislativo, sem que houvesse necessariamente uma quebra do sistema de separação dos poderes previsto na Constituição. Nesse sentido, acrescentam força a esse argumento a falta de representatividade do Legislativo e a produção de atos gerais voltados para o interesse do Executivo.

Recentemente, a separação dos poderes esbarra nas crescentes demandas da sociedade, exigindo do Estado uma produção de normas em maior quantidade e mais especia-

lizadas, fenômeno que gera um descompasso, pois a produção legislativa esbarra no desconhecimento sobre as ações do Executivo, que, por sua vez, torna-se refém do processo legislativo para atender as necessidades da sociedade com a rapidez exigida (Cf. DALLARI, 2002).

Dallari (2002, p. 222) destaca a “delegação de poderes” e a “transferência constitucional de competências” como estratégias para o aumento da eficiência do Estado e a aparente separação dos poderes, porém as considera como soluções artificiais. Para o autor, somente o reconhecimento da necessidade de superação da separação de poderes, “reorganizando-se completamente o Estado”, contribuirá para “conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos”.

Este trabalho tem como objetivo, caracterizar a contribuição dos deputados distritais para a política de saúde do Distrito federal no ano de 2008, entendendo que o direito à saúde está inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, que visa à transformação da realidade com respostas às demandas da sociedade. Para tanto, por um lado, conta-se com as ações do Poder Executivo; porém, por outro, o Poder Legislativo, enquanto representante da sociedade civil, também tem seu papel na construção e na efetivação desse direito.

Metodologia

Este trabalho é resultado de uma pesquisa documental, pois foram levantadas as proposições em tramitação no ano de 2008 que, se aprovadas, teriam o *status* de lei.

A produção legislativa, incluindo aquelas que se relacionam ao direito à saúde, ocorre via processo legislativo, pois, independentemente da iniciativa, a elaboração de uma lei deve atender a um ritual definido na Constituição Federal.

Para iniciar a tramitação de uma proposição, de acordo com o Regimento da Câmara Legislativa do Distrito Federal (RCLDF), é necessário o cumprimento de alguns critérios, entre os quais destaca-se: tratar de matéria da competência do Distrito Federal sujeita à deliberação da Câmara Legislativa; estar em conformidade com os preceitos da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Distrito Federal e atender às disposições do Regimento Interno.

De acordo com o RCLDF, é considerado autor de uma proposição “aquele que teve a iniciativa de sua apresentação” (art. 133).¹⁶

A iniciativa de apresentação de uma proposição, segundo o Regimento e a Lei Orgânica do Distrito Federal, cabe aos membros ou órgão da Câmara Legislativa, ao Governador, ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e aos cidadãos.

Em algumas situações, a apresentação de uma proposição deve ser submetida a um número mínimo de subscritores como, por exemplo, as propostas de emenda à Lei

¹⁶ Pode haver proposições com vários signatários, caracterizando, portanto, autoria coletiva. Após a publicação da proposição, não é possível a inclusão ou retirada de assinaturas (art. 133, §§ 1^a e 2^a).

Orgânica (PELO), que necessitam da assinatura de um terço dos deputados distritais (art. 135, inciso III).

A retirada de uma proposição ou seu arquivamento poderá ser solicitada pelo autor ou pela maioria absoluta dos subscritores. Ao final da legislatura, as proposições terão seu andamento suspenso por sessenta dias, exceto nos casos em que tenham um parecer favorável de comissão de mérito, tenham sido aprovadas em turno único, sejam de iniciativa popular, de outro Poder, do Tribunal de Contas do Distrito Federal ou do Ministério Público. A proposição poderá ter seu andamento retomado caso haja uma solicitação do autor. Do contrário, será arquivada transcorrido o prazo citado.

Quanto aos tipos, na Câmara Legislativa do Distrito Federal (CLDF) podem ser apresentadas as seguintes proposições: Proposta de Emenda à Lei Orgânica; Projeto de Lei Complementar; Projeto de Lei; Projeto de Decreto Legislativo; Projeto de Resolução; Indicação; Moção; Requerimento; Emenda e Recursos. Para este trabalho, foram consideradas apenas as proposições das três primeiras espécies.

Foram levantadas, no *site* da Câmara Legislativa, 503 proposições apresentadas no ano de 2008. Para a primeira etapa de sua classificação, foram definidos termos com base no organograma do Governo do Distrito Federal. Portanto, optou-se por um recorte institucional. Para a seleção das que tinham como tema central matérias de saúde, foi elaborada uma lista de categorias, definidas com base no capítulo sobre saúde da Lei Orgânica e no Regulamento da Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

As categorias utilizadas para o filtro das proposições foram: participação popular, financiamento, ensino e pesquisa em saúde, sangue e hemoderivados, políticas de saúde, programas, regulação de serviços de saúde, atenção à saúde, vigilância à saúde (epidemiológica, ambiental e sanitária), administração geral (controladoria, licitação), gestão de recursos humanos, saúde do trabalhador, órgãos e tecidos humanos.

Para a análise descritiva, foram levantadas as seguintes categorias: número da proposição, data de leitura em plenário, tipo de proposição, autor, partido do autor e assunto.

Após o primeiro filtro, restaram 64 proposições referentes à área de saúde. Dessas, 24 foram transformadas em norma jurídica, portanto selecionadas para analisar a contribuição do Poder Legislativo para a Política de Saúde do Distrito Federal.

Para essa análise, utilizou-se a classificação elaborada por Godoi (2008), em seu trabalho sobre o papel dos poderes Executivo e Legislativo na produção legal em saúde, no período de 1988 a 2008.

A pesquisa desenvolvida por Godoi (2008) tinha como propósito analisar a produção de leis federais de saúde no período pós-constituinte e sua contribuição para a política de saúde. Para isso, a autora elaborou uma metodologia de classificação das leis em três etapas, segundo a natureza, o tema e o objetivo/abrangência.

CARACTERIZANDO A PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Na etapa inicial deste trabalho, foram selecionadas 503 proposições, apresentadas na CLDF no ano de 2008, distribuídas em 446 projetos de lei (PL), 50 projetos de lei complementar (PLC) e 7 propostas de emenda à Lei Orgânica (PELO).

De acordo com o art. 27 da Constituição Federal, a Câmara Legislativa do Distrito Federal é composta por 24 deputados, eleitos para mandatos de quatro anos. Não foi objetivo do trabalho personalizar a produção parlamentar no ano de 2008, porém procurou-se identificar, na análise dessa variável, algumas características dos autores das proposições estudadas.

No período analisado, apenas uma foi de iniciativa dos cidadãos e tinha como tema a questão da habitação, permanecendo em tramitação no período de coleta dos dados.

Do total de proposições apresentadas, 65,2% foram de iniciativa do Poder Legislativo – principal proponente de projetos nesse período – e 34,8% foram de iniciativa do governador do Distrito federal.

Em relação à espécie, 132 eram PL e 43, PLC, o que representou uma proporção de duas proposições do Legislativo para cada uma do Executivo.

Ao retirarmos os projetos de lei propostos pelo Poder Executivo (175) e de iniciativa dos cidadãos (1), observa-se como principal característica a produção individual na iniciativa da apresentação de proposições. Dos 327 projetos restantes, somente 6,5% são de autoria coletiva (33% dos quais são PELO) e os demais se distribuem entre 30 parlamentares.

A média de proposições por parlamentar é de 13,6 projeto/deputado, valor este que cai para 10,9 quando calculado com base no número de deputados que apresentaram projetos de lei (incluindo os suplentes).¹⁷

Ao contrário dos projetos de lei, as propostas de emenda à Lei Orgânica foram feitas coletivamente, pois, de acordo com o Regimento Interno da Câmara, a apresentação deste tipo de proposição pode ser feita por, no mínimo, um terço dos membros da Câmara, pelo Governador ou cidadãos.

Quanto à legenda partidária, considerando apenas as proposições apresentadas por deputados distritais, 7 partidos apresentaram 80,4% das proposições, dos quais destacam-se: DEM (98), PT (37), PMDB (33), PRP (25), PR (24), PTB (24) e PSDB (22).

No momento da coleta de dados, 37,1% das proposições apresentadas já tinham sido transformadas em norma jurídica, 9,2% tinham sido arquivadas e 53,8% permaneciam em tramitação na CLDF

Das proposições que tinham sido convertidas em normas jurídicas, 70,4% eram de autoria do Poder Executivo e 26,3% da autoria de deputados da base aliada do Governo.

¹⁷ Chama a atenção o fato de que uma parlamentar apresentou 17,1% dos projetos (56).

Do total de proposições de iniciativa do Poder Executivo, 74,9% foram transformados em normas jurídicas.

Entre os projetos de iniciativa de parlamentares, não foi observada diferença significativa entre os partidos de oposição e a base aliada enquanto propositores, já que, em relação a esse aspecto, 14,6% eram de iniciativa de parlamentares da oposição e 17,1% de parlamentares da base aliada do Governo.

Para definição dos temas, utilizou-se o organograma do Governo do Distrito Federal, e um grupo significativo de proposições foram classificadas como “simbólicas e honoríficas”, pois não se enquadravam nas categorias adotadas, caracterizando-se como homenagens a personalidades locais, a categorias profissionais ou a eventos culturais no âmbito do Distrito Federal.

Esse tipo de proposição representou 20,7% dos projetos de lei apresentados na Câmara do Legislativo do DF, vindo a constituir a principal categoria encontrada. Dessas, 98,1% foram de iniciativa de um ou mais deputado distrital.

Em seguida, destacou-se o tema planejamento e gestão (16,5%), com predominância dos projetos de iniciativa do Poder Executivo (84,3%); em terceiro, aparecem as proposições relacionadas ao tema saúde (12,7%), das quais o Poder Legislativo apresentou 84,4%.

Esses temas representaram 50% das proposições que tramitaram no ano de 2008 na Câmara Legislativa do Distrito Federal. Uma proposição de iniciativa dos cidadãos foi classificada como Habitação.

Entre os principais temas de proposições apresentadas pelo Poder Executivo, destacam-se: Planejamento e Gestão (40%), Fazenda (16,6%), Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (16%), Saúde (5,7%) e Administração Indireta (2,9%), que, em conjunto, representaram 81,2% das proposições de iniciativa do Executivo.

Para o Poder Legislativo, os principais temas de proposições apresentadas foram: Simbólicas ou Honoríficas (31,2%)¹⁸, Saúde (16,5%), Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (12,2%), Transporte (10,4%) e Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (5,8%). Esses temas representaram 76,1% das proposições de iniciativa do Legislativo.

Quanto à relação entre a situação de tramitação e o assunto central da proposição, das 503 selecionadas neste trabalho, 186 foram transformadas em norma jurídica; dessas, 32,8% foram classificadas como Planejamento e Gestão. Em seguida, encontram-se os temas Saúde (12,9%), Simbólicas/Honoríficas (12,3%), Fazenda (10,8%) e Desenvolvimento Urbano/Meio ambiente (10,2%).

Analisando os dados por tema, verificou-se que o tema Fiscalização de Atividades Urbanas alcançou a maior proporção de aprovações, seguido do tema Planejamento

¹⁸ Das 102 proposições apresentadas por deputados distritais e classificadas como simbólicas e honoríficas, 40, 2% foram apresentadas por uma única parlamentar. A parlamentar apresentou, no total, 56 proposições; destas, 53 permaneciam em tramitação no momento de coleta dos dados.

e Gestão; das 61 proposições com este tema, 73,5% foram transformadas em norma jurídica.

Vale ressaltar, conforme dito anteriormente, que a grande maioria de proposições apresentadas sobre este tema foi de iniciativa do Poder Executivo. O tema Obras teve três proposições apresentadas e duas aprovadas. Quanto à saúde, foco deste trabalho, dos 64 projetos, 24 foram aprovados como lei, 57,8% permaneciam em trâmite. As demais foram arquivadas.

Os dados apresentados corroboram com a crítica feita por Dallari (2002) ao sistema de freios e contrapesos, segundo o qual caberia ao Legislativo editar as normas e ao Executivo sancionar ou vetar. Porém o que se observa, na prática, é o predomínio de um dos poderes sobre os demais.

No caso do Distrito Federal, no ano de 2008, objeto deste trabalho, observou-se o predomínio do Executivo quanto à capacidade de aprovação de proposições de sua iniciativa.

Segundo Dallari (2002), esse fenômeno ocorre devido às crescentes demandas da sociedade, exigindo por parte do Estado uma produção de normas em maior quantidade e mais especializadas, pois a produção legislativa esbarra no desconhecimento, pelo Legislativo, sobre as ações do Executivo, que, por sua vez, torna-se refém do processo legislativo para atender as necessidades da sociedade com a rapidez exigida.

A seguir apresentamos o perfil das proposições que foram classificadas com o tema saúde.

A PRODUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE SAÚDE

Como visto anteriormente, das 503 proposições apresentadas na Assembleia Legislativa do Distrito Federal, 64 tratavam de assuntos relacionados à Secretaria de Estado de Saúde. Quase todas (62 proposições, que representam quase 97% em relação ao total) eram projetos de lei e as demais (2 proposições), que representam pouco mais de 3% em relação ao total), eram projetos de lei complementar. Não houve propostas de emendas à Lei Orgânica.

Os (dois) projetos de lei complementar foram propostos pelo Governo do Distrito Federal, um classificado como “atenção à saúde” e outro como “vigilância à saúde”.

Quanto à autoria das proposições, observa-se que a participação do Poder Executivo foi proporcionalmente menor em relação a este tema (15,6%). Por um lado, esses dados podem indicar uma falta de interesse do Executivo dos temas relacionados à saúde em detrimento daqueles ligados a outras áreas da gestão; por outro, podem representar um atendimento das demandas populares, que indiretamente estão representadas pelos legisladores.

Retiradas as proposições apresentadas pelo Poder Executivo, observa-se que as 54 proposições de iniciativa do Poder Legislativo foram apresentadas por 21 parlamen-

tares, representando um valor médio de 2,6 projetos de lei por deputado distrital com desvio padrão de 1,1. A moda, valor mais frequente, foi de uma proposição por parlamentar. A característica de produção individual permanece nas proposições de saúde, das quais apenas uma foi de autoria coletiva.

O partido que mais se destacou na apresentação de proposições de saúde foi o DEM (22,2%), seguido pelo PMDB (20,4%), PT (11,1%), PMN e PSDB, ambos com 9,3%. Esses cinco partidos acumularam 72,2% das proposições apresentadas.

Quanto ao perfil profissional dos parlamentares que apresentaram as proposições da área da saúde, destacam-se aqueles com profissão de empresário¹⁹ (26,4%) e de advogado (15,1%), seguidos pelos médicos (13,2%) e administradores (11,3%).

A definição dos temas para classificação das proposições de saúde, feita com base na estrutura organizacional da Secretária de Saúde do Distrito Federal, mostrou a Vigilância à Saúde como o tema com a maior proporção de proposições apresentadas com 45,3% (29), sendo que 17% foram de iniciativa do Executivo e 83% do Legislativo. Atenção à Saúde também teve destaque, representando 23,4% das proposições apresentadas. As proposições Simbólicas/Honoríficas ficaram em terceiro lugar, com 17,2%.

Das 24 proposições de saúde transformadas em normas jurídicas no Distrito Federal no ano de 2008, 70,8% foram de iniciativa do Legislativo e 29,2% do Executivo. Porém, quando se relaciona esse resultado com a quantidade de projetos apresentados, observa-se que o Poder Executivo conseguiu uma maior aprovação dos projetos de lei que apresentou na CLDF: 68,5%, contra 31,5% dos projetos de deputados distritais.

A PRODUÇÃO LEGAL EM SAÚDE

Conforme dito anteriormente, das 64 proposições apresentadas na CLDF e classificadas como referentes ao tema saúde, 24 (37,5%) passaram por todo o processo legislativo e foram transformadas em lei.

Das proposições de iniciativa do Executivo transformadas em lei, quatro eram referentes à Vigilância à saúde e as demais tratavam de Financiamento, Atenção à Saúde e Saúde do Trabalhador. Para as de iniciativa do Legislativo, o principal tema foi Simbólicas e Honoríficas (7), Atenção à Saúde (5), Vigilância à Saúde (4) e Saúde do Trabalhador (1).

As 24 leis selecionadas como referentes à saúde foram submetidas a uma segunda classificação, com base em metodologia desenvolvida por Godoi (2008). De acordo com a proposta metodológica da autora, as leis foram classificadas segundo a sua natureza, a área temática e o objetivo.

Em relação à natureza, foi possível classificar o conteúdo das leis em: 1) estruturantes do SUS; 2) organizacionais e não-estruturantes do SUS; 3) de financiamento do SUS;

¹⁹ Esse dado foi coletado na página da Câmara Legislativa Distrital ou na página pessoal do parlamentar, existente naquele *site*; porém, trata-se de uma definição genérica, pois não permite identificar a área de atuação econômica ou o porte do negócio.

4) distributivas; 5) regulatórias; e 6) simbólicas. Neste trabalho, a classificação quanto à natureza visou identificar no conteúdo da lei o tipo de contribuição dada à política de saúde do Distrito federal.

Segundo essa classificação, distribuíram-se em regulatórias (42%), distributivas e simbólicas (29% cada).

Com esses dados foi possível identificar que, no ano de 2008, segundo a classificação utilizada, até o momento de coleta dos dados, nenhuma das leis aprovadas contribuíram para a estruturação, a organização ou o financiamento do SUS no âmbito do Distrito Federal. Assim como no trabalho de Godoi (2008), a produção do Poder Legislativo foi superior à do Executivo. Esses dados podem indicar que ou o SUS já está plenamente estruturado ou, na verdade, existe uma lacuna legislativa sobre este tema.

Na segunda etapa, as leis foram classificadas segundo os temas de saúde, utilizando as categorias definidas por Godoi (2008). Os temas priorizados nas leis aprovadas foram os programas e ações de saúde (25%), vigilância sanitária (25%), simbólicas (20,8%), benefícios a grupos específicos e instituições (8,3%), prevenção de riscos à saúde (8,3%), profissões (8,3%) e outros (4,2%).

As leis classificadas no tema “programas e ações de saúde” foram todas de iniciativa do Legislativo e tiveram como foco a assistência e ações referentes a parturientes, a recém-nascidos, a pessoas com deficiência, à prevenção de HIV/aids e ao Programa de Farmácia Popular do Brasil.

Encontrou-se ainda o predomínio do Legislativo na autoria de leis relacionadas a benefícios a grupos específicos/instituições e simbólicas.

Em trabalho sobre a produção legal em saúde no âmbito federal, Godoi (2008, p. 39) observa que o predomínio do Legislativo na iniciativa de leis desse tipo reflete a falta de interesse do Executivo, pois as mesmas “não criam direitos nem obrigações e não se constituem em matéria de natureza jurídica”.

Não foram encontradas diferenças entre os dois poderes na autoria de leis classificadas na categoria de Vigilância Sanitária e prevenção de riscos à saúde.

Na última etapa, com base na metodologia proposta por Godoi (2008, p. 39), as leis foram classificadas em relação a sua finalidade (distributiva ou regulatória) e à amplitude (difusas ou concentradas); por recomendação da autora, as leis simbólicas foram retiradas dessa análise, porque não apresentavam explicitamente nenhum tipo de ação ou impacto para saúde do Distrito Federal.

As leis foram classificadas segundo as seguintes categorias: 1) leis distributivas difusas; 2) leis distributivas concentradas; 3) leis regulatórias difusas e 4) regulatórias concentradas. Este tipo de classificação foi utilizado por Godoi (2008, p. 39) para tentar identificar se a produção legislativa parlamentar tinha como objetivo primordial a reeleição, portanto voltada para a distribuição de benefícios concentrados.

Em relação à finalidade, prevaleceram as leis de conteúdo regulatório. Destas, 56% (6) foram de iniciativa do Legislativo.

Das 11 leis com finalidade regulatória, 5 foram de iniciativa do Executivo e 6 do Legislativo; destas, apenas 2 foram classificadas como difusas, visavam toda a população ou amplos grupos populacionais. As demais foram concentradas, ou seja, o conteúdo voltado a grupos específicos.

Por outro lado, no caso das distributivas, ou seja, aquelas que repercutem em algum tipo de benefício (assistencial ou financeiro), prevaleceram as difusas, todas de iniciativa do Legislativo, portanto as leis contribuíram com algum benefício para a população em geral ou amplos grupos sociais.

Em relação às distributivas concentradas, ambos os poderes apresentaram a mesma quantidade de proposições.

Com base nos dados, não se observou uma preferência por leis distributivas concentradas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A política de saúde do Distrito Federal se insere no contexto de um Sistema de Saúde que apresenta a descentralização como uma de suas diretrizes, transferindo, em parte, ao poder local a responsabilidade das ações de serviços.

O compartilhamento das responsabilidades é resultado do pacto federativo presente na Constituição de 1988, no qual se define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, que remete aos direitos fundamentais e ao princípio da soberania popular na garantia da dignidade humana.

O Estado Democrático de Direito herdou do Estado de Direito o princípio da separação de poderes, que, em sua versão original, apresentava o Poder Legislativo como representante legítimo para a produção de normas. Porém, com a complexidade e ampliação do Estado contemporâneo, a rigidez inicial foi cedendo espaço para a busca de uma relação harmônica na relação entre os poderes.

Uma das características da harmonia dos poderes é o sistema dos freios e contrapesos, no âmbito do qual cabe ao Legislativo editar as normas e ao Executivo sancioná-las ou vetá-las.

A produção legal ocorre via processo legislativo, que visa a garantir a constitucionalidade e legitimidade de uma lei, portanto a democracia.

O processo legislativo atribui papel de destaque ao poder Legislativo na garantia do direito à saúde dos cidadãos, que se operacionaliza por meio de uma política social, pois a saúde relaciona-se a um direito social, porém, em sentido amplo, trata-se também de uma política pública.

Este trabalho foi motivado pelo interesse em caracterizar a contribuição do Poder Legislativo para a política de saúde no Distrito Federal no ano de 2008.

Inicialmente, supunha-se que haveria um predomínio do Poder Executivo na apresentação de proposições e leis relacionadas à área de saúde. Outra característica que se acreditava encontrar seria a prevalência de proposições de autoria individual.

A primeira hipótese não foi confirmada, pois o que se observou foi o inverso, ou seja, um predomínio do Poder Legislativo na apresentação de proposições; porém, o Executivo prevalece na aprovação dos projetos de lei que apresentou na CLDF.

A segunda hipótese foi confirmada, prevalecendo as propostas de autoria individual dos parlamentares do Distrito Federal.

As leis aprovadas não tiveram como foco a política de saúde, no sentido de apresentarem contribuições para a estruturação, a organização ou o financiamento do SUS no âmbito do Distrito Federal. Predominam temas focais, voltados para ações e programas com perfil regulatório.

Buscou-se ainda identificar se a produção legal apresentava proposições voltadas para a distribuição de benefícios concentrados, o que poderia representar aos parlamentares a garantia da reeleição, porém se verificou um predomínio de leis regulatórias.

Finalmente, identificou-se um grande número de proposições classificadas como simbólicas e honoríficas, que não representam a garantia de um direito. Acrescenta-se a este comentário que tal fato contribui para a inflação de normas sem valor para os cidadãos.

Levanta-se a questão para que sejam realizados estudos futuros sobre o impacto econômico deste tipo de proposição e sua conversão em norma jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 15 out. 2009.

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/LEI8080.pdf>>. Acesso: 15 out. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e Direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. 1997.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DISTRITO FEDERAL. *Lei orgânica do Distrito Federal*, de 8 de junho de 1993. Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/cldf/legislacao/lei-organica-1/>>. Acesso em: 15 out. 2009.

DISTRITO FEDERAL. *Regimento Interno da Câmara Legislativa do Distrito Federal*. Disponível em: <<http://www.cl.df.gov.br/cldf/legislacao/lei-organica-1/>>. Acesso em: 15 out. 2009.

GODOI, Alcinda Maria Machado. *Executivo e Legislativo na produção legal em saúde, de 1988 a 2008*. Brasília: Unilegis, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

Temas atuais da produção legislativa em saúde

A REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29: DIFICULDADES E PERSPECTIVAS

Nelson Rodrigues dos Santos

O SUBFINANCIAMENTO PÚBLICO DO SISTEMA PÚBLICO

A esfera federal vem, de modo constatado, retraindo proporcionalmente sua parcela no financiamento público da saúde. Esta retração tornou-se mais explícita a partir de 1990, após a Constituição e a Lei Orgânica da Saúde, mas iniciou já nos anos 1980, simultaneamente ao intenso crescimento das responsabilidades municipais em saúde na época, seguido pelos estados. Em 1980, 75% do financiamento público era de origem federal e 25% de origem municipal/estadual. Em 2008, somente 46% era de origem federal e 54% de origem municipal/estadual (27,5 municipal e 26,5% estadual), enquanto a participação na arrecadação tributária é de 60% para a esfera federal, 24% para a estadual e 16% para a municipal. No primeiro ano da aplicação da Emenda à Constituição nº 29 (EC 29/2000), 2001, a média nacional dos municípios já chegava ao mínimo de 15%; em 2008 era de 19,5%, e hoje está por volta de 22%, o que significa 10 bilhões anuais além do mínimo constitucional. Os Estados estavam, em 2007, com média nacional pouco acima de 11% em relação ao mínimo constitucional de 12%; 11 deles com 12% ou pouco mais; 9 deles entre 9 e 12%; e 7 entre 3,5% e 9%. A esfera federal em retração diante do crescimento populacional e da inflação.

Sob outro ângulo, a parcela federal passou a ter sua participação reduzida dentro da receita corrente da União, paradoxalmente ao crescimento dessa receita: de 1995 a 2004, enquanto a receita corrente cresceu de 19,7% para 26,7% do PIB, a participação do orçamento do Ministério da Saúde na receita corrente caiu de 9,6% para 7,5%. Esta retração prosseguiu após a EC 29/2000, quando o governo federal pressionou e definiu as parcelas municipal e estadual com base em percentuais mínimos das suas arrecadações (15% e 12%), mas recusou a adoção desse critério para si, impondo a variação nominal do PIB do ano anterior, cujo percentual perde para o crescimento populacional e a inflação residual. Prossegue até agora, com a pétreua recusa da área econômica de regulamentar a EC 29 com base em percentual da arrecadação federal, que nada mais seria que retomar sua responsabilidade constitucional já assumida pelos municípios e a maioria dos estados.

Por consequência, nosso país permanece entre os piores financiamentos públicos do planeta: somente 3,74% do PIB, somente 44% do financiamento total e somente 340 dólares padronizados internacionalmente por habitante-ano, enquanto em todos os países europeus, Canadá e vários outros, esses valores são, em média, respectivamente, 7 a 8%, 80% e 2.000.

É de ressaltar que o subfinanciamento federal do SUS é constante e gradativo nos 20 anos deste sistema público. Entre 1998 e 2010 (12 anos), os gastos federais com

assistência de média e alta complexidade do SUS cresceram 6 vezes, ainda abaixo do crescimento inflacionário e populacional nesse período, mas os gastos com atenção básica à saúde cresceram somente 3 vezes. Os repasses federais aos municípios para atenção básica (piso fixo e pisos variáveis) representam hoje valores reais que oscilam entre 20 e 30% dos valores de 1998.

A RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADO

É de reconhecimento geral a indefinição, baixa clareza e muitas vezes o obscurantismo e promiscuidade predatória da relação público-privado em nosso sistema público de saúde, senão vejamos:

Em primeiro lugar, temos que, a partir de 1990, a área econômica do governo vem elevando, ininterruptamente, subsídios públicos (diretos e indiretos) ao mercado de planos e seguros privados de saúde. Estes subsídios incluem *a)* isenção tributária a hospitais privados terciários credenciados por operadoras de planos privados e a indústria farmacêutica, *b)* a participação do orçamento público, incluindo das estatais, no financiamento de planos privados para os servidores públicos, *c)* as deduções no IRPF e IRPJ dos consumidores de serviços privados de saúde, e *d)* o não ressarcimento do SUS pelas operadoras previsto na Lei nº 9.656 de 1998. O valor total desses subsídios corresponde hoje a mais de 20% do faturamento anual do conjunto de todas as operadoras de planos privados de saúde que atuam no país. Somente a isenção tributária e a dedução do IRPF e IRPJ equivaleram, em 2006, a 30,6% dos gastos do Ministério da Saúde. Acresce a esses subsídios um novo papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), que é o de intermediar e facilitar polpudos empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) a hospitais privados de grande porte; “sem fins lucrativos”, credenciados por operadoras de planos privados de saúde e as próprias operadoras. A decorrência imediata é a elevação acintosa da disparidade e da iniquidade do financiamento da saúde em nossa sociedade: o gasto *per capita* do SUS em 2008 – para uma cobertura de toda a população – foi por volta de R\$ 545 anuais e o dos planos privados para seus afiliados – 25% da população – foi de R\$ 1.185. Como esses afiliados também estão cobertos pelo SUS, seu *per capita* efetivo é de R\$ 1.730.

Com relação ao valor estimado do não ressarcimento, é importante lembrar que, já em 2003, a Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílio (PNAD/IBGE) revelava que 7% dos atendidos nos ambulatórios do SUS eram afiliados a planos privados, assim como 8,4% das pessoas que realizaram exames diagnósticos, 11,6% que se submeteram a procedimentos de alta complexidade e 6,7% a internações (nas quais, 9% para as cirúrgicas); afora a cobertura das ações de vigilância sanitária, imunizações, controle de doenças.

É preciso considerar, ainda, que o valor dos gastos do SUS com procedimentos de alta complexidade é mais de quatro vezes maior do que o das internações.

Em segundo lugar, os serviços privados contratados e conveniados pelo SUS são remunerados, na prática, por tabela de procedimentos e valores, por produção, altamente

indutora de relações de mercado e não de parceria, além de perversa na relação custo/valor de cada procedimento.

Em terceiro lugar, 70% das internações hospitalares feitas no país o eram pelo SUS em 2005: além da maior parte ter sido em leitos privados contratados e conveniados pelo SUS, em caráter complementar (previsto na Lei 8.080/90), foram em hospitais privados também credenciados pelas operadoras de planos e seguro privados, com baixíssimo controle dos direitos dos usuários e prioridades sob os ângulos contábil, burocrático e assistencial. Só em relação aos serviços de apoio diagnóstico e terapêutico (SADT), 92% são de origem privada, a maior parte contratada pelo SUS.

Em quarto lugar, a inusitada multiplicação de contratos e convênios com fornecedores privados (cooperativas de profissionais, ONG e outras entidades sem fins lucrativos e empresas) de pessoal de saúde, disponibilizados para os gestores descentralizados do SUS operarem serviços de saúde, desde os de atenção básica até os de média e alta complexidade.

Em quinto lugar, a terceirização privatizante do próprio gerenciamento de estabelecimentos públicos [Fundações Privadas de Apoio, Organizações Sociais (OS) e Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP)].

Em sexto lugar, a extensão legal, em andamento, das fundações privadas de apoio para as OS, da venda de serviços públicos de saúde no mercado, sob a justificativa da insuficiência de recursos públicos.

Em sétimo lugar, a privatização da regulação das unidades públicas geridas por entes privados.

Em oitavo lugar, os inúmeros particularismos no seio dos serviços públicos desde o descumprimento de jornadas de trabalho e protelação de realização de procedimentos, incluindo os hospitalares, até maior acesso e cuidado a pacientes oriundos de planos privados.

Essas questões, embricadas entre si, entre várias outras, vêm configurando um complexo “emaranhado” de distorções privatizantes e escapismos da gestão pública, sob a pressão para assistir a população, porém de caráter antipúblico, iníquo e incontrolável.

É de ressaltar que essa relação público-privado na saúde é constante e crescente nos 20 anos de existência do SUS.

O GERENCIAMENTO PÚBLICO DOS ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS DE SAÚDE E A GESTÃO DOS RECURSOS HUMANOS

O impasse atual

A ineficácia e ineficiência do burocratismo e centralismo da administração pública direta e autárquica perante a massiva e complexa demanda social por serviços de saúde, somadas aos drásticos subfinanciamento federal e limite até 54% das despesas

correntes líquidas para ampliação do quadro de pessoal dos municípios, compelem os gestores municipais a um cotidiano de completar valores de procedimentos da tabela federal, com recursos do orçamento municipal, para diminuir a desassistência especializada e laboratorial, assim como conviver com as “complementações” familiares de usuários do SUS para viabilizar diárias de UTI, próteses, agenda de cirurgias e vários outros procedimentos. Compelem também à precarização da gestão dos trabalhadores de saúde, com baixa remuneração, sem carreiras e estabilidade, baixa escolaridade, tanto estatutários, celetistas como terceirizados.

A evidente impossibilidade de controle da finalidade pública no “emaranhado” de distorções privatizantes referido no item anterior, e da implementação dos princípios e diretrizes do SUS, vem impedindo, em nível nacional, as necessárias mudanças nos modelos de gestão e atenção. Os gestores públicos descentralizados, seu corpo dirigente, técnico e profissionais de saúde são levados à angustia diária tentando reprimir menos a demanda de situações de maior gravidade e as de urgência e, por falta de recursos, são compelidos a reprimir mais a demanda das situações menos graves, eletivas, e das ações de proteção aos riscos, sabendo que essa repressão gera as situações mais graves e de urgência. Essa angustia estende-se ao fato de a atenção básica à saúde não estar nacionalmente financiada e projetada para ter cobertura universal nem alta resolutividade nem vir a ser a porta de entrada preferencial no sistema, e por isso sem condições de estruturá-lo em redes regionais de cuidados integrais à saúde.

É de ressaltar a resistência federal no campo da reforma administrativa do Estado, nos 20 anos do SUS, de criar e disponibilizar alternativas administrativas públicas realmente eficientes e eficazes, em relação à administração direta e autárquica, para o gerenciamento público da prestação de serviços.

A maior contradição ou conflito estrutural explicita-se entre esse “emaranhado” – onde as terceirizações, ao contrário de serem desenvolvidas como complementares ou suplementares em situações específicas, foram alçadas para o espaço central do sistema – e, do outro lado, a ineficácia e ineficiência do gerenciamento público dos serviços pela administração direta e autárquica e a marcante insuficiência do financiamento federal.

Os colegiados gestores e de controle social do SUS vêm periodicamente formulando estratégias de avanços possíveis e de resistência, sendo a mais recente o Pacto pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão, de 2006, que assume o objetivo de insistir nas pactuações regionais para construção do planejamento e gestão regional compartilhados, da atenção integral à saúde segundo as necessidades da população, com Atenção Básica à Saúde progressivamente resolutiva, universal, ordenadora e estruturante das referências especializadas ambulatoriais, laboratoriais e hospitalares no território regional. Tentam impedir desestruturação maior dos vínculos com as diretrizes constitucionais, unindo forças e acumulando experiência, o que é extremamente imprescindível. O objetivo subjacente é o de retardar a consolidação estruturante do “SUS pobre para os pobres e complementar para os afiliados aos planos privados de saúde” política hegemônica “implícita”, até que novas relações de forças sociais, políticas e econômicas surjam. Outro ângulo desse importantíssimo esforço dos colegiados gestores e de controle

social é seu respaldo e interação com alguns milhares de experiências locais ou microrregionais no território nacional, levadas a cabo por equipes multiprofissionais de saúde, ao nível da micropolítica e do microprocesso de trabalho, esforçando-se criativamente e exaustivamente na efetivação dos princípios da universalidade, integralidade e equidade junto à população, mesmo sabendo das graves distorções e impedimentos ao nível da macropolítica e macroeconomia. Nessas experiências locais, inúmeras são compartilhadas com áreas da Universidade, resultando em avançados projetos de modelos de atenção à saúde e de produção de conhecimentos.

Desafios-mãe: o modelo de atenção e a participação da sociedade

Entre os inúmeros, graves e complexos desafios à implementação do SUS, objetivo de inúmeros debates, análises e propostas, não vemos como não reconhecer como um dos “desafios-mãe”: a mudança do modelo de atenção à saúde, a real democratização para toda a população do acesso oportuno a todos os níveis do sistema, segundo suas necessidades e direitos.

É necessário destacar que essa mudança passa pela implementação de uma atenção básica universal, de qualidade, intervindo e articulando intervenções sobre os determinantes sociais da saúde, nas situações de riscos específicos, do diagnóstico e tratamento precoces, no acompanhamento e cuidado aos crônicos e da autonomização do cidadão na sua saúde. Por consequência, esta atenção básica, porta de entrada preferencial do sistema, desenvolve-se como orientadora e ordenadora das demandas aos outros níveis de maior densidade tecnológica, assistenciais e de vigilância em saúde, assumindo por isso a gestão das linhas de cuidado e a estruturação do sistema. Neste modelo e nesta lógica, devem definir-se o perfil, a alocação e a participação dos profissionais, em função do que, o papel e responsabilidades dos prestadores de serviços, e, por fim, dos fabricantes de medicamentos, equipamentos, reagentes e outros insumos.

Sob o ângulo da construção deste novo modelo de atenção, é de se reconhecer que passa necessariamente pela democratização do Estado, tornando a gestão pública atrelada às necessidades e direitos da população e por isso mais eficaz e eficiente. Daí, como não reconhecer outro “desafio-mãe”: a elevação da consciência social do direito humano de cidadania (sobrepondo-se à classe, segmento e corporação), a consequente mobilização política, a democratização da gestão pública e a atuação das conferências e conselhos da saúde e da sociedade civil.

Aí estão as complexas e preocupantes mudanças dos nossos valores e movimentos sociais pontificadas nos anos 1990: a fragmentação da sociedade civil em segmentos e minorias organizados em formas pouco classistas, mas corporativas, disputando o consumo de serviços no mercado subsidiado com recursos públicos, o papel do SUS para as centrais sindicais, os sindicatos dos servidores estatutários e as minorias excluídas; a nova construção da relação sociedade-nação e o duplo descolamento dos conselhos de saúde: no campo da gestão pública, ao abdicarem da disputa competente na formulação de estratégias, sua atribuição legal; no campo da sua representatividade das entidades e movimentos sociais, ao abdicarem de contribuir na socialização

das informações estratégicas, da consciência social de cidadania e nas decorrentes mobilizações sociais.

Esse desafio, que se refere ao campo da gestão participativa, deve ser analisado também no campo do modelo de gestão, que em nossa visão abarca, além de conjuntos de instrumentos/procedimentos técnico-administrativos, também decisivas estratégias e políticas administrativas nas áreas do financiamento, planejamento/orçamentação, gestão de sistemas e redes, gestão de ciência/tecnologia/inação, gestão/gerenciamento da prestação de serviços (recursos humanos, materiais e financeiros), avaliação/controleregulação e relação público-privado.

Lembramos aqui a inadiabilidade da aplicação, em cada região e município, de indicadores de impacto no nível de saúde e de resultados, como: determinantes sociais controlados/população beneficiada, doenças evitadas por proteções específicas/idem, doenças não agravadas por diagnóstico e tratamento precoces/idem, doenças avançadas curadas/idem, urgências evitáveis e totais etc.

A bem das realidades cotidianas vividas pelos dirigentes, técnicos e colegiados gestores e de controle social, lembramos que os “mundos” dos modelos de atenção e de gestão se desenvolvem de modo embricado e inseparável, de formulação de estratégias e exercício de responsabilidades, competências e atribuições. Nessa linha de abordagens, diríamos que o desafio “mãe” da consciência social dos direitos de cidadania e decorrente politização e ampliação das mobilizações sociais e da democratização do Estado antecede os demais.

É a partir desse contexto que elegemos três desafios “filhos”, imediatos e centrais no SUS: o financiamento público, o gerenciamento público e a relação público-privado, sinérgicos e interdependentes entre si, com a finalidade de contribuir nas reflexões e mobilizações para sua superação, ainda mais porque, como enunciamos no preâmbulo, cremos que, ao ressoar o conjunto dos demais desafios, as conscientizações e mobilizações repercutem no conjunto.

Esses três desafios encontram-se concretamente no “campo de batalha” cotidiano, de modo palpável, inapelável e, após os 20 anos, incontornável, aí residindo outra razão da sua escolha: a de contribuir para posicionamento com os governos empossados no mês de janeiro.

PROPOSTA DE MEDIDAS PARA IMPLEMENTAÇÃO DOS RUMOS CONSTITUCIONAIS

Objetivo: delinear os rumos para obtenção de elevada eficácia e eficiência na gestão, na regulação e no gerenciamento público da prestação de serviços universais, integrais, equitativos e de qualidade.

Quanto ao desvio estrutural

1. Os mínimos de 15% e 12% dos impostos municipais e estaduais e DF, e de 10% da Receita Corrente Bruta (RCB) federal, constituirão patamar ou base segura para que

por etapas passemos de imediato dos atuais US\$ 350 públicos *per capita*/ano para perto de 500 e, ao longo dos anos, em mais 2 ou 3 etapas, para US\$ 1.000.²⁰

Esse valor seria, ainda, metade da média de US\$ 2.000 *per capita*/ano de gastos públicos com saúde na Europa, Canadá, Japão e outros países com os melhores sistemas públicos do mundo, mas, seguramente, seria suficiente para estarmos entre os melhores, com base na inusitada capacidade dos gestores descentralizados, desenvolvida em 20 anos, de “tirar água das pedras” e incluir no sistema metade da população antes excluída.

Caberá aos governantes deixarem de fixar o patamar mínimo como “teto” e pactuar a elevação por etapas, assim como promover a aprovação dos 10% da RCB da União *independentemente da criação ou não de nova contribuição social*.

Por outro lado, pelos mesmos motivos ligados ao financiamento federal da Educação, a desvinculação das receitas da União (DRU) deve ser extinta também das fontes do financiamento federal da Saúde, progressivamente ou não.

2. A indefinição, baixa clareza, obscurantismo e promiscuidade predatória da relação público-privado estão a exigir maior transparência, clareza dos limites e responsabilidades: tornam-se imprescindíveis reduções progressivas de todas as formas de subsídios públicos ao mercado de planos e seguros privados de saúde, assim como a redução e controle dos demais componentes do “emaranhado” de distorções privatizantes. Exemplos: a) nenhum estabelecimento público, mesmo que gerido por ente privado, pode abrir uma porta de admissão para vender serviços públicos no mercado, b) os atuais convênios com as entidades privadas filantrópicas e sem fins lucrativos deverão ter alternativa de evoluir para parcerias público-privadas com repasses globais não inferiores aos custos operacionais, com gestão própria ou cogestão com o SUS, corpo profissional e capacidade instalada exclusiva para o SUS, para cumprimento de metas definidas com o gestor público, e c) parcerias público-privadas formuladas transparentemente e aprovadas nos colegiados gestores e de controle social, nas áreas de economia de escala/controlado de qualidade em procedimentos de alta densidade tecnológica, e de avaliação tecnológica em saúde.

A proposta é a de pactuação de novos marcos regulatórios de interesse público em nível nacional e estadual, pelos colegiados democráticos e representativos como a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), Conselho Nacional de Saúde (CNS), Comissões Intergestores Bipartites (CIB), Conselhos Estaduais de Saúde (CES) e a Agência Nacional de Saúde (ANS) que hoje é aparelho de Estado, regulador somente dos agentes do mercado, e tem seu conselho diretor hegemônico por representantes do mercado.

3. A partir do impasse descrito entre a administração direta e autárquica, com o “emaranhado” de distorções privatizantes, a retomada do rumo “SUS”, além da questão do financiamento e da relação público-privado, passa necessariamente pelo

²⁰ Os US\$ públicos p.c./ano padronizados pelo poder de compra constituem o indicador instituído pela OMS/ONU, e que infere os demais, como a % do financiamento público no financiamento total da saúde, a % do financiamento público em relação ao PIB, o p.c. público anual em reais e outros.

desenvolvimento da autonomia gerencial de unidades públicas prestadoras de serviços, atrelada ao cumprimento eficaz e eficiente de metas de serviços de qualidade, definidas segundo as necessidades da população.

Esta autonomia gerencial supervisionada tem como partida a regulamentação e autorização, pelo Legislativo, do disposto no art. 37 da Constituição Federal, inciso XIX e § 8º, que deverão ser pautadas por balizamentos gerados nos 20 anos do SUS, a serem aplicados às Fundações Públicas, tais como:

– O financiamento da fundação pública é público com porta de admissão única exclusiva do SUS, sob contrato por cumprimento de metas com qualidade e desempenho definidos em consonância com as metas do planejamento municipal de saúde e das redes regionais de atenção integral à saúde, discutidas e aprovadas nos conselhos de saúde.

– Outros ganhos vinculados a intercâmbios tecnológicos de interesse público e doações poderão ser realizados sob condição de manter e aprimorar as metas contratadas.

– O quadro de pessoal é contemplado com concurso público ou processo seletivo publicizado, plano de empregos, carreiras, cargos, salários, jornadas e educação permanente, permanecendo os cargos diretivos e gerenciais submetidos a critérios técnicos e administrativos expressos no estatuto, com preferência aos quadros de carreira. A relação de trabalho será a CLT, ficando excluído o procedimento de demissão sem justa causa.

– O dimensionamento, lotação e qualificação do pessoal de saúde são realizados exclusivamente em conformidade com as necessidades da população adscrita e referida e o cumprimento das metas, observando a adesão e fixação das equipes de saúde junto à população adscrita no âmbito da atenção básica e para o acesso oportuno nos serviços de referência.

– A gestão dos recursos materiais e financeiros é publicizada e obedecerá aos preceitos públicos licitatórios eficazes e eficientes.

– Os relatórios de gestão – financeira, material, de pessoal e de cumprimento de metas – serão pelo menos semestrais, integrados aos relatórios de gestão da Secretaria de Saúde e publicizados em *site* oficial e diário oficial.

– A fundação pública é objeto das atividades de controle interno, externo e dos conselhos de saúde e atuará em área territorial e populacional definida pelo gestor público.

– A direção geral da fundação pública é de indicação do Secretário da Saúde com preferência a técnico ou dirigente de carreira portador de reconhecida experiência na gestão pública de saúde. Ainda neste item propositivo, deve estar pautada alteração no dispositivo específico da Lei da Responsabilidade Fiscal, elevando até 70% da receita corrente líquida municipal com pessoal de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, C. *et al.* A situação atual do mercado na saúde suplementar no Brasil e apontamentos para o futuro. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1421-1430, 2008.

BAHIA, L. As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1385-1397, set./out. 2008.

_____. A questão democrática na área da saúde no Brasil do século 21. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, p. 165-168, n. 81, jan./abr. 2009.

CAMPOS, G. W. S. Modo de co-produção Singular do Sistema Único de Saúde: impasses e perspectivas. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 47-55, 2009.

FLEURY, S. Que proteção social para qual democracia? *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 85, p. 328-348, abr./jun. 2010.

_____. Revisitando a questão democrática na área da saúde: quase 30 anos depois. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 156-164, 2009.

MARQUES, B. M. Breve crônica sobre o Sistema Único de Saúde 20 anos depois de sua implantação. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 56-63, 2009.

OCKÉ-REIS, C. O.; ANDREAZZI, M. F. S.; SILVEIRA, F. G. Mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do Estado? *Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, jan./abr. 2006.

OCKÉ-REIS, C. O.; SOPHIA, D.C. Uma crítica à privatização do sistema de saúde brasileiro: pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 72-79, 2009.

OCKÉ-REIS, C. O. SUS: o desafio de ser único. *Valor Econômico*, São Paulo, set. 2009.

PAIM, J. S. Uma análise sobre o processo da reforma sanitária brasileira. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 27-37, 2009.

SANTOS, I. S. *O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro*: elementos para a regulação da cobertura duplicada. jul. 2009. Tese (Doutorado em Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca/Fiocruz, São Paulo, ago. 2009.

_____; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 5, p. 1431-1440, 2008.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, L. Odorico. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século 21. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 82, p. 201-213, maio/ago. 2009.

SANTOS, N. R. A Reforma Sanitária e o Sistema Único de Saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 13-26, jan./abr. 2009.

_____. O Estado que temos e os rumos que queremos: contribuição para posicionamento com os novos Governos Federal e Estaduais. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 34, n. 87, out./dez. 2010.

_____; AMARANTE, P. D. C. (Org.). *Gestão pública e relação público-privado na saúde*. Rio de Janeiro: CEBES, 2011. (Coleção Pensar em Saúde).

SILVA, S. F. Sistema Único de Saúde 20 anos: avanços e dilemas de um processo em construção. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 38-46, jan./abr. 2009.

FEDERALISMO E RESPONSABILIDADE SANITÁRIA (PERCALÇOS DA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE EM UM ESTADO FEDERADO)

Luiz Carlos Romero

INTRODUÇÃO

Na construção do Sistema Único de Saúde, a elaboração dos instrumentos normativos necessários a sua organização e financiamento constitui uma tarefa que vem exigindo muita criatividade de parte de legisladores, gestores e magistrados já que se trata de organizar e fazer funcionar um sistema unificado de saúde num Estado federado com características peculiares.

A partir do início da década passada, vários episódios afetaram a vida e a saúde de comunidades inteiras em razão da atuação insuficiente, ou mesmo da omissão, de gestores desse sistema. A análise desses eventos não apenas permitiu reconhecer que essas situações poderiam ter sido evitadas ou ter seus efeitos minimizados se os investimentos e as atividades de responsabilidade do Estado tivessem sido oportunamente realizados, como tornou evidente a insuficiência dos instrumentos legais disponíveis – no âmbito do sistema de saúde e fora dele – para apurar responsabilidades e sancionar os gestores envolvidos.

O aperfeiçoamento das normas e instrumentos legais existentes para que dispusessem sobre a previsão expressa de sanções a serem aplicadas aos gestores públicos responsáveis pelo descumprimento injustificado de obrigações assumidas no âmbito do Sistema Único de Saúde passou a ser aventada e, inclusive, requerida pelo Ministério da Saúde (BRASIL, [s.d.]) e pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2007), e proposições legislativas nesse sentido foram feitas por iniciativa tanto do Poder Executivo (BRASIL, 2005) como do Poder Legislativo (BRASIL, 2004a; BRASIL, 2004b; BRASIL, 2007; BRASIL, 2009).

Nesse contexto, foi retomado o conceito de “responsabilidade sanitária” – como uma nova espécie de responsabilidade do Estado para com o direito fundamental à saúde instituído pelo texto da Constituição Federal de 1988 – e desencadeado o processo legislativo objetivando instituí-lo em nosso ordenamento jurídico. A complexidade do tema e as peculiaridades do pacto federativo que vinha sendo constituído para por em operação o Sistema Único de Saúde (SUS), no entanto, exigiram que o tratamento dado à matéria inovasse grandemente não apenas em aspectos legais e jurídicos, mas também doutrinários.

A CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE EM UM ESTADO FEDERADO

As peculiaridades e os percalços do federalismo brasileiro

É recorrente, na literatura que estuda a formação do estado federal brasileiro, a constatação de que nosso federalismo não apenas é *sui generis* como, desde sua instituição

com a primeira constituição republicana, sofre avanços e retrocessos, em um “movimento pendular” (LEWANDOWSKI, 2009, p. 321-322). Entre suas peculiaridades, ressalta-se, em primeiro lugar, o fato de que ele se conformou não pela associação livre de estados autônomos preexistentes, mas pelo desmembramento de um estado unitário que, com a queda do regime monárquico absolutista, teve suas antigas províncias transformadas em estados; em segundo, o fato de constituir a única forma federativa contemporânea que tem o município como membro da federação, na qualidade de uma terceira esfera de autonomia, “alterando radicalmente a estrutura clássica do federalismo, baseado na dualidade união e estados-membros” (FELIX, 2007, p. 23).

Os avanços e retrocessos – os momentos históricos de centralização e descentralização da atuação do estado brasileiro – são importantes pelos seus reflexos nas questões da saúde, uma vez que nossos sistemas de saúde se institucionalizaram e estruturaram, exatamente, em momentos de grande centralização do sistema federativo brasileiro.

Durante as décadas de 1930 e 1940, no período que Lewandowski diz ter-se verificado “um total eclipse do federalismo brasileiro” (LEWANDOWSKI, 2009, p. 324) e “o fim do federalismo e da democracia liberal” (AXT, 2005, p. 387), observa-se, com o recuo do sistema federativo, o crescimento do intervencionismo e da burocracia estatal da União. Em relação ao setor saúde, institucionalizaram-se e fortaleceram, nesse período, os dois grandes sistemas que só em 1988 vieram a ser substituídos pelo atual Sistema Único de Saúde: o do Ministério da Saúde e o do Ministério do Trabalho (depois, Previdência Social). Essa conformação institucional da gestão da saúde, definida já no primeiro governo de Getúlio Vargas, teve repercussões que se fizeram sentir até a Reforma Sanitária dos anos 80. Ao criar dois formatos diferenciados para as instituições e as ações de saúde, instituiu duas formas distintas de políticas do setor: uma corporativa e outra universalista. Na opinião de Fonseca, “distinguiram-se e impuseram-se conotações diferentes à política de saúde de uma e outra esfera ministerial” (FONSECA, 2007, p. 41-42).

Além disso, a instauração do Estado Novo deu à política de saúde outras de suas características duradouras: uma forma de organização do setor na qual se diferenciam órgãos de direção de órgãos de execução; caráter centralizador, com definição a partir do governo central e pequena participação dos estados e municípios na sua formulação e implementação; e a concepção de outorga, isto é, de que o Estado é o grande provedor de ações e serviços de saúde que têm a qualidade de benefícios, desvinculada da ideia de direito (FONSECA, 2007, p. 41-42).

O segundo momento de grande centralização do sistema federativo brasileiro ocorreu após 1964. Na opinião de Suely Dallari (1985), a partir da Constituição de 1967, o Brasil passou a ser apenas formalmente uma federação, à vista da falta de autonomia dos níveis subnacionais de governo que ela instituiu. Durante a ditadura militar, centralizou-se na Presidência da República e no Executivo Federal a coordenação nacional de importantes setores e estabeleceu-se um movimento no sentido da retirada de responsabilidade dos estados e municípios em relação às políticas sociais – entre elas a de saúde. Na saúde, confirmou-se o poder hegemônico e centralizador da Previ-

dência Social sobre o setor. A centralização de recursos no nível federal durante esse período, principalmente após a reforma tributária de 1967, e o crescimento da oferta de serviços de assistência médica pela Previdência Social, durante a década de 1970, tiveram, como consequência, a redução da participação de estados e municípios no investimento, no financiamento e na execução de ações e serviços de saúde.

A Assembleia Constituinte de 1987-88, não obstante as fortes pressões pela descentralização, manteve na União não apenas boa parte das competências como das receitas tributárias. Na opinião de Dalmo Dallari, “embora mantendo formalmente a equivalência entre os poderes da União e dos Estados-membros, faz-se de tal modo a fixação e distribuição das competências que resulta clara e incontornável a superioridade do poder federal” (DALLARI, 2008, p. 52).

Decorre dessas características e dessa história que “o constitucionalismo brasileiro não conseguiu engendrar relações intergovernamentais de cooperação e controle mútuo” (AXT, 2005, p. 406). Mesmo a Constituição Federal de 1988, apesar dos seus avanços, não alterou essa condição historicamente consolidada, persistindo a “inexistência de regras claras de cooperação intergovernamental internas, dificultando, assim, a articulação das ações federais, estaduais e municipais, prejudicando a eficácia e a eficiência, especialmente de políticas sociais” (MARTINS FILHO; ADAMS, 2008, p. 157).

Ao dar tratamento de destaque para as matérias de saúde e elevá-la à condição de direito fundamental, a Constituição de 1988 unificou os sistemas públicos de saúde existentes e determinou que o novo sistema tivesse direção única em cada esfera de governo, sem, no entanto, dimensionar adequadamente as novas atribuições de cada ente da federação em relação a suas respectivas fontes de receita nem estabelecer mecanismos de articulação entre os entes federados que permitissem organizá-lo e operá-lo de forma cooperativa. Retirou da União as competências executivas, mas manteve na sua mão a maior parte dos recursos para o financiamento do novo sistema.

Para complicar a situação, quando a questão foi levada aos tribunais, produziu uma jurisprudência reiterada e consolidada segundo a qual a garantia do direito à saúde constitui uma obrigação solidária dos entes federados (Cf. TORRONTÉGUY, 2010).

A construção do novo sistema tornou evidente, assim, a necessidade de que aquelas regras de cooperação intergovernamental fossem estabelecidas. Coerentemente com a tradição centralista que caracterizou a atuação dos nossos sistemas de saúde anteriores a 1988, o novo Ministério da Saúde que emergiu da Constituição de 1988 como gestor federal do novo Sistema Único de Saúde tomou para si a tarefa de dirigir sua construção.

A evolução para um modelo de gestão compartilhada e pactuada entre entes federados

Desde sua instituição, a organização do SUS se fez fortemente marcada pelo papel regulador do Ministério da Saúde, segundo uma tradição setorial de centralismo que mantinha estados e municípios dependentes do poder central no que diz respeito à

formulação de políticas, à normatização, ao financiamento e, inclusive, à manutenção de serviços e à execução de ações. Ainda que a maior parte da prestação das ações e da manutenção dos serviços fosse colocada na competência de estados e municípios, a dependência de recursos federais para o seu financiamento reforçava o poder normativo e a posição do Ministério na organização do sistema. Apesar da importante redução da contrapartida federal na composição dos recursos públicos para a saúde ocorrida nas duas últimas décadas – que, segundo Nelson Rodrigues dos Santos (2009), passou de 75%, em 1980, para menos de 50%, em 2005 –, o sistema permaneceu e permanece grandemente dependente da transferência de recursos da União para o seu financiamento.

A configuração normativa original do sistema, por sinal, já refletia essa perspectiva: disposição da Lei nº 8.142, de 1990, que “dispõe sobre (...) as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde” (BRASIL, 1990), autoriza o Ministério da Saúde, mediante portaria, a estabelecer as condições para a alocação de recursos do Fundo Nacional de Saúde, a forma de repassá-los e os requisitos que devem cumprir estados e municípios para habilitarem-se a recebê-los. Dessa forma, as regras de organização do sistema e de cooperação intergovernamental passaram a ser ditadas pelo Ministério da Saúde por meio da elaboração e edição de “normas operacionais básicas do SUS” (NOB), posteriormente denominadas “normas operacionais da assistência à saúde” (NOAS).

Na opinião de Santos e Andrade (2009, p. 205), “as normas operacionais eram regras de organização e funcionamento do SUS ditadas pelo Ministério da Saúde, mediante portarias com anexos que detalhavam os procedimentos a serem observados pelos estados e municípios interessados nas transferências federais”. Duas expressões, cunhadas pelos estudiosos do assunto nos primeiros anos desse processo, ganharam repercussão e passaram a ser repetidas em razão da expressividade com que o descreviam: a de Vianna (1992, p. 35), de que se tratava de uma “descentralização tutelada”, e a de Misoczky (2003, p. 335), de que o SUS estava sendo “esculpido a golpes de portaria”.

As duas primeiras normas operacionais foram baixadas em 1991 e 1992, na forma de resoluções do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), e regulavam as transferências de recursos da União para estados e municípios, centradas no financiamento do sistema (BRASIL, 1991). As NOB de 1993 e 1996 – posteriores à extinção do INAMPS e já sob a forma de portarias do Ministério da Saúde – trouxeram avanços importantes ao processo de gestão e descentralização do sistema, dando início ao longo processo de elaboração daquelas regras de convivência entre União, estados e municípios (BRASIL, 1993; BRASIL, 1996).

O primeiro desses avanços foi a criação do processo de “habilitação”, mecanismo segundo o qual o Ministério concedia permissão para que o estado ou o município fosse reconhecido como gestor da saúde de seu território, em maior ou menor extensão. O segundo consistiu na instituição de instâncias de deliberação e decisão – as comissões intergestores – nas quais representações dos entes federados deliberam e pactuam sobre a organização administrativa e técnica do sistema, na busca das até então ausentes

regras de cooperação e controle mútuo, que permitissem o estabelecimento de relações intergovernamentais cooperativas e produtivas, no âmbito do sistema. Outro avanço no processo foi a ampliação das transferências diretas fundo-a-fundo, instituída pela NOB de 1996, que concedeu maior autonomia para estados e municípios.

As NOAS 2001 e 2002, por sua vez, ampliaram as responsabilidades dos municípios na atenção básica e estabeleceram o processo de regionalização e hierarquização (BRASIL, 2001; BRASIL, 2002).

Em que pese o caráter centralizador e tutorial, as NOB e NOAS conseguiram estimular a descentralização de ações e a organização de redes de serviços por estados e municípios, mas essa configuração normativa continuava fortemente disciplinada pelo Ministério da Saúde, à luz do financiamento federal (Cf. SANTOS; ANDRADE, 2009), e, depois de quase vinte anos de uma experiência razoavelmente bem sucedida de organização e operação de redes estaduais e municipais, a se mostrar cada vez mais insatisfatória para os gestores estaduais e municipais. A reivindicação de mais autonomia por parte daqueles gestores e o reconhecimento generalizado de que o SUS tinha alcançado um nível de maturidade organizativa só poderiam “desaguar na construção de uma rede interfederativa de serviços (...), operada por consensos interfederativos, obtidos em colegiados interfederativos (...) e consubstanciados em contratos interfederativos multilaterais” (Idem, 2009, p. 207).

Em vista disso, e após cerca de dois anos de negociação, passou a vigor, a partir de 2006, o “Pacto pela Saúde” – uma nova forma de relacionamento entre os entes federados em área de saúde que, na opinião de Santos e Andrade (2009, p. 207), decorre “de se reconhecer que, na saúde, esses entes são interconectados e interdependentes na operacionalização de uma rede (...)”. Uma série de portarias do Ministério da Saúde, datadas de fevereiro a abril de 2006, regulamentou as Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006, entre as quais a cooperação entre entes públicos de esferas de governo diferentes (instituindo o “Termo de Cooperação entre Entes Públicos”) e os processos administrativos relativos à gestão do SUS (pactuação nas comissões intergestores) (BRASIL, 2006a, b e c).

Ainda que permaneçam vigentes algumas diretrizes das NOB e NOAS, o Pacto promoveu significativas inovações nos processos e instrumentos de gestão, em busca de maior efetividade, eficiência e qualidade das respostas do sistema, e redefiniu responsabilidades (BRASIL. Ministério da Saúde, 2006d, p. 7-8). Reconhecida a multiplicidade de condições de saúde e de infraestrutura presentes nos diferentes entes federados, as responsabilidades passam, agora, a ser atribuídas de forma pactuada entre os gestores das três esferas de governo, de acordo com a capacidade da rede de serviços localizada no território do ente federado, e o pactuado, a ter caráter de contrato.

Entre as inovações que são favorecidas por esse novo pacto interfederativo, está a substituição da “habilitação” por “termos de compromisso de gestão”, de adesão voluntária, e que contêm as metas e objetivos dos planos adotados por cada ente, as responsabilidades e atribuições de cada gestor envolvido na sua implementação e os

indicadores de monitoramento. Elas dão, dessa forma, mais um passo no sentido do aperfeiçoamento das regras de cooperação e controle mútuo entre os entes federados para a operação com efetividade do sistema de saúde.

Na nova conformação normativa, tomam maior relevância os colegiados interfederativos – as comissões intergestores criadas pela NOB/93 – que são o fórum de deliberação sobre as responsabilidades dos entes federados em termos de financiamento, direitos, obrigações e demais aspectos da gestão do sistema. Essas responsabilidades são, então, consubstanciadas em contratos interfederativos multilaterais (Cf. SANTOS; ANDRADE, 2009).

O Pacto pela Saúde, de 2006, constitui o estágio atual e mais avançado do pacto federativo gerado no âmbito do setor saúde, cuja construção se iniciou com edição das normas operacionais do início da década de 1990. No entanto, ele não resolve todos os problemas que a responsabilidade e a gestão compartilhadas envolvem: qual é o valor jurídico dos contratos e termos de compromisso de gestão? Constituem eles normas jurídicas de imposição de dever, criando, portanto, responsabilidade, obrigação? Que resultado gera seu descumprimento? Que processos dão conta de controlar a responsabilidade e sancionar o ente federado que não seguir as novas regras de cooperação e controle mútuo pactuadas?

RESPONSABILIDADE SANITÁRIA

O conceito de responsabilidade sanitária foi sendo construído ao mesmo tempo em que se conformava esse pacto federativo no campo da saúde.

Ainda que os mecanismos e instrumentos jurídicos gerados e testados nesse período tenham permitido avançar no que diz respeito ao desenvolvimento de instâncias e regras de cooperação intergovernamental internas, favorecedoras da articulação das ações federais, estaduais e municipais de saúde, não conseguiram, no entanto, criar mecanismos de controle mútuo. Crises reiteradas (LAGE, 2005; BRASIL, 2007; BRASIL, 2008) evidenciam a persistência de atuação insuficiente de gestores de saúde sob cuja responsabilidade estavam a organização de serviços e a implementação de ações de saúde.

Elas resultaram de graves omissões de gestores estaduais e municipais do sistema, caracterizadas pela não aplicação dos recursos de transferência intergovernamental que receberam para financiamento de ações e serviços públicos de saúde ou da não execução de ações programadas e pactuadas entre gestores, e foram responsáveis por episódios que afetaram grande número de pessoas, em termos de adoecimento e morte, sem que a atuação dos demais níveis do sistema pudesse se fazer, quer de forma preventiva quer corretiva. Nesses episódios, ficou evidenciada a ausência tanto de mecanismos efetivos de controle mútuo entre os entes federados para uma atuação preventiva quanto de instrumentos jurídicos para a sanção dos gestores públicos responsáveis e para a reparação dos danos causados.

É nesse contexto que se fazem as proposições legislativas objetivando dar sede legal aos mecanismos de cooperação – já que tinham sido criados por portarias ministeriais – e instituir aqueles de controle mútuo, ainda inexistentes ou frágeis.

Proposta como o instrumento jurídico que viria a preencher aquele vácuo normativo reconhecido como existente nas relações entre gestores e definidor das suas responsabilidades, uma “Lei de Responsabilidade Sanitária” foi percebida, inicialmente, como a fórmula para dar efetividade aos comandos da União sobre a Política Nacional de Saúde (LAGE, 2005). O Ministério da Saúde acreditava que o novo regulamento – elaborado sob os auspícios daquela pasta, e colocado em consulta pública, no ano de 2005 –, se aprovado, serviria para aumentar a eficácia dos pactos de gestão estabelecidos entre as três esferas de governo.

Mais tarde, com a perspectiva de implementação do Pacto pela Saúde, essa lei é percebida como o mecanismo jurídico de aprimoramento daqueles arranjos interfederativos, favorecedor da construção dos indispensáveis consensos interfederativos e, ao mesmo tempo, de responsabilização dos agentes públicos que os descumprem injustificadamente.

No novo contexto, posterior a 2006, a responsabilidade sanitária é delimitada pelas responsabilidades e atribuições assumidas, pactuadas e contratadas respectivamente pelos gestores municipais, estaduais, do Distrito Federal e federal (BRASIL, 2006d). O fato de o processo de redistribuição de responsabilidades de cada gestor passar a ser desenhado sob novos critérios não exclui, no entanto, o reconhecimento, identificado desde o início, da necessidade de instrumentos jurídicos que deem garantia de cumprimento a esses contratos interfederativos, prevendo expressamente sanções para os gestores públicos responsáveis pelo seu descumprimento injustificado.

É nessa direção que caminha a formulação do princípio e a proposição dos mecanismos legais que viriam a instituir a responsabilidade sanitária.

Em sentido geral, responsabilidade exprime a obrigação de responder por alguma coisa. Envolve as noções de dever ou obrigação do indivíduo ou instituição de prestar conta – a uma instância de regulação concreta ou simbólica – por determinada ação relativa a algo que lhe foi confiado por meio de compromisso.

No âmbito jurídico, a responsabilidade é classicamente definida pela existência de uma obrigação cominada em lei. Para Fernando Aith, “a responsabilidade só terá relevância jurídica quando houver uma norma jurídica impondo um dever, uma obrigação” e “a responsabilidade sanitária decorre das normas específicas de Direito Sanitário e se aplica a todos os agentes públicos estatais e a todos os cidadãos que exerçam as atividades por ele reguladas” (AITH, 2007, p. 246-247). O conceito de responsabilidade sanitária que passou para os textos das proposições legislativas que visavam a sua regulamentação, no entanto, ampliou essa acepção original.

Inicialmente, ela foi concebida como a responsabilidade objetiva do Estado com a concretização do seu dever constitucional em relação à saúde e intimamente ligada

à realização do princípio de integralidade da atenção. Nessa acepção, a responsabilidade sanitária do Estado tem, por contornos, “as possibilidades, limites e formatos institucionais, operacionais e instrumentais ao pleno exercício do ‘dever do Estado’” (LEVCOVITZ; ARRUDA; GARRIDO, 1994, p. 2), o que lhe dá – para além da natureza jurídica – dimensão política, na medida em que um conjunto de fatores dessa natureza se interpõe a esse exercício.

Nos anos que se seguiram à institucionalização do SUS, ficou evidente que contingências representadas pelas políticas de governo de orientação neoliberal que passaram a predominar no período pós-88 limitaram significativamente a construção do sistema nos moldes preconizados pela Carta de 1988, ao restringirem a capacidade de ação do Estado de implementar as tarefas determinadas por seu dever constitucional. Minayo (2001, p. 21) já tinha identificado “a distância entre a imposição de uma política pública de saúde de cunho universalista e as pressões, sempre maiores, por uma reforma do Estado que minimizasse custos como princípio norteador”. Entre aquelas contingências e fatores de natureza política, são ressaltados: a crise fiscal; a submissão da política social aos ditames da política econômica de ajuste estrutural; a inadequação das estruturas e culturas organizacionais herdadas do período autoritário; a insuficiência da capacidade instalada de serviços e de capacitação dos corpos técnico-profissionais do Estado (ROMERO, 2008, p.80).

Levcovitz, Arruda e Garrido (1994, p. 4-5) apontam, ainda, entre as dificuldades que o Estado brasileiro encontrou, naquele período, para “habilitá-lo para o exercício de seu dever na saúde”, a constatação – ainda hoje presente – de que, ainda que haja um aparente consenso quanto à aceitação do direito universal à saúde e do dever do Estado de assegurá-lo quando abstratamente considerados, são objeto de profundos questionamentos e interpretações conflituosas e contraditórias quando traduzidos concretamente em planos, programas, orçamentos, serviços e ações de saúde. Nesse contexto, ele chama a atenção para a falta de clareza na definição de papéis e os conflitos de interesses entre as esferas de governo responsáveis pela formulação e execução da política setorial.

A estreita relação entre os conceitos de responsabilidade sanitária e integralidade do atendimento fica evidente no discurso dos defensores dessa acepção, na medida em que entendem que o pleno exercício do dever do Estado com a saúde passa, necessariamente, por uma mudança de qualidade do sistema de saúde. Mudança essa que alcança aspectos organizacionais e a implementação de novas práticas.

Em relação aos aspectos organizacionais, têm relevância, por um lado, a unificação dos serviços e ações públicas de saúde sob direção única e, por outro, a capacidade desse sistema de responder tanto pelas ações e serviços voltados para a saúde coletiva como por aqueles da assistência médica dos indivíduos, superando as dicotomias preventivo/curativo, individual/coletivo, presentes nos sistemas anteriores. As novas práticas necessárias são aquelas que operacionalizem o conceito de integralidade pela oferta e pelo acesso a ações e serviços de variadas naturezas e graus de complexidade material e tecnológica: a construção e operação de redes hierarquizadas e regionalizadas.

Ainda que erigido como uma das diretrizes fundamentais da organização do novo sistema, o atendimento integral tem esbarrado, assim, na dificuldade de traduzir-se em novas práticas (Cf. LEVCOVITZ; ARRUDA; GARRIDO, 1994) por razões não apenas conceituais, mas também – e principalmente – políticas.

De qualquer forma, essa acepção – segundo a qual a responsabilidade sanitária se confunde com o dever do Estado de garantir o direito à saúde – entende, também e em decorrência, que essa garantia só se viabiliza por meio do desenvolvimento e operação de um sistema de saúde caracterizado pelo atendimento integral. Assim entendido, o instituto da responsabilidade sanitária depende, para sua implementação, antes de tudo, da solução dos crônicos e graves problemas de financiamento e de organização do setor, na medida em que não é possível cobrar do gestor uma atenção integral sem conceder-lhe os recursos e os meios correspondentes.

A solução não viria, dessa forma, da via jurídica.

A partir de 2004, no entanto, nota-se uma mudança significativa de acepção: a expressão deixa de referir-se à responsabilidade objetiva do Estado para apontar para a responsabilidade subjetiva do gestor do sistema, ao mesmo tempo em que as normas geradoras de obrigação se ampliam. Em decorrência, mecanismos jurídicos de controle mútuo entre os entes federados passam a ser propostos, em sede legal.

A mudança decorre de críticas à insuficiência dos mecanismos de controle interno e externo para a garantia de direitos constitucionais em saúde que se fazem principalmente para o fato de que, quando o gestor gere mal os recursos disponíveis, tem suspensas novas transferências intergovernamentais, prejudicando a população e não a instituição ou a si (Cf. CARVALHO, 2006). Defende-se a necessidade de responsabilizar diretamente o gestor.

Nos momentos seguintes ao episódio que ficou conhecido como “a crise na saúde do Rio”, do primeiro trimestre de 2005, o Ministro da Saúde veio várias vezes a público defender “a criação de uma lei (...) cujo objetivo é punir os administradores que deixam de cumprir suas obrigações na área de saúde”, que passou a ser denominada “Lei de Responsabilidade Sanitária” (LAGE, 2005).

Por fim, em 2006, é instituído o Pacto pela Saúde, na qualidade de reforma institucional segundo a qual se estabelecem novos instrumentos e processos de gestão do SUS, em cujo âmbito se redefinem as responsabilidades de cada gestor. Nesse contexto, as proposições legislativas que se fizeram configuram a nova responsabilidade como responsabilidade subjetiva do gestor e a enquadram nas espécies administrativa e penal.

É difícil, no entanto, conceber essa nova responsabilidade no âmbito da responsabilidade civil do Estado, uma vez que não se trata, aqui, das obrigações do funcionário para com a Administração nem da mera obrigação de indenizar ou ressarcir danos causados a terceiros por agentes públicos. Cuida-se, ao contrário, da obrigação do agente público em promover a prestação de determinados serviços no campo da saúde,

consubstanciada em planos e acordos pactuados com os gestores das outras esferas federativas, com os quais partilha solidariamente essa responsabilidade.

Não se trata, assim, de instituir ou redimensionar mecanismos de indenização ou reparação de danos – na concepção clássica da responsabilidade civil –, mas do estabelecimento de um novo paradigma, no âmbito do qual se buscam instrumentos jurídicos que deem suporte e efetividade às regras de cooperação intergovernamental e – principalmente – de controle mútuo, caracterizadas pelos contratos interfederativos multilaterais para os quais evoluiu a conformação normativa do SUS.

Foi com essa acepção que o conceito de responsabilidade sanitária passou para o anteprojeto de iniciativa do Poder Executivo e para os projetos de lei apresentados à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

Ainda assim, entre 2004, data de apresentação do primeiro projeto de lei à Câmara dos Deputados, e 2009, ano da última proposição, feita ao Senado Federal, observam-se mudanças na concepção dessa nova responsabilidade.

No caso dos projetos apresentados à Câmara dos Deputados, do ano de 2004, busca-se apenas a responsabilização pela via administrativa do agente público de saúde que deixa de cumprir obrigações que lhe são determinadas constitucional e legalmente, referentes à organização e operação do SUS, quais sejam, a estruturação e funcionamento de fundos de saúde, do sistema de auditoria e dos conselhos de saúde, e a aplicação, em saúde, dos recursos financeiros que a Constituição determina.

O anteprojeto do Poder Executivo, de 2005, por sua vez, amplia o conceito do que, agora, é denominado “responsabilidade sanitária”: além do cumprimento daquelas obrigações constitucional e legalmente estabelecidas, busca dar valor jurídico aos acordos pactuados entre os gestores das três esferas de governo e ampliar as obrigações que compõem essa nova responsabilidade que institui para a obtenção de “resultados mínimos” em termos de ações, metas e indicadores, pactuados naquelas instâncias.

O projeto de lei do Senado retoma, como justificção, o objetivo dos projetos da Câmara, isto é, o de corrigir uma situação de “ausência de instrumentos legais para apurar responsabilidades e sancionar gestores que descumpram injustificadamente suas obrigações” (BRASIL, 2009). Deixar de cumprir deliberações pactuadas no âmbito das comissões intergestores passa, no entanto, também a ser tipificado como infração administrativa e esses pactos ou acordos, portanto, ganham, também nessa proposição, valor jurídico. Mas a questão dos “resultados mínimos” como componente da nova responsabilidade sanitária não é tocada pelo projeto do Senado.

Em todas as proposições, o agente público alcançável é aquele que – a teor do que é definido pelo art. 2º da Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 1992) – atua “no âmbito do SUS” e tem poder de decisão sobre a alocação de recursos.

Os projetos de lei caracterizam-se, assim, pela importante ampliação da responsabilidade do gestor ou agente público em esfera administrativa – definindo novas infrações

administrativas e cominando sanções mais pesadas nessa esfera jurídica – e, além disso, tipificam o descumprimento de alguns dos atos, considerados ilícitos de maior gravidade, como “crimes de responsabilidade sanitária”, conferindo também dimensão criminal à responsabilidade sanitária. No anteprojeto do Poder Executivo, inclusive, ao mais grave desses crimes – deixar de aplicar os recursos mínimos estabelecidos para o financiamento da saúde pelo § 2º do art. 198 da Constituição Federal – é cominada, entre outras, pena de suspensão dos direitos políticos, ainda que o projeto não preveja o devido processo para isso.

CONCLUSÕES

As proposições legislativas que objetivam a instituição da responsabilidade sanitária como uma nova espécie de responsabilidade jurídica, aplicável ao setor saúde, refletem a evolução do conceito e dos mecanismos que instituem.

Elas invertem a lógica segundo a qual a responsabilidade objetiva da Administração se assenta na “substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público” (MEIRELLES, 2008, p. 662), e que não cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que fique demonstrado o dano causado por ação ou omissão do Poder Público. Diferentemente do que defende essa doutrina, é reconhecida a existência, sim, de culpa – e, eventualmente, dolo – na ação ou omissão do gestor do SUS que, de forma injustificada, deixa de cumprir determinações legais, de honrar contratos interfederativos e de executar os planos de saúde aprovados ou, até mesmo, descumpre determinadas metas pactuadas.

Dessa forma, as proposições legislativas que instituem a responsabilidade sanitária tomam a falta de serviço – deixar de prestar ou retardar o serviço, mau funcionamento, não execução de ações necessárias – como fato gerador da sanção aplicável contra o gestor.

A apuração da responsabilidade sanitária proposta não prescinde da apreciação de elementos subjetivos, de culpa ou dolo, e, em oposição à pressuposição da existência de um risco inerente à ação Estatal, assume, como um risco real para a saúde das pessoas e da população, a ausência ou insuficiência da atuação do Estado.

Nesse sentido, aquelas proposições estão instituindo um novo paradigma em matéria de responsabilidade do Estado que não se enquadra na categoria de responsabilidade civil.

Segundo a doutrina da responsabilidade civil do Estado, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Esses agentes, no entanto, só são alcançados pelo exercício, pela Administração, do direito de regresso, e nos casos de dolo ou culpa, conforme art. 37, § 6º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

As proposições legislativas que objetivam instituir essa nova responsabilidade, no entanto, levam em conta, como fato gerador da responsabilidade, a falta do serviço, inferindo dela a responsabilidade do gestor – não da Administração. O agente – o gestor

do sistema de saúde – é, assim, responsabilizado pela falta de serviço, e alcançável sempre, não apenas em razão de ação regressiva contra ele.

Nesse sentido, entendemos que não se trata aqui de uma questão de responsabilidade civil do Estado. Ao contrário: essas proposições objetivam instituir um novo paradigma em termos de responsabilização da administração e do gestor públicos que difere da responsabilidade civil do Estado ou da Administração, nos moldes daquele que, à luz do que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa, acrescenta a “responsabilidade por improbidade administrativa” como uma quarta natureza da responsabilidade dos agentes do Estado. A punição por falta ou por quebra da responsabilidade sanitária de parte do gestor de saúde decorre de uma responsabilidade distinta e independente das responsabilidades penal, civil e administrativa previstas na legislação específica.

Com a adoção de um novo paradigma, o ato de irresponsabilidade sanitária constitui ilícito com características típicas quanto à sua natureza – diretamente ligada ao risco de dano à saúde da população associado à falta do serviço –, do que decorrem sanções também específicas que alcançam o agente público em qualquer caso e não apenas por regressão.

Chama a atenção o fato de que as proposições legislativas que objetivam instituir uma nova responsabilidade no âmbito do nosso Direito Sanitário enfrentam – em razão das inovações que introduzem – dificuldades no processo legislativo.

A primeira delas diz respeito ao próprio conceito de responsabilidade sanitária que não está acabado, mas em elaboração – moldado historicamente pelas necessidades do processo de criação e testagem, na prática da gestão do SUS, de regras e mecanismos de cooperação entre União, estados e municípios, essenciais para a construção de um sistema único de saúde num estado federado com as características do nosso.

Importante inovação, do ponto de vista jurídico, consiste na ampliação do conceito da tradicional “responsabilidade administrativo-sanitária”, que decorre da infração a normas sanitárias configuradas em leis, para incorporar um pluralismo normativo que aceita, como fontes de direito, além dessas, normas de outras naturezas como os acordos interfederativos, os planos de saúde e, até, um mínimo de resultados em termos de indicadores de saúde e de prestação de serviços. Ao fazer isso, reconhece o poder vinculativo dessas normas e o fato de que elas são aceitas pela comunidade de trabalhadores e gestores de saúde e pelas práticas administrativas prevalentes no âmbito do sistema de saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. *Curso de Direito sanitário: a proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AXT, Günter. A evolução do regime federativo no Brasil. *Revista da AJURIS*, v. 32, n. 99, p. 371-413, set. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Emendas constitucionais nºs 1/92 a 62/2009, pelo decreto legislativo nº 186/2008 e pelas emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

_____. *Diretrizes operacionais dos pactos pela vida, em defesa do SUS e de gestão*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006a.

_____. Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social. Resolução INAMPS nº 258, de 7 de janeiro de 1991, que aprova a Norma Operacional Básica/SUS 01/1991 (...) que trata da nova política de financiamento do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, p. 641, col. 2, jan. 1991.

_____. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. (Lei de Responsabilidade Fiscal). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 maio 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em: 27 abr. 2010.

_____. *Lei de Responsabilidade Sanitária: mais compromisso com a saúde pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, [s. d.]

_____. *Lei de Responsabilidade Sanitária: um novo caminho para o Brasil*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. (Lei de Improbidade Administrativa). *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Ministério da Saúde. Portaria MS/GM nº 545, de 20 de maio de 1993, que estabelece normas e procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através da Norma Operacional Básica – SUS 01/93. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, p. 6.961, col. 2, 24 maio 1993. Disponível em: <http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1993/prt0545_20_05_1993.html>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Portaria MS/GM nº 95, de 26 de janeiro de 2001, que aprova, na forma do Anexo desta Portaria, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2001 que amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica; define o processo de reorganização da assistência; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede à atualização dos critérios de habilitação de Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, p. 23, col. 1, 26 jan. 2001.

Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Portaria MS/GM nº 373, de 27 de fevereiro de 2002, que aprova, na forma do Anexo desta Portaria, a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002 que amplia as responsabilidades dos municípios na atenção básica; estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade; cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procede a atualização dos critérios de habilitação de Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, p. 52, col. 1, 28 fev. 2002. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Portaria MS/GM nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, que aprova as Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 fev. 2006b. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html> Acesso em: 22 maio 2010.

_____. Portaria MS/MG nº 589, de 23 de março de 2006, que define que processos administrativos relativos à gestão do SUS sejam decididos e pactuados nas CIB. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, p. 25, col. 2, 22 mar. 2006c.

_____. Portaria MS/MG nº 699, de 30 de abril de 2006, que regulamenta as Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006, a transição, o monitoramento e a unificação dos processos de pactuação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 30 abr. 2006d. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0699_30_03_2006.html>. Acesso em: 22 maio 2010.

_____. Portaria MS/GM nº 2.203, de 5 de novembro de 1996, que aprova, nos termos do texto a esta Portaria, a NOB 1/96, a qual redefine o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do Sistema. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, seção 1, p. 22.932, col. 2, 6 nov. 1996. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em: 30 maio 2010.

_____. Projeto de Lei nº 21, de 2007. Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, p. 6043 col. 01, 23 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/433738.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Projeto de Lei nº 4.010, de 2004. Dispõe sobre a aplicação de penalidades administrativas no âmbito do Sistema Único de Saúde e dá outras providências. Autor: Deputado Roberto Gouveia. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, p. 36391, col. 1, 25 ago. 2004a. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=261793>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Projeto de Lei nº 4.606, de 2004. Dispõe sobre a responsabilidade sanitária dos agentes públicos e a aplicação de penalidades administrativas. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, p. 57971 col. 01, 31 dez. 2004b. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/257318.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Criança e Aleitamento Materno. Relatório das visitas técnicas de equipe do Ministério da Saúde ao Estado do Pará para tratar das mortes de recém-nascidos na Fundação Santa Casa de Misericórdia de Belém. Brasília, Ministério da Saúde, 2008.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 190, de 2009. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para definir procedimentos a serem adotados na apuração de responsabilidades e estabelecer sanções a serem aplicadas aos agentes públicos responsáveis pelo descumprimento injustificado de obrigações assumidas no âmbito do Sistema Único de Saúde. Autor: Senador Augusto Botelho. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, p. 16634, 13 maio 2009. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/57740.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2010.

_____. Tribunal de Contas da União. Aviso nº 102, de 2007 (Aviso nº 1.744, de 21 de novembro de 2007, na origem [TCU]), que encaminha ao Senado Federal cópia do Acórdão nº 2.458, de 2007-TCU (Plenário), bem como dos respectivos Relatório e Voto que o fundamentam, sobre relatório de auditoria na Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, em diversas unidades da federação, no Programa Nacional de Controle da Dengue (TC – 007.823/2007-8). *Diário do Senado Federal, Brasília*, DF, p. 44997-8, 13 dez. 2007. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2007/12/12122007/44997.pdf>> Acesso em: 15 abr. 2010.

CARVALHO, Antônio Ivo. A equidade é o motor do desenvolvimento: entrevista com Antônio Ivo de Carvalho. *Radis*, n. 43, p. 14-16, mar. 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. República e federação no Brasil. *Cadernos Adenauer*, v. 9, n. 1, p. 39-57, 2008.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Municipalização dos serviços de saúde*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DINIZ, Maria Helena. Responsabilidade Civil. _____. *Curso de Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 7.

FELIX, Renan P. Federalismo e democracia: os caminhos da experiência brasileira. *Revista CEJ*, v. 11, n. 38, p. 22-27, jul./set. 2007.

FONSECA, Cristina M. Oliveira. *Saúde no Governo Vargas (1930-1945): dualidade institucional de um bem público*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

LAGE, Janaina. Costa propõe criação de lei de responsabilidade sanitária. *Folha online*, 9 abr. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u107757.shtml>> Acesso em: 27 abr. 2010.

LECOVITZ, Eduardo; ARRUDA, Déa M. C.; GARRIDO, Neyde Glória M. *A responsabilidade sanitária do Estado: duas ou três coisas que sei dela*. Rio de Janeiro: UERJ/IMS, 1994. (Série Estudos em Saúde Coletiva, n. 85)

LEWANDOWSKI, Enrique R. Evolução do Estado Federal no Brasil. In: BRASIL. *STJ: doutrina: edição comemorativa 20 anos*. Brasília: STJ, 2009.

MARTINS FILHO, Luiz D.; ADAMS, Luís Inácio L. A eventual instituição da contribuição social destinada à Saúde e o federalismo fiscal brasileiro. *Revista Fórum de Direito Tributário*, v. 6, n. 33, p. 157-167, maio/jun. 2008.

- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros Editores, 2008.
- MINAYO, Maria Cecília S. Sobre a complexidade de implementação do SUS. In: SILVA, Sílvia Fernandes da (Org.). *Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas*. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 21-44.
- MISOCZKY, Maria Ceci. Redes e hierarquias: uma reflexão sobre arranjos de gestão na busca da equidade em saúde. *Revista de Administração Pública*, v. 37, n. 2, p. 335-354, mar./abr. 2003.
- ROMERO, Luiz Carlos P. O Sistema Único de Saúde – um capítulo a parte. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *Os cidadãos na carta cidadã*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 5.
- SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Vinte anos de SUS: o sistema de saúde no Brasil no século 21. *Revista Saúde em Debate*, v. 33, n. 82, p. 201-213, maio/ago. 2009.
- SANTOS, Nelson Rodrigues dos. Rumos da construção do SUS. In: *Jornada de Economia da Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.
- TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. A saúde nas barras da Justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 2, p. 224-236, jul./out. 2010.
- VIANNA, Solon Magalhães. A descentralização tutelada. *Revista Saúde em Debate*, n. 35, p. 35-39, 1992.

O PROCESSO DE APROVAÇÃO DA LEI SECA (LEI Nº 11.705, DE 19 DE JUNHO DE 2008)²¹

Gustavo Silveira Machado

INTRODUÇÃO

Em 21 de janeiro de 2008, o Poder Executivo editou a Medida Provisória (MP) nº 415/2008 que proibia a venda varejista e o oferecimento para consumo de bebidas alcoólicas nas faixas de domínio ou em locais contíguos às faixas de domínio com acesso direto a rodovias federais.

Durante sua rápida tramitação no Congresso, a MP nº 415/2008 foi profunda e extensamente modificada, sendo finalmente aprovada e publicada como Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008, que recebeu a alcunha de “lei seca”, por reduzir para zero o limite de alcoolemia para condutores de veículos automotores, sujeitando indivíduos com “qualquer concentração de álcool por litro de sangue” a pesada multa e à suspensão por doze meses do direito de dirigir. Além disso, inflige pena de prisão a qualquer motorista em que se detecte alcoolemia superior a 0,06 g/dL, independentemente de qualquer outro fato ou circunstância.

O instrumento foi tido como impróprio por vários juristas e operadores do Direito. Algum tempo após a entrada em vigor da nova lei, divulgaram-se números que comprovariam a diminuição dos acidentes de trânsito, o que teve o efeito de amortecer a reação pública, afinal, o bem maior estaria sendo alcançado. De fato, logo após a publicação da Lei 11.705/08, houve uma expressiva intensificação da fiscalização por parte da polícia e dos órgãos de trânsito (não se pode deixar de notar que houve à época um aumento nos valores das multas de trânsito) e de detenção de motoristas por vezes com alcoolemias irrisórias. Por outro lado, a nova redação deu ensejo ao aumento na impunidade de motoristas realmente embriagados.

O objetivo do presente trabalho é tentar responder a duas perguntas: a primeira é como e por que a MP 415/2008 sofreu tantas modificações em sua tramitação no Congresso Nacional. A segunda, se esse processo foi amparado em dados técnicos objetivos.

AS MEDIDAS PROVISÓRIAS E SEU PROCESSO LEGISLATIVO

A Constituição Federal brasileira estipula a separação de poderes, entretanto, atribui ao titular do Poder Executivo diversas prerrogativas no campo legislativo: competência para propor emenda à Constituição (art. 60, II); competência para propor leis, com diversas matérias de iniciativa privativa (art. 61, *caput* e § 1º); competência para adotar

²¹ Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Lato sensu* em Saúde Coletiva da Fundação Oswaldo Cruz-Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Sanitário, 2010. Orientadora: Profa. Msc Maria Célia Delduque.

medidas provisórias com força de lei (art. 62); faculdade de solicitar urgência para os projetos de sua iniciativa (art. 64, § 1º); poder de veto (art. 66, § 1º); elaboração de leis mediante delegação do Congresso (art. 68).

Apesar da disposição constitucional de seu envio imediato ao Congresso, as medidas provisórias têm efeito desde sua edição, na prática funcionando como leis, sem que tenha havido processo legislativo, por até cento e vinte dias, prazo constitucional para sua apreciação.

O rito de tramitação das medidas provisórias é disciplinado pelo art. 62 da Constituição, que não faculta a sua edição irrestrita, e as vincula à existência dos requisitos de relevância e urgência, a serem aferidos pelo Congresso.

O trâmite das medidas provisórias dentro do Congresso Nacional é regido pela Resolução nº 1 de 2002-CN, que consta do volume do Regimento Comum do Congresso Nacional.

ÁLCOOL E TRÂNSITO

Acidentes de trânsito

Os acidentes de trânsito foram, em 2002, a segunda principal causa de mortes em todo o mundo entre a população de 5 a 19 anos, e a décima causa geral, causando a perda de mais de 1.183.000 vidas e um gasto total estimado em cerca de 518 bilhões de dólares (Cf. PEDEN et al., 2004). Em 2004, os acidentes já foram a nona causa geral de mortalidade (2,2% do total de óbitos), estimando-se que no ano de 2030 terão passado a ser a quinta principal causa (3,6% do total de óbitos) (Cf. OMS, 2008). Somente no Brasil, no ano de 2007, ocorreram, em números absolutos, 35.155 mortes (Cf. OMS, 2009) e 124.013 internações hospitalares²² causadas por acidentes de trânsito.

Calcula-se atualmente no Brasil uma taxa de 18,3 mortes/100.000 habitantes, contra 13,7 na Argentina, 16,7 na Bolívia, 13,7 no Chile, 11,7 na Colômbia, 13,9 nos Estados Unidos da América, 6,0 na Alemanha, 5,4 no Reino Unido, 35,8 no Irã e 41,6 no Egito. (Idem)

O texto anterior do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997), se adequadamente aplicado, garantia punição severa aos motoristas que conduzissem veículos sob o efeito de álcool.

Condução de veículos e consumo de álcool

No Brasil, estima-se que 74,6% da população entre 12 e 65 anos e 54,3% dos adolescentes entre 12 e 17 anos tenha consumido bebida alcoólica pelo menos uma vez na vida. Segundo a mesma estimativa, cerca de 12,3% da população seria dependente do álcool (Cf. DUARTE; STEMPLIUK, 2010).

As bebidas alcoólicas são usualmente comercializadas e consumidas em doses. A dose típica corresponde a uma lata de cerveja de 355 mL, uma taça de vinho de 120 mL ou

²² Serviço de processamento de dados do Sistema Único de Saúde (DATASUS). Informação disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?sih/cnv/eruf.def>>. Acesso em: 11 jul. 2010.

uma dose de 40 mL de destilado e contém de 10 a 15 g de etanol puro. A alcoolemia (concentração de álcool no sangue) é expressa mais frequentemente em gramas por decilitro (g/dL ou g/dL⁻¹), ou em gramas por litro (g/L ou g/L⁻¹). A ingestão de uma ou duas doses típicas resulta em uma alcoolemia de 0,02 a 0,03 g/dL, variando segundo a massa corporal e o gênero (mulheres atingem maior alcoolemia para doses equivalentes) (Cf. SCHUCKIT, 2005).

O álcool tem um efeito farmacológico depressor sobre o sistema nervoso central que é diretamente proporcional à sua concentração sanguínea, afetando negativamente os reflexos, os sentidos e o desempenho psicomotor geral e prejudicando a realização de tarefas (Cf. LEVINE, 2000).

No Brasil, o estudo mais abrangente sobre álcool e trânsito foi realizado em 1997, em quatro capitais, e concluiu que 27,2% das vítimas de acidentes de trânsito apresentaram alcoolemia superior a 0,06 g/dL (Cf. GALDURÓZ; CAETANO, 2004).

Estudo feito em Porto Alegre em 2009 (SOIBELMAN *et al.*, 2010, p. 74) revelou que 8,3% das vítimas apresentaram positividade para álcool, sendo 9,1% entre os pedestres, 9,2% entre os passageiros e 7,8% entre os condutores.

Dados de levantamento feito em vítimas fatais de acidentes na África do Sul revelaram também uma incidência elevada de alcoolemia positiva entre pedestres, como mostra a Tabela 1:

Tabela 1: Vítimas fatais de acidentes de trânsito (em % do total) segundo a alcoolemia (g/dL).

	Zero	0,01-0,04	0,05-0,14	0,15-0,24	≥0,25
Pedestres	37,5	5,4	12,0	20,5	24,7
Passageiros	62,6	4,7	14,0	13,7	5,0
Condutores	48,2	5,3	18,2	18,8	9,5
Ciclistas	61,3	3,2	15,1	14,0	6,5

Fonte: GLOBAL... (2007).

Há uma diferença entre detectar o envolvimento de motoristas alcoolizados em acidentes e de fato poder atribuir-lhes a responsabilidade pelo ocorrido. Para tanto, desenvolveram-se técnicas de “análise de responsabilidade”, que levam em conta as circunstâncias do acidente, sua dinâmica e a ação dos envolvidos (Cf. KURUC *et al.*, 2009).

Os resultados de um estudo realizado com a análise de responsabilidade figuram na tabela 2. A responsabilidade pelo acidente e a incidência de alcoolemia foram determinadas separadamente e tabuladas.

Os resultados, portanto, reconfirmam que motoristas alcoolizados têm maior probabilidade de causar acidentes de trânsito. É importante notar, contudo, que: 1) os indivíduos estudados apresentaram alcoolemias bastante elevadas: na média total, determinou-se 0,191 g/dL (0,166 g/dL entre os motoristas, 0,207 g/dL entre os pe-

Tabela 2: Responsabilidade pelo acidente de trânsito relacionada com intoxicação alcoólica no tocante a categorias de participantes no trânsito

Responsabilidade pelo acidente	Alcoolemia positiva		Alcoolemia negativa	
	n ^o	%	n ^o	%
Motoristas	41	91,1	61	66,3
Pedestres	37	82,2	34	50,7
Ciclistas	18	90,0	6	31,6
Total	96	87,3	101	56,7

Fonte: Kuruc *et al.* (2009).

destres e 0,2 g/dL entre os ciclistas chegando a máximos de 0,355 g/dL, 0,446 g/dL e 0,378 g/dL); 2) a média de alcoolemia dos motoristas que testaram positivamente, de 0,166 g/dL, corresponde a um avançado grau de intoxicação alcoólica, no qual, segundo as estimativas apresentadas por outros autores, o risco de colisão seria cerca de oitenta vezes maior. (Cf. GLOBAL..., 2007)

A grande maioria dos países já adota, há mais ou menos tempo, restrições ao uso de álcool por motoristas, mediante limites legais de alcoolemia. A Tabela 3 mostra os limites de alcoolemia para motoristas adotados em diversos países.

Tabela 3: Níveis de alcoolemia (g/dL) permitidos para motoristas em diversos países

País	Alcoolemia	País	Alcoolemia
Alemanha	0,05	Lesoto	0,05
Austrália	0,05	Luxemburgo	0,05
Áustria	0,05	Holanda	0,05
Bélgica	0,05	Nova Zelândia	0,08
Benin	0,08	Noruega	0,05
Botsuana	0,08	Portugal	0,05
Brasil	0,00	Federação Russa	0,02
Canadá	0,08	África do Sul	0,05
Costa do Marfim	0,08	Espanha	0,05
República Tcheca	0,05	Suazilândia	0,08
Dinamarca	0,05	Suécia	0,02
Estônia	0,02	Suíça	0,08
Finlândia	0,05	Uganda	0,15
França	0,05	Reino Unido	0,08
Grécia	0,05	Tanzânia	0,08
Hungria	0,05	Estados Unidos	0,08 ou 0,10
Irlanda	0,08	Zâmbia	0,08
Itália	0,05	Zimbábue	0,08
Japão	0,00		

Fonte: GLOBAL... (2007).

O limite de 0,05g/dL, adotado pela maioria dos países listados na tabela, é compatível com a evidência da literatura até agora revista, segundo a qual somente a partir de 0,04 ou 0,05g/dL os efeitos da intoxicação alcoólica começam a se tornar mais evidentes e significar risco.

Outros fatores de risco

Outros fatores, como pequenos incrementos na velocidade de deslocamento do veículo, podem ser tão ou mais significativos que a ingestão de álcool, como mostra a tabela a seguir, que compara o aumento do risco de acidentes em velocidades crescentes com motoristas sóbrios e concentrações crescentes de álcool no sangue:

Tabela 4: Comparação de riscos relativos de acidentes para aumento de velocidade e consumo de álcool

Velocidade		Alcoolemia	
Km/h	Risco relativo	g/dL	Risco relativo
60	1,0	0,00	1,0
65	2,0	0,05	1,8
70	4,2	0,08	3,2
75	10,6	0,12	7,1
80	31,8	0,21	30,4

Fonte: PEDEN (2004).

Assim como a presença de álcool no sangue, identificam-se outros fatores que aumentam a probabilidade de acidentes. Dos que afetam diretamente o desempenho individual, destacam-se a juventude e inexperiência do motorista, uso de drogas psicoativas (lícitas ou ilícitas), cansaço e sonolência (OMS, 2004). O comportamento ao volante também tem importância destacada.

Tabela 5: Prevalência (%) de comportamentos de risco no trânsito – comparação entre motoristas com alcoolemia positiva e negativa

	Erro	Violação	Violação agressiva	Viol. agressiva interpessoal
Alcoolemia –	88,7	84,8	73,7	60,4
Alcoolemia +	92,5	79,2	67,9	60,4

Fonte: FALLER *et al.* (2010).

Determinação da alcoolemia

O álcool pode ser dosado no sangue, na urina, na saliva, no suor e no ar expelido pelos pulmões (Cf. LIMBERGER *et al.*, 2010). No Brasil, a pesquisa de álcool e outras drogas no organismo do motorista é normatizada pela Resolução nº 206 do CONTRAN, que determina que a confirmação será feita pelo menos por um dos meios: exame de sangue, teste de ar alveolar, exame clínico por médico perito ou exame realizado por laboratório especializado (BRASIL, 2006). O meio mais facilmente disponível,

não-invasivo e que requer treinamento mínimo, podendo ser usado por policiais e agentes de trânsito, é o chamado bafômetro, destinado a determinar somente a presença de álcool no ar alveolar. Entretanto, os bafômetros podem fornecer leituras erradas, dependendo da dieta, de determinadas condições clínicas ou até da regulamentação inexata.

A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 415, DE 2008, E SUA TRAMITAÇÃO

Todos os passos da tramitação da MP 415/2008 encontram-se registrados e disponíveis no sítio institucional do Senado Federal.²³

No período regimental, foram oferecidas 47 (quarenta e sete) emendas, das quais 27 buscavam unicamente flexibilizar ou eliminar as restrições ao comércio de bebidas e 12 podiam ser relacionadas de alguma maneira à saúde pública (10 visavam a exacerbar as punições e 2 a proibir o transporte de bebidas alcoólicas fora do compartimento de bagagem dos veículos)

Quando da edição da MP 415/2008, havia em tramitação na Câmara dos Deputados numerosos projetos de lei com o fim de inibir o consumo de bebidas alcoólicas, com destaque para o Projeto de Lei nº 4.846, de 1994, que até junho de 2010 continuava pendente de votação e que estabelece medidas destinadas a restringir o consumo de bebidas alcoólicas. A demora de 16 anos deve-se em grande parte por haver recebido, durante sua tramitação, a apensação de 125 (cento e vinte e cinco) outros projetos de tema afim.²⁴

O cruzamento das informações sobre os projetos em tramitação e as emendas apresentadas permitiu estabelecer fortes correlações entre uns e outros.

A FPDTS (Frente parlamentar em Defesa do Trânsito Seguro) realizou audiência pública em 26 de março de 2008 na Câmara dos Deputados para discutir a MP 415/2008.

A lista de convidados não incluiu representantes do Ministério da Saúde nem de outro órgão ligado à saúde pública. A argumentação apresentada resumiu-se a: 1) considerações de cunho econômico pelos oradores contrários à MP; e, 2) defesa de agravamento das punições de motoristas usuários de bebidas alcoólicas, pelos favoráveis à MP. Não foram apresentados dados estatísticos, nem aspectos referentes à saúde pública.²⁵

Redação final

A redação definitiva, enviada à sanção do Presidente da República, era bastante mais extensa e abrangente do que o texto original da MP 415/2008.

A tabela a seguir, mostra as modificações introduzidas na Lei 9.503/97. Foram modificados pela Lei 11.705/08 os artigos 165, 276, 277, 291, 296 e 306. Fora do quadro ficou a modificação do art. 10, acrescentando um representante do Ministério da Justiça à composição do Conselho Nacional de Trânsito.

²³ Fonte: http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=83795.

²⁴ Fonte: http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=21169

²⁵ Transcrição arquivada no Departamento de Taquigrafia da Câmara dos Deputados sob o nº 0234/08.

Modificações havidas no texto da Lei nº 9.503/97
com a superveniência da Lei nº 11.705/08

Redação anterior	Redação após a Lei 11.705/98
<p>Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.</p> <p>Infração – gravíssima;</p> <p>Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;</p> <p>Medida administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.</p>	<p>Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Infração – gravíssima;</p> <p>Penalidade – multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;</p> <p>Medida Administrativa – retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.</p>
<p>Art. 276. A concentração de seis decigramas de álcool por litro de sangue comprova que o condutor se acha impedido de dirigir veículo automotor.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> O CONTRAN estipulará os índices equivalentes para os demais testes de alcoolemia.</p>	<p>Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165 deste Código.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> Órgão do Poder Executivo federal disciplinará as margens de tolerância para casos específicos.</p>
<p>Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.</p> <p>§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.</p> <p>§ 2º No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no <i>caput</i> deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor.</p>	<p>Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.</p> <p>§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.</p> <p>§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.</p> <p>§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no <i>caput</i> deste artigo.</p>

Redação anterior	Redação após a Lei 11.705/98
<p>Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.</p> <p><i>Parágrafo único.</i> Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.</p>	<p>Art. 291. Aos crimes cometidos na direção de veículos automotores, previstos neste Código, aplicam-se as normas gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, se este Capítulo não dispuser de modo diverso, bem como a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que couber.</p> <p>§ 1º Aplica-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, exceto se o agente estiver:</p> <p>I – sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência;</p> <p>II – participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente;</p> <p>III – transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora).</p> <p>§ 2º Nas hipóteses previstas no § 1º deste artigo, deverá ser instaurado inquérito policial para a investigação da infração penal.</p>
<p>Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz poderá aplicar a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.</p>	<p>Art. 296. Se o réu for reincidente na prática de crime previsto neste Código, o juiz aplicará a penalidade de suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis.</p>
<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:</p> <p>Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>	<p>Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:</p> <p>Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.</p>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aventou-se inicialmente a ação de grupos de pressão para modificar projetos de lei. Verificou-se haver, sem dúvida, uma ação de pressão articulada pelos setores inicialmente atingidos pela medida provisória (comércio, alimentação e hotelaria), evidenciada na audiência pública realizada em 26 de março de 2008 na Câmara dos Deputados. De fato, sua principal reivindicação, permitir a venda de bebidas nas adjacências de rodovias em área urbana, foi o objeto de 27 das 42 emendas apresentadas, indicando uma clara e bem sucedida mobilização em torno do tema.

Localizou-se também um grupo de ação, no caso dentro do próprio parlamento, a Frente Parlamentar em Defesa do Trânsito Seguro. Quando a MP 415/2008 foi apresentada ao Congresso, havia já um grupo de parlamentares prontos para discutir e

oferecer contribuições. Vários haviam apresentado projetos de lei visando coibir o consumo de bebidas alcoólicas por motoristas. Várias das emendas apresentadas à medida provisória eram idênticas a projetos de lei em tramitação, indicando que as proposições foram simplesmente reaproveitadas. O próprio texto da MP 415/2008 correspondia a dois projetos de lei, apresentados em 2003 e 2006.

A apresentação de diversas emendas com pouca ou nenhuma correlação com o tema da medida provisória se deve, ao menos em parte, às características do próprio processo legislativo.

Projetos de lei podem tramitar por anos a fio sem que sejam incluídos na pauta de discussão e votação do Plenário ou mesmo das Comissões.

Por outro lado, o processo legislativo brasileiro privilegia o Poder Executivo. Reserva ao Presidente da República iniciativa privativa em diversas matérias, permite-lhe requerer regime de urgência para tramitação de proposições de sua autoria, confere-lhe poder de veto e o instrumento das medidas provisórias. A edição de uma medida provisória significa uma ótima oportunidade para um parlamentar acelerar a apreciação de suas proposições, bastando que transforme o projeto de lei em emenda. Este fator pode ser aventado também como motivo para a MP 415/2008 haver passado pelo crivo inicial de relevância e urgência, que sob qualquer critério pareciam estar ausentes.

A revisão bibliográfica e das outras evidências científicas demonstrou, inequivocamente, uma correlação entre consumo de álcool e acidentes de trânsito. Entretanto, os trabalhos realizados com metodologia mais rigorosa demonstraram consistentemente que alcoolemias inferiores a 0,06 g/dL não representam elevação expressiva de risco de acidentes, exceto para grupos específicos, como motoristas inexperientes. Existe uma diferença entre embriaguez e consumo de álcool. Coibir a embriaguez ao volante, bem como outros comportamentos igualmente ou mais perigosos, é necessário, porém para tanto não havia necessidade de alteração na legislação já existente, que já proporcionava à Administração Pública meios suficientes.

A Lei 11.705/08 é um instrumento que pode contribuir na redução de acidentes e mortes, mas:

- seus chamativos efeitos iniciais parecem decorrer antes da intensificação da fiscalização, que poderia ter ocorrido a qualquer momento, por se tratar de medida administrativa;
- verificou-se um avanço do Estado sobre as liberdades individuais. Não é facultado ao condutor consumir a mais mínima quantidade de bebida alcoólica, mesmo que nenhum efeito tenha sobre seu discernimento, comportamento e reações;
- criou-se uma insegurança jurídica: o condutor com alcoolemia igual ou superior a 0,06 g/dL é, à revelia dos princípios da lei penal, criminalizado e punido sem que se defina que bem jurídico foi lesado ou ameaçado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARSCH, Gundula. Alcohol Consumption. In: KIRCH, Wilhelm (Org.). *Encyclopedia of public health*. Nova Iorque: Springer, 2008
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 2002.
- BRASIL. *Colecção das leis do Imperio do Brazil de 1824*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1886.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.
- BRASIL. Decreto nº 4.520, de 16 de dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=489719&PalavrasDestaque=>>>. Acesso em: 17 mar. 2010.
- BRASIL. Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008. Disponível em: <<http://intranet2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarTextoAtualizado?idNorma=576771>>. Acesso em: 12 nov. 2009.
- BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1997/lei-9503-23-setembro-1997-372348-norma-pl.html>>. Acesso em: 8 jun. 2010.
- BRASIL. Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=363948&PalavrasDestaque=>>>. Acesso em: 17 mar. 2010.
- BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, ano LXIII, nº 56, p. 17.204-17.304, 24 de abril de 2008.
- BRASIL. *Diário da Câmara dos Deputados*. Brasília, ano LXIII, nº 78, p. 22.930-22.947, 28 de abril de 2008.
- BRASIL. Congresso, Câmara dos Deputados. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006.
- BRASIL. Congresso, Senado Federal. *Regimento Interno: Resolução nº 93*, de 1970. Brasília: Senado Federal, 2007.
- BRASIL. Conselho Nacional de Trânsito. Resolução nº 206, de 20 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao206_06.pdf>. (Consultado em 15/7/2010).
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Técnica legislativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Recomendação da Comissão de 17 de janeiro de 2001. Publicado no *Diário Oficial das Comunidades Europeias*, edição de 14/2/2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

DES JARLAIS, Don C.; HUBBARD, Robert L. Alcohol and drug abuse. In: DETELS, Roger et al. (Org.). *Oxford textbook of public health*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUARTE, Paulina do Carmo V.; STEMPLIUK, Vladimir de Andrade. O projeto de pesquisa como elemento na construção da política nacional sobre o álcool. In: PECHANSKY, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Brandini. *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. (Seção A – Capítulo I, p. 16-19)

FALLER, Sibebe et al. Psicopatologia e comportamento de risco em motoristas privados e profissionais no Brasil. In: PECHANSKY, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Brandini. *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. (Seção B – Capítulo VIII, p. 64-71)

GALDURÓZ, José Carlos F.; CAETANO, Raul. Epidemiologia do uso de álcool no Brasil. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 26, p. 3-6, Supl. I, maio 2004.

GARCÍA, Julio José Galiano. Alcoholismo-prevención. In: GUTIÉRREZ, Bernardo E. Macías et al. (Org.). *Salud Pública y educación para la salud*. Las Palmas: ICEPSS, 1996.

GLOBAL ROAD SAFETY PARTNERSHIP. *Beber e dirigir: manual de segurança viária para profissionais de trânsito*. Genebra: Global Road Safety Partnership, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. Lei seca: já não evita mortes e ainda gera impunidade. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, ano 23, n. 37, p. 23-26, set. 2009.

HANSON, David J. *Breath analyzer accuracy*. Disponível em: <<http://www2.potsdam.edu/hansondj/DrivingIssues/1055505643.html>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

HEDLUND, J. H. If they didn't drink, would they crash anyway? The role of alcohol in traffic crashes. In: _____. *Alcohol, drugs and driving*, v. 110, n. 2, p. 115-125, 1994.

IPEA/DENATRAN/ANTP. *Impactos sociais e econômicos dos acidentes de trânsito nas rodovias brasileiras: Relatório executivo*. Brasília: IPEA, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KURUC, R. et al. The responsibility of alcohol-impaired road users in fatal road traffic accidents. *Bratsil Lek Listy*, v. 110, n. 12, p. 802-806, 2009.

LEVINE, B.; KUNSMAN, G. W. Alcohol/interpretation. In: SIEGEL, Jay; KNUPFER, Geoffrey; SAUKKO, Pekka (org.). *Encyclopedia of forensic sciences*. Nova Iorque: Academic Press, 2000.

LIMA, José Mauro Braz de. *Alcoolologia: o alcoolismo na perspectiva da saúde pública*. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

LIMBERGER et al. Testes toxicológicos para aferição de substâncias psicoativas em condutores. In: PECHANSKY, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Bran-

dini. *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. (Seção A – Capítulo V, p. 40-47)

MARQUES, Paulo Luciano Maia. Da inexistência de crime na condução de veículo automotor sob efeito de álcool. *Informativo Jurídico Consulex*, Brasília, ano 23, n. 34, p. 11-12, ago. 2009.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2002.

MONTESQUIEU. *Esprit des lois*. Paris: Firmin Didot, 1862.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NICOLAU, Gustavo Rene. *Medidas provisórias: o executivo que legisla*. São Paulo: Atlas, 2007

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Global status report on road safety: time for action*. Genebra: OMS, 2009.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *World health statistics 2008*. Genebra: OMS, 2008.

PANITZ, Mauri Adriano. *A segurança viária e o fator humano: verificação da presença de álcool – direção no sistema de transporte rodoviário do RGS*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

PECHANSKY, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Brandini. (org.) *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010.

PEDEN, Margie et al. *World Report on Road traffic injury prevention*. Genebra: OMS, 2004.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHUCKIT, Marc A. Alcohol and alcoholism. In: Kasper, Dennis L. et al. (Org.). *Harrison's principles of internal medicine*. Nova Iorque: McGraw-Hill, 2005.

SHULTS, Ruth A. et al. Reviews of evidence regarding interventions to reduce alcohol-impaired driving. *American Journal of Preventive Medicine*, v. 21, n. 45, p. 66-88, 2001.

SILVA, Cláudio Jerônimo da; CASTRO, Luis André P. G.; LARANJEIRA, Ronaldo. Dependência e uso nocivo do álcool. In: BORGES, Durval Rosa et al. (org.). *Atualização Terapêutica 2005*. São Paulo: Artes Médicas, 2005.

SOIBELMAN, Mauro; BENZANO, Daniela; DE BONI, Raquel; VON DIEMEN, Lisia; PECHANSKI, Flavio. Consumo de álcool e drogas entre vítimas de acidentes de trânsito atendidas em emergências de Porto Alegre. In: PECHANSKI, Flavio; DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; DE BONI, Raquel Brandini (org.). *Uso de bebidas alcoólicas e outras drogas nas rodovias brasileiras e outros estudos*. Porto Alegre: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2010. (Seção B – Capítulo IX, p. 72-77).

TAFFARELLO, Rogério Fernando. Lei seca: simbolismo penal e ineficácia social. *L & C – Revista de administração pública e política*, Brasília, ano 12, n. 134, ago. 2009.

INTERESSES EM JOGO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA: O CONFLITO ENTRE PUBLICIDADE COMERCIAL E PROTEÇÃO À SAÚDE²⁶

Ana Luiza Fleck Saibro

INTRODUÇÃO

A instituição de limites para a publicidade de produtos como o tabaco, o álcool, os medicamentos, os agrotóxicos e as terapias tem sido objeto de polêmica em razão do entendimento de que a Constituição consagra ilimitada liberdade aos meios de comunicação, quando determina, no art. 220, que “a manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Esse elevado grau de liberdade parece confirmar-se quando cotejado com o § 1º do referido artigo, segundo o qual “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XII e XIV”. A mesma linha de interpretação se complementa com o mandamento do § 2º, que veda toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Conforme entendemos, é preciso, todavia, fazer uma leitura mais abrangente do texto constitucional.

No campo da atividade publicitária, parece evidente que a intenção do legislador, ao redigir o art. 220 da Constituição, não foi a de assegurar ampla “liberdade de expressão comercial”.

Essa interpretação menos restrita do texto constitucional encontra respaldo exatamente no § 4º do art. 220 da Constituição, onde se determina a imposição de restrições à publicidade do tabaco, das bebidas alcoólicas, dos agrotóxicos, dos medicamentos e das terapias.

Nesse particular, a alusão da Carta Magna a “restrições” leva-nos ao entendimento de que não é permitido ao legislador instituir proibição total ou vedação da publicidade dos produtos mencionados. No entanto, de maneira análoga ao que ocorreu no caso da ampliação, ao longo do tempo, das limitações à publicidade de produtos fumíferos, como decorrência da tomada de consciência crescente quanto aos malefícios do tabaco, defendemos o posicionamento de que, se compete ao Estado garantir a liberdade de expressão, compete-lhe, igualmente, estabelecer restrições à publicida-

²⁶ O presente artigo é uma versão adaptada da monografia de conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional apresentada pela autora perante o Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) e aprovada em novembro de 2010.

de de produtos sempre que considerar necessário proteger o cidadão acerca de seus possíveis malefícios para a saúde.

Não se trata de posicionamento pacífico, é verdade. A questão nos remete ao conflito entre valores constitucionais: de um lado, o direito à saúde, de outro, o livre exercício da atividade publicitária. A pluralidade que caracteriza a sociedade brasileira reflete-se na sua Lei Fundamental. Esta contém princípios e valores muito distintos que, não raro, entram em conflito. Por isso mesmo, torna-se necessário o desenvolvimento de critérios adequados para a solução dessas antinomias.

Impõe-se ao intérprete do Direito, nesse contexto, mover-se entre esses dois interesses. O presente trabalho pretende examinar em que medida a chamada técnica da ponderação mostra-se adequada para a solução desse conflito.

Os métodos tradicionais para equacionamento de antinomias entre princípios ou entre direitos constitucionalmente positivados têm se mostrado ineficazes. Conquanto não se possa cogitar de desfiguramento de seu significado ou subversão de sua essência, é certo que a interpretação da abrangência e dimensão desses direitos não pode ser feita de maneira distante da realidade mutável. De fato, a nova hermenêutica constitucional fornece novos elementos nesse caminho.

No desenvolvimento do trabalho, adentraremos os campos dos direitos à livre iniciativa e de defesa do consumidor, constitucionalmente consagrados nos arts. 196 e 170, inciso V, respectivamente, embora não constituam o objeto precípua de nosso trabalho. O exame desses novos conceitos surgidos com a Constituição de 1988 será empreendido de maneira tangencial, já que constituem normas incidentes na análise da questão.

Fundamentalmente, procuraremos deixar demonstrado que o legislador está autorizado a exigir, no exercício de sua função de garantidor do direito à saúde, que as peças publicitárias informem o cidadão sobre produtos potencialmente nocivos a sua saúde ou, no limite, sofram restrições na sua veiculação. Também buscaremos afastar as alegações de que tal prática constituiria censura a uma suposta “liberdade de expressão comercial”, mas, antes, um legítimo dever do Estado para com a saúde do cidadão.

Nesse mister, teremos a preocupação de contribuir com uma reflexão teórica à resolução do problema. Com efeito, propomos nova leitura dos dispositivos constitucionais que tratam da publicidade de produtos nocivos à saúde.

Por fim, impõe-se, nessa quadra, fazer menção às expressões *propaganda comercial* e *publicidade*, utilizadas indistintamente nos arts. 220 e 37 da Constituição Federal, para referir-se à mensagem publicitária. Não nos parece ter havido, por parte do Constituinte de 1988, a intenção ou a preocupação deliberada de referir-se a mensagens distintas, mas apenas falta de preocupação técnica ou de sistematização. Por isso, adotaremos, no presente trabalho, a distinção proposta por Carvalho (1999, p. 68):

“A publicidade tem por fim o negócio, a compra e venda de bens e produtos e a prestação de serviços etc., enquanto a propaganda é simples-

mente a propagação de idéias não comerciais, ou seja, idéias religiosas, políticas, filosóficas etc. A distinção, portanto, é que a publicidade visa ao lucro, ao interesse comercial, enquanto a propaganda não”.

O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DOS BENS EM CONFLITO NA ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL VIGENTE

O Direito à saúde

A saúde ocupa condição de direito e de dever fundamental positivado na ordem jurídico-constitucional brasileira. A Carta Magna de 1988, em sintonia com a evolução constitucional contemporânea e com o direito internacional, não só consagrou a saúde como bem jurídico digno de tutela, mas outorgou-lhe proteção jurídica diferenciada no âmbito de nossa Lei Fundamental.

Desse entendimento decorre a dupla fundamentalidade formal e material de que se reveste a saúde em nossa ordem constitucional, característica, aliás, que se estende aos demais direitos e garantias fundamentais. Na lição de Sarlet (2002, p. 3),

“a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos fundamentais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da revisão constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o art. 5º, § 1º, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.”

A fundamentalidade em sentido material, segundo o jurista, define-se pela relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, ou seja, pela inquestionável importância da saúde para uma vida digna.

É importante notar que, para além de sua condição de direito fundamental, a saúde é também dever do Estado, nos termos do que reza o art. 196 da Carta Magna, e gera, por isso mesmo, um correspondente dever de respeito, de proteção e de promoção.

Cabe salientar, também, que o direito à saúde pode ser entendido como direito social ou direito de segunda geração, ou seja, integrante de um segundo momento histórico do tratamento dos direitos fundamentais, que se seguiu ao primado das liberdades (direitos de primeira geração). Conforme Bonavides (2006, p. 563), os direitos de segunda geração configuram-se “direitos abraçados ao princípio da igualdade [em sentido material], do qual não podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-

-los da razão de ser que os ampara”. Por isso mesmo, exigem uma atuação do Estado com o objetivo de promover uma igualdade fática.

Com efeito, a Carta de 1988, em seu art. 6º, declara expressamente a saúde como um direito social, ao lado de outros direitos de mesma envergadura, como a educação, o trabalho, a moradia, a segurança, entre outros.

Da dicção dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal, portanto, é possível inferir a vinculação dos órgãos estatais na promoção, proteção e efetivação do direito à saúde. Deve, assim, o Estado intervir na dinâmica social para sua plena realização. Tal atuação, convém ressaltar, pode ser resultante de uma ação legislativa (elaboração de leis que visem à proteção da saúde), executiva (formulação de políticas públicas) ou judicial (no caso de exercício de jurisdição por parte de um cidadão).

Observe-se, ademais, que, por suas características, o direito à saúde adquire contornos de direito subjetivo público, na medida em que permite a interposição de demandas judiciais para exigir do Estado ou de terceiros a adoção ou a abstenção de medidas em favor da saúde (AITH, 2006).

Cite-se, a esse respeito, excerto da manifestação do Ministro Celso de Mello em julgamento do RE-AgR nº 271.286/RS, v. u., j. 12.9.2000, DJ 24.11.2000,

“O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) (...) O direito à saúde – além de qualificar-se como um direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”

O constituinte de 1988, ademais, reconheceu as ações e os serviços de saúde como de relevância pública, conforme estabelece o art. 197 da Carta Magna, conferindo-lhes preponderância no sistema jurídico brasileiro. O Estado, no desempenho de seu dever como garantidor do direito à saúde, procedeu, então, à elaboração de estruturas e mecanismos necessários a sua promoção e proteção. Assentou-se, por consequência, o arcabouço jurídico e organizacional do setor, com a finalidade de dar cumprimento aos mandamentos constitucionais, mediante políticas sociais e econômicas que visam à redução do risco de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal e igualitário a esses serviços.

Ressalte-se, por fim, que o Estado utiliza-se da iniciativa privada para ampliar e complementar sua atuação em benefício da saúde da população (art. 199, § 1º). A Constituição Federal reconhece ter a iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde, nos termos em que especifica. A atuação da

iniciativa privada na área da saúde pode ser suplementar, quando desenvolvida exclusivamente na esfera privada, sem que suas ações guardem relação com o Sistema Único de Saúde (SUS), ou complementar, quando desenvolvida nos termos do art. 199 da Constituição Federal, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do SUS.

Convém registrar, ainda que de maneira incidental, que a elevação do direito à saúde ao patamar constitucional, bem como a profusão normativa focada na proteção desse direito fundamental, fez surgir, no Brasil, um novo ramo jurídico, o Direito Sanitário. Conquanto ainda incipiente entre nós, a necessidade de dar maior unidade e coerência ao conjunto normativo que regula o setor, e que, portanto, dá concretude à fundamentalidade do direito à saúde no contexto brasileiro, vem consolidando um ramo específico no âmbito do Direito.

O Direito à expressão publicitária

O plexo normativo constitucional confere especial amparo ao conceito da liberdade de expressão. Como resultado do espírito democratizador da época de sua elaboração e reação à prática da censura dos anos da ditadura, nossa Lei Fundamental mostrou-se pródiga nas declarações de proteção a esse valor essencialmente democrático, especialmente em seu art. 5º. Nele se inserem a livre manifestação do pensamento (inciso IV); a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (inciso IX); a segurança, a todos, do acesso à informação (inciso XIV); o direito de todos a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (inciso XXXIII).

Mais adiante, ao regular especificamente a comunicação social, a Constituição reafirma essas liberdades e, no art. 220, estabelece que:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.”

Observe-se que o texto constitucional adota, para afirmação de tais direitos, os termos “liberdade de expressão”, “manifestação do pensamento”, “expressão da atividade intelectual”, “direito à informação”. Para os fins do presente trabalho, será utilizada a noção de “liberdade de expressão” como gênero, vale dizer, aquela que engloba a liberdade de expressão dos pensamentos, ideias, opiniões, sensações e sentimentos, bem como suas mais variadas formas de exteriorização, mediante a atividade intelectual.

tual, artística, científica e de comunicação, além do correspondente direito a receber tais “expressões”. Empresta-se tal definição de Meyer-Pflug (2009, p. 35).

De qualquer sorte, é importante mencionar que a proteção à liberdade de expressão envolve, ao mesmo tempo, uma dimensão negativa e outra positiva. Em sua acepção negativa, o Estado não impõe restrições ao exercício de atividades que signifiquem meios de expressão do indivíduo. O Estado não censura obras literárias, peças teatrais ou quaisquer manifestações culturais e populares, assegurando o direito de cada indivíduo pensar e expressar-se de forma autônoma (MEYER-PFLUG, 2009, p. 74).

Note-se, nesse contexto, que a Carta Magna protege a liberdade de expressão tanto de violações por parte do Estado, quanto de abusos cometidos por particulares, especialmente daqueles que detêm os meios de comunicação ou de divulgação de ideias, pensamentos e informações. Com efeito, no pensamento jurídico contemporâneo, poucos são os publicistas que restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre indivíduos e o Estado, em uma “relação vertical”. O problema central que o tema coloca não é, portanto, o problema do “se” os direitos produzem efeitos nessas relações, mas de “como” esses efeitos são produzidos.

Lida-se, aqui, com o conceito da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, deixando para outro espaço, por razões de limitação temática, a discussão doutrinária germânica, em torno da vinculação mediata e imediata dos particulares aos direitos fundamentais. Convém esclarecer, igualmente, que não se vai explorar, neste espaço, a eficácia *inter privatos* dos direitos fundamentais, por não se inserir no âmbito deste trabalho.

Derivada da aceitação da incidência dos direitos fundamentais entre particulares, surge a teoria do dever de proteção, vale dizer, o Estado não tem apenas o dever de respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas tem o dever de fazer com que outros cidadãos os respeitem (Cf. PEREIRA, 2008).

Dessa maneira, em seu aspecto positivo, a proteção à liberdade de expressão exige uma atuação do ente estatal, isto é, não basta que o Estado se exima de interpor limites ao exercício de tais atividades. É necessário, igualmente, que sejam propiciadas as condições para o seu pleno desenvolvimento, de modo a possibilitar a participação do homem na construção política, social, econômica e cultural da sociedade (Cf. FERRAZ JUNIOR, 2000).

Portanto, em que pese seu indiscutível valor como pedra angular do Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão está sujeita a restrições, a bem da preservação de outros valores constitucionalmente garantidos. O próprio texto constitucional traz restrições explícitas a seu exercício, como a vedação do anonimato (art. 5º, XV), a proteção à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade (art. 5º, X), além de assegurar o direito de resposta em caso do abuso no direito de expressão (art. 5º, V).

Nos casos citados, ao proteger a liberdade de expressão, a Constituição Federal não retira daqueles porventura lesados o direito de buscarem sua reparação perante o Poder Judiciário. Tais condicionamentos específicos não importam, portanto, em vedação

ou suspensão do direito de pensar e comunicar o pensamento e, ao mesmo tempo, não ferem a essência de cada princípio.

Examinado o âmbito de proteção conferido ao direito de expressão no ordenamento brasileiro, impõe-se chamar a atenção para o fato de que a Constituição Federal não tutela explicitamente um direito à “livre expressão comercial”. A defesa dessa “liberdade” se fundamenta em sua pretensa equiparação com os direitos da livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão e de informação, nos termos tutelados pela Carta Magna.

A sustentação ou não dessa tese demanda, em primeiro lugar, o exame da natureza da atividade publicitária e a proteção a ela conferida pela Constituição de 1988.

As muitas definições existentes para “publicidade”, por exemplo, Benjamin (2007), Amaral Junior (1993), Marques (1998), convergem em um ponto: a mensagem publicitária tem como objeto a promoção de um produto como estímulo a seu consumo. E, se visa ao lucro, insere-se nas atividades de cunho econômico previstas no nosso ordenamento jurídico-constitucional.

Nesse contexto, a atividade publicitária, ou o direito de “fazer publicidade”, constitui subprincípio da iniciativa econômica, ou, em outras palavras, um direito dele derivado. Alguns autores, como Casado (1999, p. 69), chegam, por isso mesmo, a considerar que a obra publicitária devesse estar referida no art. 170 da Constituição Federal.

“[...] este princípio da liberdade da publicidade nos parece mais enraizado no disposto do art. 170, parágrafo único, visto que a publicidade nada mais é que um meio altamente eficiente da comercialização de um produto, fruto de uma iniciativa econômica. A liberdade da publicidade decorre da liberdade da iniciativa econômica, diretamente. A liberdade de criação e informação, descritas no art. 220 da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa: o lucro.”

Também Benjamin (2007, p. 25) confere à atividade publicitária *status* empresarial:

“Goza de ampla aceitação a tese de que, exceto em certos setores bem delimitados, a questão deixa de ser a de supressão pura e simples da publicidade e passa a ser a da sua contenção ou controle de seus abusos, fazendo-a cumprir a sua função social. Controla-se, então, a publicidade, porque se controla a empresa.”

Entendida, portanto, como expressão da atividade econômica, a publicidade não se confunde com a expressão do pensamento ou com a transmissão de informações. Alpa (1996, p. 69-70), por exemplo, adverte que a mensagem publicitária “sozinha, não pode considerar-se manifestação de uma opinião ou de pensamento, pois não possui conteúdo informativo e, sim, um *momento dell’attività economica produttiva dell’impresa*. Casado (1999, p. 69) afirma que “o fornecedor, ao encomendar uma campanha publicitária, pensa nela como o meio de vender o seu produto e não como um simples veículo de informação”.

Divergem desse entendimento autores que classificam a publicidade como concreção do princípio da liberdade de expressão, entre outros, Ferraz Junior. (2000), Barroso (2001) e Ávila (2008). O presente trabalho não se alinha a esse posicionamento, no entanto.

As razões expostas acima nos parecem suficientes para concluir que a questão da liberdade de expressão é elemento acidental no processo mensagem publicitária-consumidor (Cf. CASADO, 2000), podendo estar ligada, tão somente, à liberdade artística do publicitário, condicionada aos ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor. Assim entendem Nunes Junior e Trettel (2008, p. 278):

“Qualquer elemento de liberdade de expressão que se pretenda destacar nas publicidades comerciais é suprimido pela finalidade máxima desse mecanismo de difusão de produtos e serviços: estimular o consumidor ao ato de compra.”

Por consequência, pode-se afastar a noção de que a mensagem publicitária constitui veículo garantidor de cumprimento do direito fundamental à liberdade de expressão, consagrado na Constituição Federal. A atividade publicitária configura subprincípio da livre iniciativa, protegida pelos dispositivos constitucionais pertinentes e sujeita a limites exarados pelo Poder Público em sua função de regulador das atividades econômicas.

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS CONTRAPOSTOS

A realização do direito à saúde

Caracterizada a fundamentalidade do direito à saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira, impõe-se examinar as dimensões e, em decorrência, as possibilidades de sua concretização ou de sua realização.

Segundo Mendes (2002), na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público. Nessa dimensão, há uma competência negativa do Poder Público (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado. Essa concepção tem como objetivo, sobretudo, a limitação do poder estatal, de modo a assegurar ao indivíduo uma esfera de liberdade.

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*), quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*).

De outra parte, é lícito afirmar que a dimensão negativa dos direitos fundamentais, ou seja, a sua garantia enquanto direitos de defesa contra intervenção indevida do Estado e contra medidas legais restritivas desses direitos, não se afigura suficiente para assegurar o seu pleno exercício ou eficácia. Tal como observa KREBS, citado

por MENDES (Idem, p. 19), não se trata apenas de ter liberdade em relação ao Estado (*Freiheit vom...*), mas de desfrutar essa liberdade mediante atuação do Estado (*Freiheit durch...*).

Pode-se extrair dessa afirmativa o dever do Estado de criar os pressupostos, fáticos e normativos, que possibilitem o exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados. E, por consequência, a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a essas prestações.

Antes de examinar de que modo as normas constitucionais que versam sobre saúde podem alcançar eficácia, convém salientar que a Constituição Federal previu, expressamente, em seu art. 5º, § 1º, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, o que se constitui em uma espécie de mandato de otimização aos órgãos estatais (Cf. SARLET, 2002).

Vejamos, nesse passo, as possibilidades de realização do direito à saúde. Em sua dimensão negativa, a saúde encontra-se protegida contra agressões de terceiros. Ou seja, o Estado (assim como os demais particulares) tem o dever jurídico de não afetar a saúde das pessoas. Assim, qualquer ação do poder público (e mesmo de particulares) ofensiva ao direito à saúde é, em princípio, inconstitucional (Idem, p.10).

Em sua dimensão positiva, ao demandar uma atuação do Poder Público, a efetivação do direito à saúde passa a depender da alocação de recursos materiais ou humanos públicos nem sempre disponíveis. Sua realização fica, portanto, condicionada à chamada “reserva do possível”, do ponto de vista fático, e da reserva parlamentar em matéria orçamentária, do ponto de vista jurídico.

Embora a análise mais aprofundada do direito à saúde em sua dimensão prestacional não constitua o objeto desse trabalho, é importante salientar que a solução desses casos conflitantes também passa pela aplicação de um juízo de ponderação de modo a harmonizar os bens em jogo.

Interessa-nos, no entanto, deixar assentada a noção de que também os particulares não podem ofender a saúde alheia, ainda que se possa admitir que a assim denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em suma, “a vinculação dos sujeitos privados, não possa ser tratada de modo similar à vinculação do poder público” (Ibidem, p. 6). O autor afirma, ainda, que, sem um correspondente dever dos particulares, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente no que diz com sua efetivação.

Publicidade: restrições constitucionais

Conforme discutido anteriormente, a publicidade tem como finalidade máxima a difusão de produtos e serviços para estimular o consumidor ao ato de compra. Trata-se de atividade com fins econômicos e, portanto, não configura mero exercício de manifestação do pensamento ou veículo de transmissão de informações. A publicidade visa ao lucro e tem como pressuposto buscar a aceitação do grande público para os produtos que promove.

Recorde-se, a esse respeito, como reforço a essas ponderações, o entendimento de autores como Casado (1999) e Benjamin (2007) que se posicionam pela classificação da atividade publicitária, em vista de suas finalidades precípuas, como integrante das atividades de cunho econômico.

É verdade que, assim considerada, a atividade publicitária goza de proteção constitucional equivalente à tutela conferida às demais atividades de natureza econômica. De fato, a Ordem Econômica constitucional foi estruturada essencialmente tendo por base a livre iniciativa, que mereceu destaque no *caput* do art. 170, e foi incluída entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso IV).

No modelo escolhido pelo constituinte de 1988, a atividade econômica passou a ser exercida primariamente pelos particulares e apenas em alguns casos pelo Estado, a este restando apenas a função de fiscalização e regulação.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003) destaca que o Estado pode intervir no domínio econômico, atuando de três maneiras diversas: 1ª) como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas, enquanto prestador de serviços públicos; 2ª) através de ação fomentadora, propiciando benefícios e estímulos à propriedade privada; e 3ª) na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares, influenciando suas esferas de liberdade por intermédio do poder de polícia.

Assim, o direito à liberdade, no contexto da ordem econômica brasileira, traduz-se nas liberdades de iniciativa e na liberdade de concorrência, que serão exercidas segundo condicionamentos avaliados necessários pelo Estado, com vistas à proteção do interesse coletivo.

Observe-se que o próprio art. 170 da Constituição estabelece ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada, tendo por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dessa maneira, conquanto a Carta Magna tenha consagrado uma economia de livre mercado, de natureza capitalista, ela instituiu princípios para limitar e condicionar o processo econômico, no intuito de direcioná-lo a proporcionar o bem-estar social ou melhoria da qualidade de vida (CUNHA JUNIOR, 2008, p. 1047).

Ressalte-se que o art. 193 da Carta Magna, ao estabelecer que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais, revela perfeita harmonia com a Ordem Econômica, consagrada no art. 170.

Pode-se concluir, portanto, que a realização do direito à liberdade econômica está condicionada a uma deliberação prévia, por parte do Estado, no desempenho de sua função reguladora, sobre o que é melhor para a coletividade, ou, em outras palavras, para garantir o interesse público ou o bem comum.

Nessa tarefa, tem relevância o exame da autonomia privada do particular em contraposição ao direito fundamental em jogo, bem como o grau de desigualdade da relação jurídica.

Sarmento (2008, p. 272) afirma que um dos fatores primordiais a serem considerados nessa questão é a existência e o grau da desigualdade fática entre os envolvidos. Vale dizer, quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao contrário, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, a autonomia privada vai receber uma proteção mais intensa, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito fundamental com ela em conflito.

Ainda segundo Sarmento (Idem, p. 273-4)

“O reforço à proteção dos direitos fundamentais... mais vulneráveis em face dos poderes privados justifica-se também diante da constatação de que estes últimos dispõem muitas vezes de uma força quase incontestável para conformar aspectos da vida humana – pense-se no poderio dos veículos de comunicação de massa, sobretudo num contexto de oligopolização de fato, tal como o que se verifica em nosso país.”

Para o jurista, no caso brasileiro, a gritante desigualdade social e a enorme vulnerabilidade de amplos setores da população justifica, “com sobras de razão”, um reforço à proteção de seus direitos fundamentais na sua relação com agentes privados mais poderosos, como os empregadores e os fornecedores de bens e serviços, por exemplo.

É possível afirmar, assim, que o constituinte de 1988 previu uma ordem constitucional econômica mais consentânea e mais comprometida com a reafirmação dos direitos fundamentais dos cidadãos. E o tratamento conferido à atividade publicitária não se afastou desse desiderato. Na visão de Nunes Junior e Trettel (2008, p. 279),

“O exercício da atividade econômica – da qual a publicidade comercial é parte integrante – pode, assim, ser entendido como uma ‘liberdade-função’, pois subordinado à finalidade de propiciar a todos a existência digna e justiça social, e ao respeito aos princípios listados no art. 170.”

Com efeito, a Carta de 1988, com vistas à proteção do interesse coletivo, impôs restrições à publicidade em dois momentos. No art. 37 e parágrafos, proibiu a publicidade enganosa ou abusiva, satisfazendo, ao mesmo tempo, o disposto no art. 5º, inciso XXXII, do texto constitucional, segundo o qual “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, e o no art. 170, inciso V, que também versa sobre a defesa do consumidor. Já no § 4º do art. 220, a publicidade de determinados produtos sofre restrições em vista de sua natureza potencialmente danosa.

Ninguém deixará de concordar que tais disposições se configuram pertinentes, justificáveis, proporcionais e adequadas dados os fins que as inspiram. Originam-se, portanto, de uma identificação prévia por parte do Estado, acerca da necessidade de proteção aos direitos do consumidor e à saúde da população.

A análise dos dispositivos constitucionais diretamente aplicáveis expõe, assim, o conflito entre a tutela conferida pela Lei Fundamental brasileira a dois comandos: o direito fundamental à saúde e o direito ao livre exercício da atividade publicitária, em

sua condição de subprincípio da livre iniciativa. O exame acerca da natureza dessa colisão constituirá o objeto do capítulo seguinte.

O conflito entre o direito à saúde e o direito à atividade publicitária na Constituição Brasileira

A constitucionalidade da imposição de limites à publicidade comercial não é assunto pacífico no direito pátrio. Os opositores a tais medidas defendem o enquadramento da atividade publicitária entre aquelas protegidas pelo direito à liberdade de expressão e, como decorrência, consideram que a edição de qualquer ato restritivo a essa condição constituiria afronta a um dos mais caros princípios da democracia.

Por limitarem direitos individuais e coletivos constitucionalmente assegurados, a restrição à liberdade de expressão e ao direito de informação por via publicitária apenas poderia ser admitida como exceção, nas hipóteses constantes do § 4º do art. 220 da Carta Magna. Qualquer ato que exorbite da regulamentação de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, segundo esse posicionamento, incorre em inconstitucionalidade.

Essa tese sustenta que até mesmo as limitações à publicidade desses produtos são vistas como atentatórias à liberdade publicitária e deveriam ser disciplinadas tão somente por via da autoregulamentação, a saber, pelo Código editado pelo Conselho Nacional de Autoregulamentação Publicitária (CONAR).

De fato, a Constituição assegura o direito ao exercício da atividade publicitária, ao mesmo tempo em que admite sua restrição legal, relativamente a alguns produtos. É verdade, também, que as restrições legais a serem impostas à publicidade, nesse contexto, devem ser feitas com extrema cautela, de modo a preservar princípios constitucionais importantes, como, no caso concreto, a livre iniciativa (art. 1º, IV) e a liberdade de empresa (art. 170, parágrafo único).

Nesse passo, julgamos importante reafirmar a posição defendida neste trabalho pela inconstitucionalidade, por afronta à Lei Maior, de qualquer medida ou ato do Poder Público que aponte na direção do liminar banimento da atividade publicitária, mesmo que por alegadas razões de proteção ao direito fundamental à saúde.

Constatada a existência do conflito e de interesses em jogo, cumpre, portanto, proceder à ponderação dos valores constitucionais que se encontram em linha de colisão. Para tanto, aplicaremos ao objeto de nossa análise os exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, conforme propostos por Silva (2002) e Mendes (2001).

Impõe-se verificar a proporcionalidade dos bens constitucionais contrapostos, ou seja, se uma restrição ou limitação à publicidade (ou mesmo uma obrigação, no caso de advertências sobre os malefícios de algum produto), em nome de proteger a saúde da população, afigura-se apta a produzir o resultado desejado (ou seja, se é adequada aos fins a que se destina), insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz,

(isto é, se é necessária), e se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto, (ou seja, se existe uma relação proporcional em sentido estrito entre os princípios) (MENDES, 2001).

Conforme vimos anteriormente, a Constituição Federal não tutela explicitamente um direito à livre expressão comercial. A defesa dessa “liberdade” se fundamenta em sua pretensa equiparação com os direitos da livre manifestação do pensamento, da liberdade de expressão e de informação, esses, sim, direitos tutelados pela Carta Magna.

Também restou demonstrado que se trata de tese de difícil sustentação já que, por constituir atividade com perfil nitidamente econômico, a publicidade não estaria em condições de reivindicar tutela de mesmo nível conferida aos direitos de livre expressão do pensamento e de informação. Por consequência, não poderia ser guindada ao *status* de direito fundamental.

Na visão de Nunes Junior e Trettel (2008, p. 278):

“A atividade econômica e suas partes integrantes, embora tuteladas pela Constituição Federal, não o são como direitos fundamentais. Ao contrário, considerando-se o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, calcados na igualdade material, a atividade econômica pode sofrer restrições para que se garanta o respeito e a efetivação de outros direitos fundamentais.”

E vão mais além os autores, entendendo que, ainda que existisse um direito fundamental à liberdade de expressão comercial, seria errôneo considerá-lo como absoluto, sobrepondo-se a outros direitos fundamentais, como os relativos à saúde e à proteção da infância.

Portanto, pela própria natureza dos bens contrapostos, a análise procedida no âmbito do presente trabalho permite afirmar que os atos emanados do Poder Público que visem proteger o direito à saúde podem incidir sobre as mensagens publicitárias, desde que proporcionais aos fins a que se destinam e que não lhes desfigurem o núcleo essencial.

Com efeito, pode-se identificar a presença, no âmbito do conflito examinado, dos pressupostos da necessidade e, por conseguinte, da adequação, de medidas emanadas do Poder Público que imponham restrições à publicidade comercial, sempre que a proteção da saúde estiver em jogo.

A edição de medidas de defesa à saúde, quer signifiquem restrições ou obrigações à atividade publicidade, preenche, cumulativamente, os três requisitos aos quais deve satisfazer, consoante a formulação conceitual do princípio da razoabilidade. Respeita os pressupostos da necessidade e da adequação, por constituir ato exigível (o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz) e adequado (com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado). Também atende ao elemento da proporcionalidade em sentido estrito, vez que atribui valorização mais elevada a direito fundamental social (o direito à saúde). Konrad Hesse (2009, p. 46) já ponderava que os direitos sociais possuem estrutura distinta dos demais, pois não se tornam

“efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, antes requerem, de antemão e em qualquer caso mais do que em direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles.”

Convém, nesse momento, delimitar o grau de proteção que se considera facultado, nesse contexto. Esse limite parece poder ser estabelecido, nos casos relacionados com medidas que visam à proteção da saúde, à luz do desenvolvimento científico e tecnológico e da alteração do perfil epidemiológico da população, que impõem constante revisão de conceitos, procedimentos e práticas no âmbito do setor. Assim, o conhecimento evolutivo acerca de malefícios, da nocividade ou dos impactos que podem vir a ser causados por determinados produtos, convalidam a atuação do Poder Público como garantidor de sua proteção.

Não há como negar que o direito à saúde tem um viés programático incontestável, pela própria evolução de seu objeto. Sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, prognóstico ou medicamento, uma nova doença ou a reincidência de uma doença antiga, que demandará a atuação das autoridades do setor de saúde pública.

Exemplo emblemático dessa realidade, conquanto esse não seja o espaço para uma análise detalhada da questão, é o caminho percorrido pelas restrições à publicidade de produtos fumíferos. A consciência nacional e internacional sobre os malefícios do tabaco resultou na interposição de medidas com graus crescentes de restritividade, de modo a minorar os efeitos deletérios de seu consumo por parte da população.

Registre-se, ademais, que a questão tem também repercussões sobre os campos da proteção aos direitos da criança e do adolescente, bem como sobre os direitos do consumidor.

Com efeito, a Constituição brasileira confere, em seu art. 227, prioridade absoluta aos direitos à saúde da criança e do adolescente, convalidando, por consequência, o dever do Estado na formulação de políticas públicas que materializem essa primazia. Isso significa, na interpretação de Moraes (2006, p. 2.227), que:

“em se tratando de normas de proteção à infância e à juventude, na ponderação de interesses, prevalecerão as normas constitucionais de proteção das crianças e adolescentes, pois existe prioridade destas estabelecida pelo constituinte originário.”

E, enfatize-se, o dever constitucional de assegurar à criança e ao adolescente o direito à saúde de forma prioritária não é meramente programática, é obrigatória (Cf. MORAES, 2006). Assim, revela-se inegável que o próprio constituinte realizou uma “pré-ponderação” dos interesses da criança à saúde, conferindo-lhe prioridade absoluta.

De outra parte, ao erigir o direito de defesa do consumidor a princípio fundamental e incluí-lo no rol dos direitos constantes do art. 5º, o constituinte conferiu ao Estado o dever de editar normas que regulamentem as relações de consumo, e também os mecanismos de proteção e materialização do direito do consumidor.

Para tanto, as medidas estatais devem se constituir em “instrumentos eficazes de proteção do consumidor para fazer valer seus direitos mais básicos, como, por exemplo, a saúde” (MORAES, 2006, p. 191). Ou, de outra maneira, conforme Oliveira (2009, p. 47):

“o constituinte originário ... reconhece[u] que é dever estatal amparar a parte mais fraca na relação de consumo, ... bem como a limitação da liberdade de mercado, que cede em prol do resguardo dos direitos fundamentais do hipossuficiente da relação de consumo.”

Ante todo o exposto, é lícito concluir que, no caso concreto, o Poder Público tem o dever-poder de delimitar a atuação de particulares, com justificativa na priorização dos valores da vida e da saúde, desde que respeitados os parâmetros constitucionais vigentes.

Não se trata de afirmação meramente declaratória ou com viés “ideológico”, no dizer de Barroso (2001), nem tampouco “maniqueísta”, segundo Aragão (2006), que assim caracterizam o contraponto entre os defensores da inconstitucionalidade de normas que protejam o direito à saúde mediante restrições às mensagens publicitárias e os que as consideram necessárias e adequadas.

Funda-se, esse posicionamento, na doutrina vigente e em jurisprudência exarada pelo Supremo Tribunal e outros tribunais inferiores, que apontam nessa direção. Cite-se, por exemplo, decisão do Desembargador Federal Elcio Pinheiro de Castro, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre (RS), na ação que suspendeu a permissão de utilização das câmaras de bronzeamento artificial em todo o País e decisão do Juiz Roger Raupp Rios no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.046270-5/RS interposto pelo Sindicato da Indústria do Fumo do Estado do Rio Grande do Sul contra a determinação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de que fossem inseridas nos maços de cigarro imagens e frases de advertência acerca dos malefícios do tabagismo.

À vista dessas decisões, constata-se evidente tendência do Judiciário em corroborar a análise empreendida ao longo do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todos os casos que envolvem restrições aos produtos a que alude o § 4º do art. 220 da Constituição Federal, está-se diante de um claro caso de conflito entre valores constitucionais: de um lado, a saúde, corolário dos direitos fundamentais, de outro a liberdade de atividade publicitária, protegida no âmbito da ordem econômica.

Do que se expôs no âmbito do presente trabalho, é lícito concluir que a própria moldura axiológica delineada pela Carta de 1988 já indica o caminho para a solução desse embate entre interesses. Em primeiro lugar, a Constituição conferiu ao direito à saúde *status* de direito fundamental, ao passo que submeteu a livre iniciativa econômica aos ditames da justiça social. Portanto, a proteção constitucional à livre iniciativa econômica, da qual a atividade publicitária é subprincípio, não foi moldada sem fronteiras.

Nesse sentido, utilizando-se parâmetro proposto por Barcellos (2008) a ser seguido em uma situação de ponderação, temos que o direito fundamental à saúde deve prevalecer sobre o direito ao livre exercício da atividade publicitária. De fato, conforme a jurista, “os enunciados que atribuem direitos fundamentais aos indivíduos devem ter preferência sobre as demais disposições que com eles se choquem”.

De outra parte, o conflito em tela parece poder ser solucionado por meio da aplicação do segundo parâmetro proposto por Barcellos (Idem). Segundo a autora, “as regras (constitucionais e infraconstitucionais) devem ter preferência sobre os princípios constitucionais”.

Ávila (2008, p. 208-209) afirma que, com relação à publicidade dos produtos contidos no § 4º do art. 220, a Constituição Federal instituiu regra específica admitindo restrições a sua veiculação.

“Com efeito, a linguagem do parágrafo 4º do artigo 220 é clara: a ‘propaganda comercial de tabaco (...) estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso’”.

Mas, adverte, em sintonia com a linha defendida pela maioria dos juristas que já se manifestaram sobre a questão, que:

“[...] as restrições indicadas no referido parágrafo dizem respeito, apenas, ao estabelecimento de meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas e programações de rádio e televisão que contrariem ao disposto no artigo 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente... Mais do que isso sobre a propaganda de tabaco só a advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

Em que pese essa interpretação quase hegemônica acerca deste dispositivo constitucional, a exegese de sua redação permite leitura distinta, em nosso entendimento.

Duas expressões escolhidas pelo Constituinte de 1988 para a redação do § 4º parecem gerar consequência inegável. Referimo-nos aos termos “restrições legais” e “sempre que necessário”. Em ambos os casos, o texto constitucional delega ao Poder Público a tarefa de identificação acerca da necessidade de proposição de medidas contra a publicidade de produtos nocivos à saúde.

Se correta essa leitura, tem-se que admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, mas também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à saúde. Ora, parece inequívoco que o § 4º do art. 220 contém expressa autorização de intervenção legislativa, com o propósito de proteger os valores garantidos no art. 6º da Constituição Federal.

Nesse contexto, as regras constitucionalmente previstas devem prevalecer sobre o princípio do livre exercício da atividade publicitária, nos termos do parâmetro proposto por Barcellos (2008).

Ao final deste trabalho, em decorrência dos pressupostos discutidos e ciente de que outros aspectos da matéria desafiam maior desenvolvimento, é possível compendiar de forma sumária as ideias expostas nas proposições seguintes:

- a publicidade é atividade lícita;
- embora assim considerada, a promoção publicitária dos produtos de que trata o § 4º do art. 220 da Constituição Federal pode sofrer limitações, em respeito a outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos;
- está afastada a possibilidade de proibição ou banimento liminar da publicidade desses produtos;
- a doutrina convalida a atuação do Poder Público, por meio da imposição de restrições proporcionais, para produzir a melhor eficácia dos direitos positivados;
- a atuação do Estado legislador, nesse caso concreto, está definida, especificada, e deve ser balizada pela necessidade do bom exercício de suas responsabilidades;
- a tutela do direito à saúde, direito fundamental constitucionalmente consagrado, deve sobrepor-se à liberdade da atividade publicitária;
- não se deve afastar a possibilidade de interpretações evolutivas da Constituição, sempre, evidentemente, consentâneas com sua letra.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. *Curso de Direito sanitário: a proteção do direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CASADO, Márcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, v. 265, nov. 1999.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Liberdade de expressão comercial. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 6, maio/jul. 2006. Disponível em <<http://www.direito-doestado.com.br>>. Acesso em: 15 out. 2009.

ÁVILA, Humberto. Conflito entre o dever de proteção à saúde e o dever de proteção à liberdade de comunicação e informação no caso da propaganda comercial de tabaco: exame de constitucionalidade da Lei nº 9.294/96. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 183-224, jan/mar. 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito a informação e banimento do cigarro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 32, abr. /jun. 2001.

BENJAMIN, Antonio Herman. *O controle jurídico da publicidade*. Disponível em: <<http://bdjur.stf.gov.br/dspace/handle/2011/8981>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARVALHO, Luís Castanho de. *Direito de informação e liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CASADO, Márcio Mello. Princípios gerais da publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Jurídica*, v. 265, p. 71, nov. 1999.

CONSELHO NACIONAL DE AUTO-REGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA. *Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária*. São Paulo: CONAR, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Garantias constitucionais à liberdade de expressão comercial*. São Paulo: CONAR, 2000.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do Direito Constitucional*. Seleção e Tradução de Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009

KREBS *apud* MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, , n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Revista Diálogo Jurídico*, v. 1, n. 5, ago. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 fev. 2009.

_____. Os Direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2009.

MEYER-PFLUG, Samantha. *Liberdade de expressão e discurso do ódio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal; TRETTEL, Daniela. Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 16, v. 63, p. 270-284, abr./jun. 2008.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque Sant' Anna de. A regulamentação da propaganda de alimentos e bebidas nocivos à saúde à luz dos compromissos internacionais do estado brasileiro e do

ordenamento jurídico pátrio. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 33-54, abr./jun. 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 mar. 2009.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Proporcional e o Razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

ATO MÉDICO E A REGULAMENTAÇÃO DO EXERCÍCIO DA MEDICINA: PROCESSO DE DISCUSSÃO NO SENADO

Sebastião Moreira Jr.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a regulamentação legal do campo de atuação do médico foi trazida inicialmente ao Parlamento pelo Projeto de Lei (PL) nº 2.024, de 1989, do Deputado Federal Pedro Canedo (GUIMARÃES; REGO, 2005, p. 7). Mais recentemente, a apresentação do “Projeto de Lei do Ato Médico” provocou grande polêmica e forte reação de categorias profissionais da área da saúde, receosas de que sua aprovação pudesse representar a hegemonia da classe médica sobre a atenção à saúde.

O clima de beligerância que se instalou entre grupos favoráveis e contrários ao projeto trouxe dificuldades para estabelecer um debate profícuo sobre a matéria, que pudesse atender aos anseios dos médicos de terem seu campo de atuação delimitado e, ao mesmo tempo, não interferir com a atividade dos outros profissionais de saúde. A rivalidade foi amenizada durante breve período, no segundo semestre de 2006, quando foi possível manter conversações regulares entre ambos os lados da disputa.

Busca-se, no presente texto, descrever o processo de discussão e negociação do Projeto de Lei do Ato Médico durante sua tramitação na Comissão de Assuntos Sociais (CAS) do Senado Federal, que culminou com a elaboração de um substitutivo. Também serão feitas considerações sobre a regulamentação da medicina perante as outras profissões de saúde e sobre as possibilidades de atuação do Senado em relação à matéria no atual estágio de sua tramitação.

HISTÓRICO E TRAMITAÇÃO DA MATÉRIA

Preliminarmente, cumpre prestar alguns esclarecimentos sobre a expressão “ato médico” e seu significado. Ato médico é, às vezes, considerado como sinônimo de assistência médica ou de assistência à saúde – numa conceituação ampla, *latu sensu* – e, noutras, como a atenção, com características próprias, prestada pelo médico a seu paciente, isto é, a parte da atenção à saúde que compete apenas ao médico.

No primeiro caso, seria considerado ato médico “todo o esforço consciente e organizado, traduzido por técnicas, ações e recursos, em favor da vida e da saúde do homem e da coletividade” (Cf. FRANÇA, 1996), incluindo, assim, não apenas a atuação do médico, mas também a dos demais membros das equipes de saúde.

Por outro lado, numa acepção mais restrita, o conceito de ato médico inclui apenas as atividades privativas do médico, centradas na propedêutica e na terapêutica.

A profissão farmacêutica, por exemplo, apresenta dificuldade semelhante: a atuação do farmacêutico – a atenção farmacêutica – é, as vezes, confundida com “assistência farmacêutica”, apesar de todos os esforços para caracterizá-la como o serviço que o farmacêutico deve prestar, num serviço de farmácia, consistente na provisão responsável da terapia medicamentosa (ANDRÉS-JACOME; IÑESTA-GARCÍA, 1999, p. 214).

Essa dificuldade de definição alcança a legislação e a jurisprudência: em que pese a existência, no ordenamento jurídico, de normas que disciplinam a profissão médica sob o aspecto ético, não há regramento legal no tocante à definição das atribuições profissionais do médico, resultando em inúmeras ações judiciais que buscam dirimir disputas sobre competências e prerrogativas dos diversos membros das equipes de saúde para realizar ações como diagnóstico de condição de saúde, prescrição medicamentosa, requisição de exames laboratoriais, execução de procedimentos etc.

A busca dessa definição constituiu a motivação primordial para a apresentação das proposições legislativas que regulamentam o exercício da medicina, conforme se verá adiante. A questão foi abordada por Maria Helena Machado (2005, p. 19) em artigo publicado à época da discussão da matéria no Senado:

“A constituição do mercado de trabalho é uma das bases do projeto profissional da medicina. Para isso ela constituiu ao longo dos tempos um mercado de serviços complexo, exclusivo, com forte credibilidade social. O mercado de serviços de saúde, especialmente o mercado de trabalho médico, encontra-se em consonância com esta perspectiva de profissionalismo, apresentando uma oferta de serviços altamente especializados. Desta forma, a definição dos atos e atividades pertinentes por exclusividade e/ou compartilhamento representa uma fase bastante importante para aqueles que executam essas atividades bem como uma segurança para os que recebem seus serviços.” (MACHADO, 1996, p. 19).

A proposição que ganhou a alcunha de “Projeto de Lei do Ato Médico” foi apresentada pelo Senador Geraldo Althoff em 27 de fevereiro de 2002 (Projeto de Lei do Senado nº 25, de 2002). O projeto consiste em uma adaptação da Resolução nº 1.627, de 2001, do Conselho Federal de Medicina (CFM) (BRASIL, 2001) e o seu texto define “ato médico”, confere competência ao CFM para fixar sua extensão e natureza e determina quais atividades são privativas de médicos.

Encaminhado à Comissão de Assuntos Sociais (CAS), o projeto foi distribuído e redistribuído quatro vezes, antes de o requerimento de sua tramitação conjunta com o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 268, de 2002, ter sido aprovado. Esta proposição legislativa, de autoria do Senador Benício Sampaio, dispõe sobre o exercício da Medicina, e passou a ser conhecida como o “Projeto de Lei do Médico”, em um paralelo com a “Lei do Advogado” (Lei nº 8.906, de 1994).

Propunha-se – conforme sua justificativa – a dar organicidade à matéria que regula o exercício da profissão médica em nosso país e que se encontra dispersa em quatro leis,

um decreto e numerosas resoluções do CFM, consolidando-a no que tem de princípios organizadores e normas gerais e ampliando seu tratamento. Diferentemente do PLS nº 25, de 2002, o Projeto de Lei do Médico não define o que é “ato médico” e, sim, o que são “atividades privativas do médico”.

Em 30 de junho de 2004, a CCJ acatou relatório do Senador Tião Viana, pela aprovação do PLS nº 25, de 2002, na forma de substitutivo, e pela rejeição do PLS nº 268, de 2002. Os projetos seguiram para a apreciação da CAS, para decisão em caráter terminativo.

Nessa Comissão, assumiu a relatoria a Senadora Lúcia Vânia, que desde o início buscou mediar o conflito entre os dois principais grupos antagônicos a respeito do projeto: a Coordenação em Defesa do Ato Médico e o Movimento Nacional Contra o PLS 25/02.

Conforme destacou a parlamentar em seu relatório:

“Durante as negociações, foram realizadas mais de trinta reuniões, em que foram ouvidas cerca de 1.800 pessoas, entre especialistas, parlamentares, consultores e representantes dos grupos de interesse, com destaque para as duas audiências públicas realizadas no âmbito desta Comissão de Assuntos Sociais, sendo uma delas transmitida em videoconferência para todas as assembleias legislativas do País. Todos tiveram a oportunidade de se manifestar e contribuir para o processo de construção do substitutivo que ofereço nesta oportunidade.”

O relatório da Senadora Lúcia Vânia concluiu pela rejeição do PLS nº 25, de 2002, e pela aprovação do PLS nº 268, de 2002, na forma de um substitutivo. O texto oferecido foi fruto de consenso entre a Coordenação em Defesa do Ato Médico e o Movimento Nacional Contra o PLS 25/02.

Há que se ressaltar que, a fim de obter um acordo razoável, ambos os lados tiveram que ceder em diversos pontos polêmicos durante o processo de negociação. Por isso, o texto final não foi considerado perfeito por nenhum dos grupos envolvidos. Todos gostariam de alterar um ou mais dispositivos, com o intuito de trazer mais benefícios ou segurança para suas respectivas categorias. Essa insatisfação ficou evidente durante a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados.

A principal diferença do substitutivo da CAS em relação ao PLS nº 25, de 2002, reside no abandono do conceito de ato médico, em função de todas as dificuldades explicitadas no início deste tópico. Passou-se, então, a definir o campo de atuação do médico e, dentro desse campo, quais atividades são privativas de médico. Com isso, obteve-se maior harmonização com as diversas leis que tratam de regulamentação profissional no Brasil.

A definição do campo de atuação do médico e de suas atividades privativas foi delimitada de forma a tentar evitar a interferência com as demais profissões de saúde, cujas atribuições *legais* estão resguardadas. Isso representou um avanço significativo em relação ao PLS nº 25, de 2002, e trouxe mais segurança às categorias profissionais que atuam na área de saúde.

Dessa forma, o substitutivo acordado passou a guardar mais semelhanças com o PLS nº 268, de 2002, do que com o PLS nº 25, de 2002. Ainda assim, há diferenças significativas, especialmente no que se refere ao escopo da proposição. O substitutivo tem apenas oito artigos e trata essencialmente do campo de atuação e das atividades privativas do médico, enquanto a redação original do PLS nº 268, de 2002, tem 63 artigos e trata de praticamente todos os aspectos da prática médica.

O primeiro artigo do substitutivo adotado pela CAS delimita o escopo da lei, enquanto o segundo define o objeto da atuação profissional do médico, que é a saúde humana. O art. 3º trata da atuação do médico na condição de membro da equipe de saúde.

O art. 4º trata das atividades privativas do profissional graduado em Medicina. O *caput* do artigo tem quinze incisos que definem as atividades que somente podem ser exercidas por médicos. Os parágrafos 1º a 3º cuidam de detalhar a questão do diagnóstico nosológico, excluindo explicitamente algumas modalidades de diagnóstico das competências privativas de médico.

Os §§ 4º e 5º definem o que são procedimentos invasivos, a fim de determinar que alguns tipos de procedimento, apesar de apresentarem certo grau de invasividade, não são privativos do médico. O inciso VI do § 5º traz outra exceção ao disposto no *caput* do art. 4º: o atendimento da pessoa sob risco de morte iminente, independentemente de implicar condutas e procedimentos típicos da atividade médica, não é privativo do médico.

O § 6º exclui a Odontologia do âmbito de aplicação do art. 4º. O § 7º determina que a aplicação das disposições do artigo será feita de forma a resguardar as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.

O art. 5º estabelece que atividades administrativas e acadêmicas, estritamente ligadas às atividades profissionais privativas, são também restritas ao médico. O art. 6º restringe a denominação de “médico” aos graduados em Medicina e o exercício da profissão aos inscritos em Conselho Regional de Medicina.

A competência para regular e fiscalizar o exercício profissional da medicina é abordada pelo art. 7º da proposição. O *caput* confere ao CFM o poder de definir quais procedimentos estão liberados para aplicação pelos médicos, quais estão vedados e quais podem ser empregados apenas em caráter experimental. O parágrafo único determina que os Conselhos Regionais devem fiscalizar e controlar esses procedimentos, de acordo com as normas emanadas pelo Conselho Federal.

Por fim, o art. 8º determina que a lei originada do projeto entre em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

O relatório da Senadora Lúcia Vânia foi aprovado por unanimidade na CAS, em dois turnos de votação, em decisão terminativa, no dia 6 de dezembro de 2006, seguindo para revisão da Câmara dos Deputados.

Na Câmara, a proposição recebeu a denominação de Projeto de Lei nº 7.703, de 2006, tendo sua redação final aprovada em 21 de outubro de 2009, com algumas modificações em relação ao texto recebido do Senado. As alterações promovidas pela Câmara dos Deputados não modificaram substancialmente o espírito original da proposta aprovada pelo Senado, sendo mantida intacta sua estrutura, exceção feita à exclusão da cláusula de vigência (art. 8º).

Foram promovidas modificações nos seguintes dispositivos do PL nº 7.703, de 2006:

- incisos V, VI, VIII e XIV do *caput* do art. 4º;
- parágrafos 1º, 2º, 3º, 5º e 7º do art. 4º, com acréscimo de três incisos ao § 5º e de um inciso ao § 8º;
- inciso II do art. 5º;
- art. 7º; e
- art. 8º (exclusão).

Em 29 de outubro de 2009, a proposição retornou ao Senado Federal, sendo autuada como Substitutivo da Câmara (SCD) ao Projeto de Lei do Senado nº 268, de 2002.

Apesar de ser um substitutivo, o SCD nº 268, de 2002, tem a mesma estrutura do projeto que lhe deu origem, com mudanças pontuais na redação de diversos dispositivos (BRASIL, 2009). Foi inicialmente distribuído para análise da CCJ e da CAS. Em decorrência da aprovação do Requerimento nº 140, de 2010, de autoria do Senador Romeu Tuma, será remetido também à Comissão de Educação, Cultura e Esporte. Em seguida, será apreciado pelo Plenário.

A apreciação das modificações efetuadas pela Câmara em projeto oriundo do Senado é regida pelos arts. 285 a 287 do Regimento Interno do Senado Federal (RISF) (BRASIL, 2011):

“Art. 285. A emenda da Câmara a projeto do Senado não é suscetível de modificação por meio de subemenda.

Art. 286. A discussão e a votação das emendas da Câmara a projeto do Senado far-se-ão em globo, exceto:

I – se qualquer comissão manifestar-se favoravelmente a umas e contrariamente a outras, caso em que a votação se fará em grupos, segundo os pareceres;

II – se for aprovado destaque para a votação de qualquer emenda.

Parágrafo único. A emenda da Câmara só poderá ser votada em parte se o seu texto for suscetível de divisão.

Art. 287. O substitutivo da Câmara a projeto do Senado será considerado série de emendas e votado, separadamente, por artigos, parágrafos, incisos, alíneas e itens, em correspondência aos do projeto emendado, salvo aprovação de requerimento para votação em globo ou por grupos de dispositivos, obedecido o disposto no parágrafo único do art. 286.”

Vê-se que as possibilidades de modificação do texto recebido da Câmara dos Deputados são limitadas: o Senado deve aceitar ou rejeitar as alterações implementadas pela Casa revisora, sendo-lhe vedado propor uma redação “inovadora” para algum dispositivo, sob pena de violação do art. 285 do RISF e, ainda mais grave, do art. 65 da Constituição Federal, visto que o novo texto proposto pelo Senado não seria submetido à revisão da Câmara.

BASES LEGAIS QUE REGEM O EXERCÍCIO PROFISSIONAL DAS CATEGORIAS PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE NO BRASIL

O Conselho Nacional de Saúde (CNS) definiu, por meio de sua Resolução nº 218, de 6 de março de 1997, quais profissionais de nível superior devem ser considerados “profissionais de saúde”: assistentes sociais, biomédicos, enfermeiros, farmacêuticos, fisioterapeutas, fonoaudiólogos, médicos, nutricionistas, odontólogos, profissionais de educação física, psicólogos, terapeutas ocupacionais e veterinários (Quadro 1).

Quadro 1 - Regulamentação das profissões de saúde de nível superior: ano de publicação do primeiro regulamento e o regulamento em vigor

Profissão	Primeiro regulamento*	Regulamento em vigor
Farmacêutico	1931	Decreto 19.606/31; Decreto 86.875/81
Enfermeiro		Lei 2.604/55; Lei 7.498/86
Médico	1932	-
Dentista		Lei 5.081/66
Veterinário		Lei 5.517/68
Assistente Social	1957	Lei 8.662/93
Psicólogo	1962	Lei 4.119/62
Nutricionista	1967	Lei 8.234/91
Fisioterapeuta	1969	Decreto-Lei 938/69; Lei 6.316/75
Terapeuta Ocupacional		Decreto-Lei 938/69; Lei 6.316/75
Biomédico	1979	Lei 6.684/79; Lei 6.686/79; Lei 7.017/82
Fonoaudiólogo	1981	Lei 6.965/81
Profissional de Educação Física	1998	Lei 9.696/98

* Refere-se ao ano de publicação do primeiro regulamento sobre a profissão.

As primeiras profissões de saúde a serem regulamentadas em nosso país foram as de farmacêutico²⁷ e de enfermeiro²⁸, em 1931. A de dentista²⁹ foi regulamentada no ano seguinte.

²⁷ Decretos nºs 19.606, de 19 de janeiro de 1931, que dispõe sobre a profissão farmacêutica e seu exercício no Brasil, e 20.377, de 8 de setembro de 1931, que aprova a regulamentação do exercício da profissão farmacêutica no Brasil.

²⁸ Decreto nº 20.109, de 15 de junho de 1931, que regula o exercício da enfermagem no Brasil e fixa as condições para a equiparação das escolas de enfermagem.

²⁹ Decreto-Lei nº 7.718, de 9 de julho de 1945, que dispõe sobre a situação profissional de dentistas diplomados por faculdades que funcionaram com autorização dos governos estaduais.

Em 1932, foi editado um decreto³⁰ que “regula e fiscaliza o exercício” de várias profissões de saúde: medicina, odontologia, medicina veterinária, farmácia e enfermagem, de nível superior; e parteira, optometrista, prático de farmácia, massagista e duchista, de níveis médio e elementar.

Não se tratou exatamente de instituir uma regulamentação do exercício profissional como hoje a entendemos, pois não foram definidas competências, atribuições ou atividades privativas, mas de submeter o exercício daquelas profissões à exigência de habilitação e à fiscalização da autoridade sanitária – uma Inspeção de Fiscalização do Exercício da Medicina, do Departamento de Saúde Pública, ou, onde ela não existisse, as autoridades policiais e judiciárias –, bem como de estabelecer “deveres” e “vedações” para os profissionais, no âmbito do exercício das respectivas profissões.³¹

As regulamentações de exercício profissional dos enfermeiros, odontólogos e farmacêuticos foram alteradas mais de uma vez desde aqueles primeiros regulamentos: a da enfermagem sofreu duas reformas, com a edição de novos regulamentos em 1955³² e 1986³³. O mesmo aconteceu com a dos odontólogos, em 1945³⁴, em 1951³⁵ e em 1966³⁶. Os conselhos fiscalizadores da profissão de farmacêutico foram criados em 1960³⁷, mas novas disposições sobre o exercício dessa profissão só foram baixadas, por meio do decreto regulamentador dessa lei, vinte e um anos depois³⁸.

³⁰ Decreto nº 20.931, de 1º de janeiro de 1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, e estabelece penas.

³¹ Para os *médicos* são estabelecidos, entre outros, os “deveres” de informar à Inspeção “a sede do seu consultório”, escrever as receitas legivelmente e em vernáculo, notificar doenças de notificação compulsória e atestar o óbito. Entre as “vedações” estão: ter consultório comum com indivíduo que exerça ilegalmente a medicina, receitar de forma secreta, indicar o “estabelecimento farmacêutico” para aviar suas receitas, firmar atestados sem praticar os atos que os justifiquem, “dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção ou interromper a gravidez”, fazer parte de empresa que explore a indústria farmacêutica, exercer, simultaneamente, as profissões de médico e farmacêutico e anunciar a cura de doenças incuráveis. Os *dentistas* somente podem prescrever anestésicos de uso tópico e medicamentos de uso externo, sendo-lhes vedado praticar intervenções cirúrgicas que exijam “conhecimentos estranhos à profissão”. Aos *protéticos* são proibidos a instalação de gabinetes dentários e o exercício da clínica odontológica. As *parteiras* e *enfermeiras* especializadas em obstetrícia devem limitar-se “aos cuidados indispensáveis às parturientes e recém-nascidos nos casos normais”, cabendo-lhes responsabilidade pelos acidentes atribuíveis à imperícia de sua intervenção. As *parteiras* é vedado prestar assistência médica a mulheres e crianças fora do período do parto, recolher parturientes e gestantes em sua residência, manter consultório e prescrever medicações. *Enfermeiros*, *massagistas*, *optometristas* e *ortopedistas* são proibidos de manter consultório. Os *médicos*, *farmacêuticos*, *cirurgiões dentistas*, *veterinários*, *enfermeiros* e as *parteiras* que cometerem falta grave ou erro de ofício poderão ser suspensos do exercício da sua profissão pelo prazo de seis meses a dois anos e, se exercerem função pública, serão demitidos dos respectivos cargos.

³² Lei nº 2.604, de 17 de setembro de 1955, que regula o exercício da enfermagem profissional.

³³ Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986, que *dispõe sobre a regulamentação do exercício da enfermagem e dá outras providências*.

³⁴ Lei nº 7.718, de 9 de julho de 1945, que *dispõe sobre a situação profissional de dentistas diplomados por faculdades que funcionam com autorização dos governos estaduais*.

³⁵ Lei nº 1.314, de 17 de janeiro de 1951, que *regulamenta o exercício profissional dos cirurgiões dentistas*.

³⁶ Lei nº 5.058, de 24 de agosto de 1966, que *regula o exercício da Odontologia*.

³⁷ Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960, que *cria o Conselho Federal e os conselhos regionais de Farmácia e dá outras providências*.

³⁸ Decreto nº 85.878, de 7 de abril de 1981, que *estabelece normas para a execução da Lei nº 3.820, de 11 de novembro de 1960, sobre o exercício da profissão de farmacêutico, e dá outras providências*.

Os veterinários, por seu lado, só vieram a ter sua profissão regulamentada em 1968³⁹.

Assistentes sociais (1957)⁴⁰, psicólogos (1962)⁴¹ e nutricionistas (1967)⁴² foram os últimos integrantes do grupo de profissionais tradicionais das equipes de saúde a terem seu exercício profissional regulamentado. Assistentes sociais e nutricionistas tiveram seus regulamentos alterados uma vez, em 1993⁴³ e 1991⁴⁴, respectivamente.

Em que pesem os fatos de os conselhos de medicina terem sido instituídos já em 1945⁴⁵, “destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética profissional no exercício da Medicina”, e de outras quatro leis tratando de salário, jornada de trabalho, residência médica e instituição de incentivo terem sido editadas, os médicos nunca tiveram, desde então, sua profissão regulamentada no que diz respeito a competências, atividades privativas, direitos e deveres, como as demais.

A cronologia acima apresentada buscou evidenciar que a regulamentação do exercício profissional de assistentes sociais, psicólogos e nutricionistas encerrou uma fase na regulamentação das profissões de saúde.

A partir de meados do século passado, foram introduzidas grandes mudanças na atenção à saúde, em decorrência do desenvolvimento da ciência e da tecnologia na área da saúde. Esse desenvolvimento alterou não apenas os instrumentos, as práticas e os processos do trabalho em saúde como seu próprio objeto – o desenvolvimento, em intensidade cada vez maior, de ações voltadas para a saúde coletiva e a implementação de novas ações e serviços de atenção à saúde individual – e foi responsável pela crescente especialização no exercício da medicina.

Esse fenômeno foi também responsável pelo fato de se ampliarem o tamanho e a diversificação das equipes de saúde, e pela entrada em cena dos profissionais modernos, o que demandou a regulamentação das respectivas profissões: fisioterapeutas e terapeutas ocupacionais (1969)⁴⁶, biomédicos (1979)⁴⁷,

³⁹ Lei nº 5.517, de 23 de outubro de 1968, que *dispõe sobre o exercício da profissão de médico-veterinário e cria os Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária*.

⁴⁰ Lei nº 3.252, de 27 de agosto de 1957, que *regulamenta o exercício da profissão de assistente social*.

⁴¹ Lei nº 4.119, de 27 de agosto de 1962, que *dispõe sobre os cursos de formação em psicologia e regulamenta a profissão de psicólogo*.

⁴² Lei nº 5.276, de 24 de abril de 1967, que *dispõe sobre a profissão de nutricionista, regula seu exercício, e dá outras providências*.

⁴³ Lei nº 8.662, de 7 de junho de 1993, que *dispõe sobre a profissão de assistente social e dá outras providências*.

⁴⁴ Lei nº 8.234, de 17 de setembro de 1991, que *regulamenta a profissão de nutricionista e determina outras providências*.

⁴⁵ Decreto-Lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, que *institui os conselhos de medicina e dá outras providências*. Esse decreto foi substituído pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, que *dispõe sobre os conselhos de medicina e dá outras providências*, que o revogou.

⁴⁶ Decreto-Lei nº 938, de 13 de outubro de 1969, que *prevê sobre as profissões de fisioterapeuta e terapeuta ocupacional, e dá outras providências*.

⁴⁷ Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979, que *regulamenta as profissões de biólogo e de biomédico, cria o Conselho Federal e os conselhos regionais de Biologia e Biomedicina, e dá outras providências*.

fonoaudiólogos (1981)⁴⁸ e, mais recentemente, profissionais de educação física (1998)⁴⁹.

DIVISÃO DE COMPETÊNCIAS E AUTONOMIA RELATIVA DOS DIVERSOS PROFISSIONAIS NO ÂMBITO DAS MODERNAS EQUIPES DE SAÚDE

Como é um fenômeno recente, a divisão de trabalho no âmbito dessas novas equipes de saúde está, ainda, em processo de consolidação. Os diferentes perfis de competências e habilidades desses atores estão sendo conformados na prática cotidiana dos serviços, sob a pressão das novas tecnologias e dos novos problemas sanitários e organizacionais. Esse compartilhamento do espaço de trabalho, no entanto, nem sempre vem sendo feito de modo harmônico, ocorrendo invasões de uns nas áreas de atuação dos outros, pois esses campos de atuação não estão perfeitamente delimitados.

Como os diferentes profissionais são treinados em separado, e é dada grande ênfase teórica no ensino das matérias de cada profissão – isto é, com pouca prática nos serviços em que, supostamente, essas equipes estão em atuação –, eles frequentemente desconhecem as competências, potencialidades e limites de atuação uns dos outros.

É interessante notar que, na regulamentação das profissões de que estamos tratando, a perspectiva de uma atuação em equipe é muito recente. Ela aparece pela primeira vez em 1979, quando a regulamentação do exercício dos biomédicos dispôs que a esses profissionais “compete atuar em equipes de saúde”⁵⁰, e está presente na regulamentação da fonoaudiologia, de 1981⁵¹, nas novas regulamentações da enfermagem, de 1986⁵², da nutrição, de 1991⁵³, e na de profissionais de educação física, de 1998⁵⁴.

Evidencia-se, assim, que, a partir de um determinado momento histórico, também para o legislador fica caracterizada a necessidade de que o exercício das diferentes profissões de saúde deve se dar sob a forma de uma atuação em equipe, seja multi, seja interdisciplinar.

Na prática, no entanto, a situação é complicada pelo fato de que essa nova conformação da atuação profissional no campo da saúde produziu não um único, mas diversos

⁴⁸ Lei nº 6.965, de 9 de dezembro de 1981, que *dispõe sobre a regulamentação da profissão de fonoaudiólogo, e determina outras providências*.

⁴⁹ Lei nº 9.696, de 1º de setembro de 1998, que *dispõe sobre a regulamentação da Profissão de Educação Física e cria os respectivos Conselho Federal e conselhos regionais de Educação Física*.

⁵⁰ Art. 4º da Lei nº 6.684, de 3 de setembro de 1979.

⁵¹ Ao atribuir competência ao fonoaudiólogo para “participar de equipes de diagnóstico, realizando a avaliação da comunicação oral e escrita, voz e audição” (alínea *b* do art. 4º da Lei nº 6.965, de 9 de dezembro de 1981).

⁵² Ao atribuir ao enfermeiro um conjunto de atribuições “como integrante da equipe de saúde” (inciso II do art. 11 da Lei nº 7.498, de 25 de junho de 1986).

⁵³ Ao tornar obrigatória a participação de nutricionistas em equipes multidisciplinares destinadas a planejar, coordenar [...] executar e avaliar políticas, programas [...] relacionados com alimentação e nutrição (parágrafo único do art. 4º da Lei nº 8.234, de 17 de setembro de 1991).

⁵⁴ Ao atribuir competência ao profissional de educação física para “participar de equipes multidisciplinares e interdisciplinares nas áreas de atividades físicas e do esporte” (art. 3º da Lei nº 9.696, de 1º de setembro de 1998).

tipos de equipe de saúde, em função da necessidade de diferentes tipos de serviços e ações de saúde. Em decorrência dessas novas e diversificadas formas de fazer a atenção à saúde – individual e coletiva –, desenvolveram-se equipes diferentes, tanto no que diz respeito à composição e ao grau de interdisciplinaridade exigidos, quanto ao papel e à autonomia relativa de seus membros.⁵⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme ressaltado nos tópicos anteriores, os diplomas legais regulamentadores das profissões de saúde, exceção feita à medicina, definem, ainda que de modo relativamente restrito ou inespecífico, seus limites de competência. Esses limites foram observados durante as discussões que resultaram no substitutivo da CAS ao PLS nº 268, de 2002.

Em relação à própria medicina, a aprovação do projeto inovará o ordenamento jurídico, pois hoje não há lei que defina os limites de atuação do médico. Da mesma forma, o art. 7º do SCD confere ao CFM a competência para definir quais procedimentos podem ou não ser realizados por médicos, além de quais são considerados ainda experimentais.

Cabe ressaltar que a atual polêmica gerada pelo SCD tem pouca relação com a legislação das demais profissões de saúde: o maior problema é o natural avanço das atividades de alguns desses profissionais para além dos limites fixados em suas leis regulamentadoras.

Na maior parte das vezes, o avanço decorreu da evolução técnico-científica da profissão e trouxe inegáveis benefícios à população assistida e, mesmo, aos próprios médicos, na medida em que passaram a trabalhar em mútua colaboração com profissionais altamente qualificados. O progresso técnico-científico da assistência à saúde, propiciado pela ampliação da atuação desses profissionais, é inegável.

Em outras situações, contudo, o exercício de atividades originalmente atribuídas aos médicos decorreu apenas de luta por fatias de mercado, sem maiores preocupações com o bem-estar ou a segurança da população. A grande dificuldade do debate é justamente determinar com precisão os limites entre as atividades que demandam formação médica e aquelas que a dispensam.

⁵⁵ Num extremo, temos, por exemplo, a atuação de equipes cirúrgicas, cuja efetividade exige estarem centradas no médico – no caso, o cirurgião –, serem altamente hierarquizadas e contarem com pequeno número de profissionais diferentes, que atuam com elevada subordinação e pequeno grau de autonomia. No extremo oposto, estão as equipes de assistência ambulatorial a pacientes portadores de doenças crônico-degenerativas, as equipes de centros de saúde e as de saúde da família, nas quais, ao contrário, se exige um processo de trabalho cooperativo entre os vários – e mais diversificados – profissionais envolvidos, é essencial a contribuição das diferentes formas de ver o paciente e a hierarquia e a subordinação, quando necessárias, são determinadas, não *a priori*, mas pela natureza do problema assistencial. Entre umas e outras, temos todo um espectro de condições, inclusive aquela, mais frequente, na qual a equipe não ocupa o mesmo espaço geográfico de um serviço, mas está dispersa em serviços de saúde distintos, como no caso do paciente que é atendido por um médico credenciado pelo seu plano de saúde no consultório desse profissional, recebe assistência farmacêutica em uma farmácia comercial e faz sessões de fisioterapia ou recebe assistência dietoterápica num terceiro serviço.

Nesse sentido, e considerando todos os óbices já mencionados, o trabalho de construção do substitutivo aprovado pelo Senado Federal pode ser considerado exitoso e, mesmo, exemplar, ainda que não tenha conseguido satisfazer aos grupos envolvidos, visto que todos tiveram que abdicar de parte de suas pretensões. Caso tivesse sido possível avançar com o processo de negociação na Câmara nos mesmos moldes, aprimorando o texto enviado pelo Senado, hoje a questão estaria mais pacificada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRÉS-JACOME, J.; ANDRÉS-JACOME, A. La atención farmacéutica comunitaria contemplada en la legislación española. *Pharmaceutical Care Esp.*, v. 1, p. 213-8, 1999.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.627, de 2001*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1627_2001.htm>. Acesso em: 21 mar. 2011.

BRASIL. Senado Federal. Quadro Comparativo entre o Projeto de Lei do Senado nº 268, de 2002 e o Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado nº 268, de 2002 (nº 7.703, de 2006), 2009. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=68461&tp=1>> Acesso em: 2 mar. 2011.

BRASIL. Senado Federal. *Regimento Interno*. Brasília: Senado Federal, 2011.

FRANÇA, G. V. *Pareceres: esclarecimentos sobre questões de Medicina Legal e de Direito Médico*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1996.

GUIMARAES, R. G. M.; REGO, S. O debate sobre a regulamentação do ato médico no Brasil. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 10 (supl), p. 7-17, set./dez. 2005.

MACHADO, M. H. Debatendo o ato médico. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, n. 10 (supl), p. 18-20, set./dez. 2005.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DA INTEGRALIDADE DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA E TERAPÊUTICA NO BRASIL

Silvia Badim Marques

O fenômeno da Judicialização das Políticas de Saúde vem hoje ganhando importância teórica e prática, envolvendo debates pungentes entre acadêmicos, operadores do direito, gestores públicos e sociedade civil. E trouxe para o centro do debate a atuação do Poder Judiciário em relação à garantia do direito à saúde.

Como salientam diversos autores⁵⁶, o Poder Judiciário no Brasil vem sendo crescentemente acionado para garantir as mais diversas prestações de saúde em juízo, destacando-se, dentre esses pedidos, as solicitações para a garantia de medicamentos.

E as decisões judiciais nesses processos, devido à própria natureza do direito social à saúde⁵⁷, acabam por acarretar um inevitável impacto político, pois demandam prestações públicas que nem sempre se encontram disciplinadas em políticas públicas, e com tempos, gastos e procedimentos diferentes dos previstos administrativamente.

Gloppen (2005) salienta que as decisões judiciais em matéria de direitos sociais, dadas as suas características intrinsecamente imbricadas com questões emanadas de políticas públicas e orçamento público, têm acarretado importantes consequências políticas e jurídicas, principalmente em face do panorama político e econômico dos países em desenvolvimento, como o Brasil.

O crescimento dessas decisões judiciais, que acabam por interferir diretamente no âmbito de outros sistemas além do sistema jurídico, como o sistema político e econômico, vem sendo problematizado por diversos teóricos da atualidade. Como destaca Lopes (2004), um dos temas contemporâneos de discussão entre juristas, filósofos e cientistas sociais e políticos tem sido a politização do sistema judicial, ou o que se convencionou chamar de judicialização da política.

A relevância social e política do tema, no Brasil, fez com que o Supremo Tribunal Federal convocasse uma audiência pública para abordar as questões que envolvem a garantia do direito à saúde e o Sistema Único de Saúde, na Suprema Corte bra-

⁵⁶ PEPE (2010); DELDUQUE; MARQUES; ROMERO (2009); MARQUES (2007); MESSEDER; OSÓRIO-DE-CASTRO; LUÍZA (2005).

⁵⁷ Silva (1999, p. 289-290) conceitua os direitos sociais como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.

silieira⁵⁸, com a participação de gestores públicos, acadêmicos, membros do Poder Judiciário, Promotores Públicos, Procuradores da União e dos Estados, Organizações da Sociedade Civil, entre outros.

Esse debate, promovido pela alta cúpula do Poder Judiciário, ao considerar o tema como de relevância pública, evidencia a importância deste tema entre as questões jurídicas e políticas da sociedade brasileira. Durante os seis dias de audiência, o STF ouviu opiniões de especialistas sobre a amplitude do direito à saúde, suas garantias legais, seus conflitos com a política pública, e sobre os mais diversos aspectos que envolvem a formulação e execução das políticas de saúde no Brasil.

Reconhece-se, assim, a complexidade do tema abordado, que tem por detrás um exercício de cidadania. Com a positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, fruto de um amplo movimento social conhecido como reforma sanitária⁵⁹, a saúde passou a ser um direito de todos os cidadãos brasileiros. Um direito universal e igualitário, pautado pela diretriz da integralidade de assistência, e pela priorização das atividades de prevenção e promoção da saúde.

Os artigos 196 a 200 de nossa atual Constituição da República instituem uma estrutura política complexa e abrangente para o cuidado com a saúde da população brasileira, com a organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica, o direito à saúde de todos os cidadãos.

E, de acordo com o artigo 196 da Carta Magna, esse direito deve ser garantido, com todas as suas especificidades, “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Percebe-se que cabe ao Estado brasileiro, em seus três níveis de governo, mediante o estabelecimento de políticas sociais e econômicas, garantir o direito social à saúde, de forma integral e universal.

Massa-Arzabe (2006) salienta que, em relação a este dispositivo constitucional, as políticas públicas constituem a própria garantia do direito social à saúde. A autora destaca que a norma constitucional inscrita no artigo 196 define os objetivos da política de saúde, que deve se voltar a garantir integral e universalmente o direito à saúde⁶⁰.

⁵⁸ A referida audiência foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

⁵⁹ O movimento social que ficou conhecido como reforma sanitária teve fundamental importância nesse processo. A reforma vai visar uma reconstrução da própria concepção de saúde, inserindo-a no contexto social brasileiro, e uma reconstrução normativa e institucional dos serviços e ações de saúde no país. E, também, um novo olhar sobre o processo saúde-doença, sobre a elaboração e implementação das políticas de saúde, sobre as relações médicas, sobre a formação dos recursos humanos destinados ao trabalho na área da saúde, entre outros, de forma mais próxima e articulada com a concepção de direito humano à saúde, à luz do disposto em documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

⁶⁰ Essa autora destaca que “o objetivo final e amplo de garantia do direito de todos à saúde é de ser atingido pelo objetivo específico de redução de riscos e de observância dos princípios de universalidade e igualdade no

Marques e Dallari (2007, p. 102) concluem que, “para que o Estado brasileiro possa atender esses preceitos legais, é preciso que implemente políticas públicas e serviços públicos de saúde e assistência farmacêutica, em escala coletiva”.

Nessa perspectiva, as políticas públicas de saúde e, especificamente, de medicamentos, são indispensáveis para o exercício do direito social à assistência farmacêutica e terapêutica, e devem seguir as diretrizes constitucionais de integralidade e universalidade.

Reconhece-se, pela primeira vez no Brasil, a igualdade, a liberdade e a cidadania como princípios emancipatórios da vida social. E de acordo com Santos (2006), neste contexto a desigualdade e a exclusão têm que ser justificadas como exceções, pois o processo societal não mais lhes confere legitimidade. Assim, conclui o autor que “perante elas, a única política social legítima é a que define os meios para minimizar uma e outra” (SANTOS, 2006, p. 279).

As diretrizes constitucionais de universalidade e integralidade das ações de saúde balizam a construção da política pública correspondente que, por seu arcabouço jurídico sólido, alicerçado na mais alta norma da estrutura escalonada de produção do direito, configura-se como política de Estado, que deve ser observada por todos os governantes, parlamentares e administradores públicos.

O direito social à saúde, portanto, tem raízes jurídicas fortes, capazes de obrigar os governantes à prestação ordenada e sistêmica do mais alto cuidado com a saúde de todos, com respeito às diversidades e à dignidade de cada um, seguindo a diretriz de integralidade de assistência (Cf. MARQUES, 2009).

A Lei Orgânica da Saúde – LOS, composta pelas Leis nºs 8.080 e 8.192, ambas de 1990, normatiza amplamente o Sistema Único de Saúde no território nacional, disciplinando as ações e serviços de saúde nos três níveis de governo da federação. Essas leis foram editadas, exatamente, para dar cumprimento aos mandamentos constitucionais relacionados à Saúde.

A Lei 8.080/90 estabelece, em seus arts. 6º e 7º, que entre as ações que se inserem no campo de atuação do SUS, encontra-se a de “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica” (art. 6º, I, “d”). Ela deve ser disponibilizada à população com observância ao princípio da integralidade de assistência, entendido como um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema” (art. 7º, II, da LOS).

Como salienta Aith (2007), diante desses dispositivos legais e constitucionais, é possível interpretar-se que, sempre que um cidadão for acometido por uma doença, o Estado brasileiro é obrigado a lhe oferecer atendimento integral, ou seja, todos os recursos médicos, farmacêuticos e terapêuticos que estiverem disponíveis para o tratamento da enfermidade em questão⁶¹.

acesso às ações e serviços de proteção, promoção e recuperação da saúde” (MASSA-ARZABE, 2006, p. 65).

⁶¹ Destaca o autor que, “sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo

Todavia, tal tarefa estatal envolve questões complexas a serem enfrentadas. O panorama do mercado de medicamentos e produtos para a saúde no Brasil e a incorporação tecnológica de inovações terapêuticas trazem implicações econômicas para a garantia do direito à saúde e, conseqüentemente, para a formulação de políticas públicas e para a prestação de serviços de saúde que sigam as diretrizes constitucionais e confirmem, a todos, o mais alto grau de cuidado com a saúde (Cf. MARQUES, 2009).

Ademais, como salienta Marques (2005, p. 8), como os recursos públicos são limitados diante do custo de todos os medicamentos disponíveis no mercado ou das inovações terapêuticas, a política pública de medicamentos,

“não se revela capaz de atender, individualmente, todas as necessidades terapêuticas dos cidadãos brasileiros. Ela é elaborada com base na tomada de decisões coletivas pelo sistema político, sob uma perspectiva coletiva e distributiva. E, dessa forma, adota critérios justificados de inclusão e exclusão de medicamentos dentre os medicamentos ofertados pelo SUS, para possibilitar o atendimento equânime ao maior número de pessoas possível (MARQUES, 2005, p. 8).”

Todavia, com todas as suas limitações políticas e econômicas, as normas constitucionais de proteção à saúde não são normas programáticas, que dependem da efetiva comprovação de recursos para serem exercidas. Elas são autoexecutáveis, por qualquer cidadão que venha a necessitar de um cuidado de saúde.

Daí a constatação de Faria (2002, p. 59), de que os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade “estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo”.

Neste panorama, o Poder Judiciário, com base em todo o arcabouço jurídico positivado para cuidar da saúde, quando acionado por cidadãos em juízo, em busca de uma prestação estatal capaz de aliviar um sofrimento ou, porventura, salvar uma vida, vem condenando o Estado a fornecer os mais diversos tipos de medicamentos e prestações de saúde, disciplinadas ou não em políticas públicas.

Em que pese a existência de uma série de medidas, políticas e jurídicas⁶², já adotadas pelo Estado brasileiro para disciplinar a oferta de medicamentos dentro do Sistema

desenvolvimento científico. Assim, não importa o nível de complexidade exigido, a diretriz de atendimento integral obriga o Estado a fornecer todos os recursos que estiverem ao seu alcance para a recuperação da saúde de uma pessoa, desde o atendimento ambulatorial até os transplantes mais complexos. Todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes devem ser disponibilizados para a proteção da saúde da população” (AITH, 2009, p. 357).

⁶² Entre elas podemos citar: a Política Nacional de Medicamentos – PNM, instituída pela Portaria nº 3.916, de 10 de novembro de 1998 do Ministério da Saúde – MS, a adoção da Relação de Medicamentos Essenciais – RENAME, que foi instituída pela Portaria GM/MS nº 507, de 27 de abril de 1999, a Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – COMARE, instituída pela Portaria GM/MS nº 131/01, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT, formalizados em diversas portarias, a Lei que estabelece os medicamentos genéricos (Lei nº 9.787, de 10 de fevereiro de 1999), a criação da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED e a ocupação de sua

Único de Saúde, sob a perspectiva do acesso universal a medicamentos seguros e eficazes, os estudos já referenciados continuam a demonstrar que a busca pelo Poder Judiciário por prestações de saúde e, especificamente, por medicamentos continua a aumentar no Brasil.

O direito à saúde, reconhecido como um direito social pelo artigo 6º de nossa Carta Magna, configura-se, também, como um direito público subjetivo. E aqui temos o conflito atual que envolve a garantia desse direito em juízo: deve o direito à saúde de um cidadão compreender todos os medicamentos e prestações terapêuticas que ele venha a necessitar, ou apenas aquelas estabelecidas em políticas públicas?

A aplicação do princípio da integralidade de assistência, disciplinado de forma ampla pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde, teria força para garantir aos cidadãos que acessam o Poder Judiciário, objetivando a garantia de seu direito à saúde, todas as prestações de que eles necessitarem, independentemente dos aspectos políticos e econômicos que envolvem esse direito?

Como salienta Marques (2005), em pesquisa realizada no Estado de São Paulo, a ideia central mais incidente no discurso dos juízes de primeira instância daquele Estado, ao julgarem ações que demandam medicamentos em face do Estado, é a de que “o direito de todos os indivíduos à saúde representa uma consequência indissociável do direito à vida e deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos”.

Isso demonstra a importância da aplicação do princípio constitucional da integralidade de assistência pelo Poder Judiciário que, na análise dos casos concretos submetidos a sua apreciação, vem considerando que o cidadão deve ser atendido de forma integral, independentemente do que estipula a política pública concernente à temática, de acordo com a realidade individual posta nos autos.

Os juízes vêm respeitando a indicação médica individual para o tratamento de determinada moléstia ou agravo à saúde, a despeito do tratamento que estabelece a política pública. Tal fato tem sido problematizado pelos gestores públicos de saúde, que acusam o Poder Judiciário de interferir no âmbito de atuação da Administração Pública, desviando os recursos estabelecidos pela política de saúde para o atendimento coletivo, em favor dos seletos cidadãos que acessam o Poder Judiciário (Cf. MARQUES, 2009).

Ainda de acordo com Marques (2005), em pesquisa realizada no Estado de São Paulo, os gestores públicos sustentam em juízo, prioritariamente, a ideia de que “o Estado possui limitações legais e orçamentárias que obstam a garantia da pretensão do Autor”.

Ou seja, sustentam que o Estado, em suas três esferas de governo, deve fornecer apenas aos cidadãos o que consta nos Protocolos e Listas oficiais do SUS, a despeito das

presidência pelo Ministério da Saúde (Lei nº 10.742, de 6 de outubro de 2003, e Decreto nº 4.766, de 26 de junho de 2003), entre outras.

necessidades individuais colocadas nos autos e das indicações terapêuticas individuais (o que consideram, muitas vezes, ser fruto de *lobby* de indústrias farmacêuticas, muito mais do que reais necessidades terapêuticas). E que atender a pretensão do autor é colocar em risco o atendimento global, de toda a comunidade que não acessa o Poder Judiciário para ver seu direito garantido.

E é em face desse complexo panorama, apresentado minuciosamente ao STF na citada audiência pública, que o Poder Judiciário deve decidir os casos apresentados à sua apreciação, aos quais tem o dever de fornecer uma decisão, de acordo com as balizas processuais e os fatos e provas que permeiam cada processo apresentado.

Nos julgamentos proferidos após a Audiência Pública de Saúde, o Supremo Tribunal Federal, através do voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, em recursos que versam sobre processos que demandam medicamentos em face do Estado⁶³, vem se posicionando a respeito desse conflito.

E, especificamente em relação ao tema da limitação do direito à assistência farmacêutica à existência de Protocolos Clínicos e listas oficiais que definem o rol de medicamentos ofertados pelo SUS, o relator, Ministro Gilmar Mendes, reforça a ideia de que é preciso que o Poder Judiciário verifique a existência de evidências científicas, bem como examine este rol constante nas políticas públicas de saúde, na análise do caso descrito nos autos.

Todavia, o Ministro ressalta que cada caso deve ser analisado de acordo com as suas especificidades e, na hipótese de não haver tratamento disponibilizado pelo SUS ou quando o autor demonstrar que o medicamento ofertado pelo SUS não é capaz de recuperar a sua saúde (sempre com documentos médicos comprobatórios e de acordo com medicina baseada em evidências), deve-lhe ser ofertado o medicamento indicado, a despeito de não constar no rol do Sistema Público.

Essa decisão reforça as posições em sentido contrário, que vem buscando no Poder Legislativo recursos legais capazes de limitar a interpretação do princípio da integralidade de assistência pelo Poder Judiciário.

As primeiras iniciativas legislativas neste sentido partiram do Senado Federal, com o Projeto de Lei do Senado Federal, PLS 219 de 2007, de autoria do Senador Tião Vianna, e com o Projeto de Lei do Senado Federal PLS 338/2007, de autoria do Senador Flávio Arns.

Ambos os projetos propunham-se a regulamentar os artigos 6º e 7º da Lei 8.080/90, e acrescentar outras balizas para a oferta de medicamentos no SUS, com o intuito de disciplinar a oferta de medicamentos e regulamentar por Lei a elaboração de Protocolos Oficiais e Listas de Fármacos. Esses projetos passaram a tramitar juntos, pela similaridade das propostas.

⁶³ Conferir as decisões das Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278; das Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e da Suspensão de Liminar (SL) 47.

O projeto de nº 219/2007 foi rejeitado pelo Plenário do Senado Federal, sob a justificativa da existência de Projeto de Lei do Senado com a mesma temática (o referido projeto 338/2007). Encontra-se arquivado desde 07/06/2010.

Pretendia o Projeto arquivado apenas alterar o art. 6º da Lei nº 8.080/90, para introduzir o seguinte conceito de integralidade, sob a justificativa de solucionar o conflito relacionado com a garantia do direito social à assistência farmacêutica pelo Poder Judiciário e com o *lobby* das indústrias farmacêuticas dentro do SUS:

“A integralidade da assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, de que trata a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em: I – oferta de procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do SUS, realizados no território nacional em serviço próprio, conveniado ou contratado; II – dispensação de medicamento prescrito em serviço próprio, conveniado ou contratado, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas instituídas pelo gestor federal do SUS em protocolo clínico para o agravo à saúde a ser tratado.

§ 1º Na falta do protocolo a que se refere o inciso II do *caput*, a dispensação limitar-se-á aos produtos constantes de relações de medicamentos essenciais e de medicamentos de dispensação excepcional elaboradas pelo gestor federal do SUS.”

O Projeto de Lei PLS 338/2007, por sua vez, após ser votado e acrescido de substitutivos, foi aprovado terminativamente pelo Senado Federal, e hoje se encontra na Câmara dos Deputados para revisão⁶⁴, sob a forma de Projeto de Lei, e sob o número 7.445 de 2010.

Este projeto propõe alterações de forma mais consistente na Lei 8080/90, preocupando-se para além da limitação do conceito de integralidade. Foca-se, também, no processo de inclusão, exclusão ou alteração de medicamentos e terapêuticas no âmbito do SUS, no processo de elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas para a dispensação de medicamentos de componentes especiais, bem como na composição e funcionamento da Comissão responsável pela sua elaboração e aprovação.

O Art. 19-Q do referido projeto dispõe sobre “a incorporação, a exclusão ou a alteração, pelo SUS, de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica”, definindo a competência do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS⁶⁵, para a execução desta tarefa⁶⁶.

⁶⁴ Nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

⁶⁵ O § 1º deste artigo prevê expressamente que a “Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS, cuja composição e regimento são definidos em regulamento, contará com a participação de um representante indicado pelo Conselho Nacional de Saúde e de um representante, especialista na área, indicado pelo Conselho Federal de Medicina”.

⁶⁶ O § 2º do referido artigo baliza a atuação da referida comissão, determinando que “o relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente: I – as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II – a avaliação

Disciplina, portanto, a forma de incorporação de novas tecnologias farmacêuticas e terapêuticas no âmbito do Sistema Único de Saúde, bem como sua modificação ou exclusão, por procedimentos que prezam pela melhor evidência científica, e também pela participação da sociedade⁶⁷, mediante a realização de consultas e audiências públicas, e sob a fiscalização do Ministério Público Federal.

Procura, também, disciplinar as implicações econômicas da incorporação de novas tecnologias ao SUS, a proibição de qualquer requisito que afete a gratuidade da oferta pública de cuidados de saúde, bem como a responsabilidade dos entes federados pelo financiamento desses novos medicamentos e produtos, por meio de pactuação na Comissão Intergestores Tripartite⁶⁸.

A tentativa do projeto em comento, de disciplinar o procedimento de elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, também se revela pertinente, pois estes são considerados fundamentais para a dispensação de medicamentos de componentes especiais no âmbito do SUS. O Projeto de Lei procura explicitar esse procedimento, conferindo-o legitimidade democrática⁶⁹.

Todavia, a exemplo do arquivado PLS 219, o presente Projeto de Lei tenta definir um conceito de integralidade de assistência, reduzindo-o à oferta de fármacos e produtos terapêuticos constantes nas Listas e Protocolos oficiais do SUS. Dita o art. 19-M. do referido projeto que a assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d*, inciso I, do art. 6º da Lei 8.080/90 consiste em:

“I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas

econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível”.

⁶⁷ O § 1º do artigo 19-R prevê expressamente que o processo de incorporação de novas tecnologias no âmbito do SUS “observará, no que couber, o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e as seguintes determinações especiais: I – apresentação, pelo interessado, dos documentos e, se cabível, das amostras de produtos, na forma do regulamento, com informações necessárias para o atendimento do disposto no § 2º do art. 19-Q; II – notificação do Ministério Público Federal; III – realização de consulta pública que inclua a divulgação do parecer emitido pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS; IV – realização de audiência pública, antes da tomada de decisão, se a relevância da matéria justificar o evento”.

⁶⁸ O art. 19-S dispõe que “o impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas, salvo quando a doença ou o agravamento à saúde para cuja promoção, proteção ou recuperação o medicamento, o produto ou o procedimento se destinar estiver plena e expressamente contemplada em protocolo clínico e em diretrizes terapêuticas específicas”; O art. 19-T veda, “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 (Anvisa); II – a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa”; e o art. 19-U, por sua vez, define que “a responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite”.

⁶⁹ Salienta o art. 19-O, e seu parágrafo único, que esses Protocolos deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha. E também que, em qualquer caso, os medicamentos ou produtos serão avaliados quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade, para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde de que trata o protocolo.

definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (SUS), realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

E o art. 19-P complementa-o no sentido de que, na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

“I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II – no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III – no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.”

Resolveria o problema da Judicialização da Saúde a redução do conceito de integralidade às listas e protocolos oficiais do SUS?

Poderiam os juízes, diante da ausência de protocolos e de listas elaboradas por gestores públicos, esquivarem-se de garantir o direito de um indivíduo a uma determinada prestação de saúde, potencialmente capaz de salvar uma vida? Ou, quiçá, esperar o processo político de aprovação e pactuação entre os gestores sobre um novo medicamento?

Ora, em matéria de assistência farmacêutica e terapêutica, a análise dos casos concretos submetidos à apreciação dos juízes tem alicerce jurídico em garantias constitucionais claras, e fincadas em princípios, como o de universalidade e integralidade de assistência à saúde.

Princípios amplos, cuja indeterminação conceitual e de seu alcance tendem a levar os juízes a um julgamento para além da simples leitura da lei e dos elementos normativos. A própria leitura dos princípios, em face da complexidade de cada caso concreto, tende a levar o aplicador da lei a uma interpretação eivada de fatores políticos e até morais. Isso abala a ilusória certeza e segurança jurídicas sobre as quais estrutura-se a teoria do direito na modernidade (MARQUES, 2009).

Como salienta Faria (2002), o rigor lógico-formal imposto pelo normativismo positivista às técnicas interpretativas de caráter exegético jamais é suficientemente amplo

para eximir o aplicador da lei de um poder criativo. A ilusão, ou o delírio iluminista, consistiu em acreditar que um método, puro e lógico, seria capaz de solucionar todos os problemas decorrentes da aplicação da lei e dos textos normativos.

A crença iluminista de que bons textos normativos e bons textos científicos seriam capazes de eliminar os desafios da aplicação da lei e determinar a interpretação subjetiva de cada operador do direito começa a ser colocada em xeque.

A evidência de que qualquer texto é passível de múltiplas interpretações, por mais fechada que procure ser sua linguagem, fica mais patente com a positivação dos princípios constitucionais e de uma ordem jurídica focada em princípios, à luz da concepção de direitos humanos, e de efetiva igualdade e dignidade humana. E também evidencia que, no limite da interpretação, outros elementos que não os estritamente normativos permeiam as decisões e aplicação desses direitos (MARQUES, 2009).

Os direitos fundamentais da pessoa humana tangenciam concepções de princípios morais e éticos, que, traduzidos em linguagem e roupagem jurídicas, permitem que o aplicador da lei, sem prescindir dos textos legais, utilize-os com primazia na solução de casos controversos.

E que levem em consideração as peculiaridades dos diversos grupos e pessoas que acessam o Poder Judiciário ou que reivindicam direitos junto a outros órgãos públicos, com necessidades específicas, buscando respeito às suas diversidades e diferenças, que, muitas vezes, não podem ser contempladas pela letra fria da lei (Idem).

Ao reduzir o princípio constitucional de integralidade de assistência à saúde à oferta pública dos medicamentos, selecionados pelo gestor público, o presente projeto de lei representa um retrocesso em relação à garantia ampla dos direitos humanos, focada em princípios que permitem a garantia digna da saúde de todos.

Salienta-se que muitos problemas perpassam as políticas públicas de medicamentos, desde a alegada falta de verbas, até o atraso na revisão da lista de medicamentos essenciais – RENAME.

Apesar de serem elaborados com base na medicina baseada em evidências, os Protocolos e Listas oficiais não contemplam todas as necessidades de saúde da população, bem como podem apresentar falhas e demoras em sua atualização, de acordo com novas tecnologias e recursos disponíveis.

Negar a força do princípio de integralidade de assistência à saúde e amarrá-lo à política pública é deixar o cidadão à mercê dos administradores públicos. Apesar de os gestores de saúde merecerem todo o respeito e consideração em sua escolha discricionária de oferta coletiva de fármacos, o direito deve ir além, pois os administradores e gestores públicos podem negligenciar o atendimento individual e deixar os cidadãos sem atendimento específico, que seja capaz de, na prática, salvar sua vida ou minimizar seu sofrimento.

E um ordenamento jurídico que preze pela dignidade da vida humana e pela universalidade e integralidade de ações de saúde deve salvaguardar o direito de essas pessoas reivindicarem suas necessidades, e de serem atendidas pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. *Curso de Direito sanitário: a proteção do Direito à saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas. *Saúde em Debate*, v. 33, n. 81, p. 80-88, 2009

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros: 2002.

GLOPPEN, Siri. *Social Rights litigation as transformation: South African perspectives*. Bergen: Chr. Michelsen Institute, 2005

LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a Lei: Direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34/EDESP, 2004.

MARQUES, Sílvia Badim. A relação do sistema jurídico e do sistema político na garantia do Direito social à assistência farmacêutica: o caso do estado de São Paulo. 2005. (Mestrado em Saúde Pública) – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

_____.; DALLARI, Sueli Gandolfi. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.

_____. O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de Lei nº 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo poder judiciário. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 64-86, 2009.

MASSA-ARZABE, Patrícia. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MESSEDER, Ana Maria; OSÓRIO-DE-CASTRO, Cláudia; LUIZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, mar. 2010.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo. para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

O Direito Sanitário na Internet

OBSERVAR PARA PARTICIPAR: A WORLD WIDE WEB COMO INSTRUMENTO PARA ACOMPANHAR A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM SAÚDE NO BRASIL

Maria Célia Delduque

INTRODUÇÃO

A rede mundial de computadores é uma ferramenta que pode potencializar a transparência e permitir a participação cidadã em vários aspectos da vida do Estado.

Pensando nisso é que foi criado o Observatório da Saúde no Legislativo, espaço virtual constituído por um banco de dados públicos permanente, sediado na Fundação Oswaldo Cruz Brasília e destinado ao acompanhamento dos projetos legislativos de interesse à saúde em tramitação no Congresso Nacional e ao oferecimento gratuito das informações mais relevantes sobre as proposições legislativas em matéria sanitária.

Isso porque o reconhecimento da saúde como um Direito Fundamental deu ensejo a uma profusão de normas jurídicas que têm o escopo de garantir esse direito, dando vida e conteúdo a uma parte específica da ciência jurídica denominada Direito Sanitário.

O Direito Sanitário é formado pelo conjunto de normas jurídicas que tem por finalidade a concretização do Direito humano fundamental à saúde.

Como espaço de interesse do Direito Sanitário, o *Observatório* tem dois fundamentais propósitos: além de permitir ao usuário a consulta e acompanhamento das proposições legislativas em saúde em trâmite no Congresso Nacional, permitindo a participação cidadã que, com base na consulta e informação, pode intervir no processo legislativo, também gerará dados para pesquisas e reflexões e subsídios para a tomada de decisão.

Este espaço que alcança a Câmara dos Deputados e o Senado Federal se constitui em um *locus* de permanente consulta de todo aquele interessado na tramitação de proposições legislativas em matéria de saúde com o propósito de fortalecer, ainda mais, o ditame constitucional do Direito à Saúde para Todos.

DIREITO À SAÚDE E PODER LEGISLADOR DO ESTADO

A Constituição Federal de 1988 erigiu a saúde como direito de todos e dever do Estado. Este tem o dever de garantir acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, por meio de políticas públicas sociais e econômicas. É por intermédio das políticas públicas que se busca a efetivação desse direito para a população.

Mas o texto constitucional não se realiza por si só, é preciso um arco normativo infraconstitucional que dê materialidade às políticas públicas econômicas e sociais

determinadas na Carta Política, para que se desfrute plenamente do direito à saúde. Isso porque o interesse público, no moderno Estado de Direito, está definido nas leis, isto é, a vontade da sociedade está expressa em textos normativos. Sendo a política pública uma expressão de uma vontade social, ela reclama o arcabouço legal que lhe possibilite a transformação do fático ao normativo.

Embora a formulação das políticas públicas não se esgote no Poder Legislativo, Maués e Simões (2002, p. 480) apontam que a competência para desenvolver políticas públicas necessárias para a garantia do direito à saúde cabe ao Poder Legislativo, por meio da elaboração de leis, inclusive as orçamentárias.

Desse modo, é o conjunto de normas jurídicas emanadas da atividade legislativa estatal que dá forma ao direito à saúde, desde a definição dos aspectos organizacionais e operacionais do sistema de saúde, o estabelecimento da forma e dos critérios a serem observados na formulação e implementação das políticas de saúde até as normas específicas aplicáveis a bens e serviços de interesse à saúde e regulamentação de profissões ligadas à saúde. É esse sistema de normas produzidas pelo poder legislador do Estado que disciplinam as situações que têm a saúde por objeto e regulam a organização e o funcionamento das instituições destinadas à sua promoção e defesa.

No entanto, para que a norma jurídica torne-se de observação obrigatória, é necessário, em um regime democrático, que a norma, como fonte legal, submeta-se ao processo legislativo.

O processo legislativo é a expressão consagrada na Seção VIII do Título IV, Capítulo I, arts. 59 e segs., da atual Constituição, que disciplina os atos normativos, discriminando-se como fonte legal não apenas a lei, mas todos os atos abrangidos pelo processo normativo.

Uma lei não é assunto *interna corporis* das Casas do Congresso Nacional, ao revés, o assunto é de legítimo interesse de todo o povo, vez que é por intermédio da criação das leis que se exprime o Estado Democrático de Direito. Desse modo é que, para que uma lei seja legítima, ela precisa se submeter ao devido processo legislativo constitucional, consubstanciado na Lei Complementar nº 95/1998 que estabelece regras de técnica legislativa.

O processo legislativo, portanto, torna-se de extrema importância, pois é por intermédio dos procedimentos para a criação das espécies normativas que a norma jurídica ganha legitimidade e constitucionalidade.

Com a legislação sanitária se dá o mesmo. Para atender ao consagrado direito à saúde, é preciso a criação de um arcabouço normativo que dê materialidade ao ditame constitucional. A lei terá essa tarefa e sua produção será toda pautada pelo processo legislativo.

OBSERVAR A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM SAÚDE

O Poder Legislativo, representado pelo Congresso Nacional, embora detentor do monopólio da produção legal no Brasil, não tem acompanhado sua própria produção

legislativa em saúde, nem controlado a eficiência e a eficácia do processo legislativo respectivo (ROMERO, 1998, p. 7-8), orientado para uma longa tramitação. Além disso, tanto na Câmara dos Deputados como no Senado Federal, inexistiu um sistema de organização da série histórica da atividade legislativa e parlamentar que possa ser apreciado e interpretado, restando organizada tão só a atividade legislativa a partir de 2001.

Em junho de 2005, durante o Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, realizado na Câmara dos Deputados, foi objeto de recomendação por parte de instituições de saúde a construção de meios acessíveis para o acompanhamento da tramitação das proposições legislativas em saúde, com o propósito de oportunizar a reflexão e, especialmente, a mobilização da sociedade organizada para a interação democrática com o Poder Legislativo, no que se refere à matéria específica da saúde. Tais informações, aliadas à escassez de estudos analíticos nessa área, foram o que motivou a construção de um Observatório da Saúde tendo o Legislativo federal seu *locus* privilegiado de observação. O intuito do projeto era não apenas montar um diagnóstico da atividade legislativa na área da saúde, mas poder acompanhar a atividade e, quiçá, permitir que a sociedade organizada pudesse intervir no processo legislativo sanitário.

Isso porque o Brasil foi definido constitucionalmente como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, § único, CF/88). Essa expressão supera os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, incorporando-lhes um componente de transformação, verdadeiramente revolucionário: o direito há que ser democrático. Significa, assim, que a capacidade legislativa não pertence só aos representantes eleitos, mas também a quem os elegeu (art. 14) e que a esses foram dados instrumentos para participar e controlar a elaboração das normas jurídicas que regulam o Estado e a sociedade.

Mas por que um Observatório?

Todos os signos têm um significado, não há signos sem significado. É a própria nomenclatura da língua que permite a assunção das palavras como nomes, permitindo que uma mesma palavra possa designar muitos objetos e, por vezes, muito diferentes uns dos outros.

A palavra *Observatório*, quando analisada etimologicamente, significa instituição ou serviço de observações astronômicas ou meteorológicas (Cf. FERREIRA, 1986). No entanto, a palavra, apesar de exprimir tal ideia e conceito, pode ser usada em sentido figurado, com diferentes significados, posto que o significado de uma proposição é o pensamento ou a ideia que ela exprime.

O fato é que, embora o termo possa nos remeter à ideia do panóptico foucaultiano, grande parte dos Observatórios existentes no Brasil e no mundo está relacionada ao monitoramento ambiental, mas encontram-se também Observatórios relativos à violência, à saúde, à gestão da Ciência e da Tecnologia, à imprensa, para citar alguns; estão relacionados a instituições governamentais e não governamentais, universidades, institutos de pesquisa, entre outros e têm estrutura modular de espaço de escuta e de troca. Muito mais participação do que pura vigilância!

A proposta teve sua gênese em 2006, com o projeto Acompanhamento, Análise e Divulgação da Atividade Legislativa em Saúde no Congresso Nacional formulado inicialmente pelo Grupo Saúde do Núcleo Social da Consultoria Legislativa do Senado Federal. Passou, posteriormente, a contar com a participação do Programa de Direito Sanitário da Fiocruz–Brasília e da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, fazendo surgir a proposta de construção e desenvolvimento do Observatório da Saúde no Legislativo.

Posteriormente, foram agregados ao projeto a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca e o Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário da USP.

O marco inicial deu-se com a construção de um *locus* de busca virtual e interativo de acompanhamento das proposições em matéria de saúde no Congresso Nacional. A intenção era de que a nova proposta não representasse uma mera duplicação das já existentes ferramentas de busca postas à disposição dos cidadãos, mas que pudesse oferecer uma interação mais amigável e acessível, mesmo àquele público leigo no processo legislativo.

Os potenciais clientes institucionais do projeto são: instituições de saúde, os conselhos nacional, estaduais e municipais de saúde; as agências reguladoras; os gestores do SUS; as entidades de classe; as associações profissionais; as instituições acadêmicas; as organizações não-governamentais que atuam na área da saúde e o público em geral.

Desse modo, o precípuo objetivo do projeto era, a início dos trabalhos, e ainda é, o de disponibilizar ao público interessado informações sobre as proposições legislativas em tramitação na Câmara dos Deputados e Senado Federal relativas à área da saúde e a evolução de sua tramitação, garantindo-lhe maior transparência e oportunidade de intervenção cidadã.

Os *sites* institucionais de ambas as Casas Legislativas revelam-se pouco amigáveis com os usuários, especialmente os pouco afeitos às intrincadas etapas do processo de formulação de leis. Além disso, o linguajar legislativo, formulado a partir de expressões pouco usuais utilizadas nesses espaços virtuais, representa um obstáculo a mais para o pleno entendimento e capacidade crítica dos cidadãos interessados em acompanhar o que se propõe em matéria de saúde, sua tramitação e destino final dos projetos de lei.

Além disso, o acesso e a posse de informações atualizadas e de fácil entendimento possibilitam ao cidadão ou a grupos organizados, em face da identificação dos momentos estratégicos do processo legislativo, a participação direta no trâmite legislativo, oferecendo sugestões e/ou pareceres técnicos na defesa de seus interesses, na provocação da atividade legislativa e interação com os parlamentares envolvidos com temas de interesse.

O projeto ainda ganha importância quando se constata que são pouco usuais no Brasil trabalhos como o do Observatório da Saúde no Legislativo e que inexistem qualquer mecanismo de livre acesso como o proposto, em funcionamento no país.

PRODUÇÃO LEGISLATIVA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

A participação social no Brasil ainda é tímida. No campo da saúde, embora assegurada constitucionalmente a participação popular na formulação das políticas públicas sanitárias, em nível legislativo, não há evidências dessa experiência democrática, na realidade brasileira.

A participação popular da qual se fala não se restringe àquela prevista constitucionalmente e restrita às iniciativas de leis, mas uma participação mais ampla, aquela inerente ao cidadão pleno que acompanha, participa, fica por dentro, cobra e exige. Até mesmo as entidades associativas não têm demonstrado a capacidade de desenvolver um núcleo militante para atuar de modo organizado e estratégico, com o objetivo de obter para seus associados a prestação de um serviço de saúde, a obrigatoriedade de observação de uma norma ou pressionar seus representantes por leis mais justas ou aprovação de projetos de interesse da associação. Em alguns países, a isso se denomina *lobby social* ou *advocacy*.

O Observatório da Saúde no Legislativo propiciará, aos que acompanham a tramitação de proposições legislativas em matéria sanitária, intervir, de alguma maneira, no processo legislativo, seja interagindo com seus parlamentares, buscando contato com as comissões permanentes ou mesmo mobilizando grupos de interesse para ações junto às Casas do Congresso. O importante é que a participação junto ao parlamento não se esgote em tempos de eleição, mas que possa perdurar por toda a legislatura no acompanhamento da produção legislativa, nesse caso específico na saúde, e atuação parlamentar.

OBSERVATÓRIO COMO FONTE DE DADOS DE PESQUISA

O Observatório da Saúde no Legislativo também gerará dados para pesquisas legislativas.

A arena estatal de formulação legislativa – a Casa do Povo e a Casa do Pacto Federativo – tem merecido pouca atenção daqueles que estudam os fenômenos sociais contemporâneos, em especial a produção legislativa em saúde. Estes atentam para o conjunto de leis aprovadas, sem imaginar que se pode analisar a postura político-jurídico-social sobre o tema da saúde, em legislaturas ou em lapsos temporais ampliados, apreciando-se as proposições legislativas e o processo legislativo em saúde.

Os trabalhos acadêmicos ainda são incipientes nesta seara de observações e estudos, que carecem de um olhar mais aprofundado e sistematizado de estudiosos, o que o Observatório pretende, em parte, suprir com dados atualizados.

CONCLUSÃO

O esforço do conjunto de instituições envolvidas com a proposta de criação de um *locus* de observação virtual denominado Observatório da Saúde no Legislativo chega

à sua maturidade e é colocado à serviço da sociedade brasileira, com o desejo de que possa cumprir a promessa de fomentar a participação cidadã na produção legislativa em saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERREIRA, Aurélio Buarque de H. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

MAUÉS, Antonio G. Moraes; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. Direito Público Sanitário Constitucional. In: *Curso de Especialização a Distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*. Brasília : Ministério da Saúde, 2002.

ROMERO, Luiz Carlos *et al.* *Avaliação das atividades do legislativo na área de saúde pública (1995-1996)*. Brasília : Senado Federal, 1998.

OBSERVATÓRIO DA SAÚDE NO LEGISLATIVO: INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO A SERVIÇO DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL EM SAÚDE

Wagner Vasconcelos

A promulgação da Constituição Federal de 1988 não marca apenas o ingresso do Brasil numa fase cuja busca pelo aperfeiçoamento da democracia passa a ser o maior símbolo. Representa, especialmente, uma nova configuração de sociedade. Não mais uma sociedade passiva e alheia às decisões centrais que recaem sobre ela. Mas uma sociedade dinâmica, para a qual o termo cidadania ganha novos contornos; cidadania compreendida como ferramenta por meio da qual a sociedade interage com os governos e com o Estado, assegurando sua participação na definição das políticas públicas e reivindicando a materialização de seus direitos.

No avanço desse amadurecimento democrático, as formas de participação da sociedade na definição das políticas públicas também têm se multiplicado. No campo da saúde pública brasileira, o Sistema Único de Saúde mostrou-se inovador ao contemplar, no texto constitucional, a participação social entre as suas principais diretrizes. Além das formas de participação legalmente estabelecidas – como os conselhos e conferências de saúde nas esferas municipal, estadual e federal –, outras iniciativas têm surgido. Muitas delas, tendo como base a informação e a comunicação.

É o caso do Observatório da Saúde no Legislativo (OSL). Projeto concebido de forma coletiva, e cujos objetivos gerais são “promover a cidadania e ampliar os mecanismos de defesa do direito à saúde (...)” (AITH, 2004, p. 4), ele foi objeto de pesquisa do mestrado deste autor, à luz da literatura contemporânea sobre comunicação e informação, num contexto marcado pelo advento e pela popularização da internet. Da mesma forma, a pertinência da proposta do OSL foi avaliada a partir das entrevistas realizadas ao longo da pesquisa. Aqui, correspondem-se os dados levantados pela revisão de literatura e pelas entrevistas realizadas para a pesquisa aos seus objetivos específicos, tecendo-se alguns comentários, recomendações e conclusões sobre o projeto OSL.

Inicialmente, é necessário destacar que os impactos gerados pela *internet* na sociedade não se restringiram à área do comportamento humano nem à da comunicação. Estenderam seus efeitos à lógica da democracia participativa, influenciando e dinamizando as formas de *participação social*. A cada dia, novos sítios de internet surgem com os propósitos mais variados, muitos deles com o de levar ao usuário, de forma rápida e direta, o acesso a uma série de informações fundamentais para o pleno exercício de seu direito de participar do jogo social. A internet tem viabilizado a multiplicação de comunidades que, “virtuais em sua origem, acabam territorializando-se, passando da conexão ao encontro, e do encontro à ação” (BARBERO apud MORAES, 2004, p. 59).

Favorece, assim, mobilizações em escalas antes impensáveis, uma vez que desconsidera limites geográficos e temporais. Ações de mobilização sobre determinado

assunto poderiam levar, antes da popularização da internet, um tempo incalculável para se efetivar. E, mesmo assim, provavelmente estariam restritas a espaços físicos rigidamente delimitados. Hoje, em questão de horas, é possível acionar agentes de uma mesma comunidade, espalhados ao redor do mundo e, com eles, promover uma mobilização de escala global.

Nesse cenário, já é possível perceber que a *informação* e a *comunicação* têm se revelado hoje como instrumentos imprescindíveis para os processos de *participação social* previstos pelas democracias atuais – para o caso da pesquisa aqui referida, no campo da *saúde*. São elas que permitem ao cidadão a possibilidade de ampliação do conhecimento, bem como o despertar do senso crítico necessário a dinamizar seu interesse em participar das instâncias ou momentos de definição das políticas públicas. Relembrando Chauí (1993):

“os sujeitos políticos participam da vida social em proporção ao volume e qualidade das informações que possuem em especial, a partir das suas possibilidades de acesso às fontes de informação e de condições favoráveis de aproveitamento delas, de forma a poderem intervir como produtores do saber (CHAUÍ, 1993, apud, SILVA; CRUZ; MELO, 2006, p. 683).”

Na área da saúde no Brasil, em que instâncias como conselhos e conferências de saúde são previstas por lei como foros de participação social, informação e comunicação estão frequentemente em evidência. Conforme relatado ao longo da pesquisa do autor, importantes eventos para a saúde pública nacional destacaram essas duas áreas como fundamentais para a evolução das questões sanitárias no País.

No caso do Observatório, sistema disponibilizado por meio do sítio de internet da Fiocruz Brasília, pode-se dizer que a participação social é estimulada, ainda que de forma indireta. Esse fenômeno se dá a partir do instante em que, munido de informações sobre um tema de seu interesse (no caso, uma proposição sobre saúde), um usuário pode mobilizar-se junto a outros usuários, ou mesmo a uma instituição ligada ao assunto em questão, e exercer seu poder de pressão, seja para aprovação de um dado projeto de lei, seja para mudanças em seu conteúdo, ou, ainda, para seu veto.

A descrição do Observatório da Saúde no Legislativo e sua análise sob a ótica do modelo do Mercado Simbólico (ARAÚJO, 2004) e dos valores da Comunicação Extensiva (SIMEÃO, 2006a) permitem algumas constatações importantes.

Uma primeira avaliação do sítio de internet do OSL pode conduzir à percepção de que ele não permite, em sua totalidade, o que Simeão (2006a) define como *interatividade*:

“(…) a possibilidade de diálogo do sistema com o usuário (interpretante), do usuário com o sistema e de grupos de usuários através do sistema. Estes diversos caminhos são viabilizados através de ferramentas que promovem um contato temporário ou permanente, respondendo a dúvidas sobre o documento ou sua utilização (...). (SIMEÃO, 2006a, p. 161).”

No entanto, não se pode desconsiderar que o usuário tem à sua disposição uma série de informações a partir das quais pode mobilizar diversos outros interlocutores e, a partir de então, exercer seu papel de partícipe na definição dos rumos que as leis sobre saúde podem tomar. O Observatório, enquanto não desenvolve ferramentas que assegurem a interatividade preconizada por Simeão (2006a), seria, assim, uma espécie de incentivador para a tomada de decisão do usuário. Futuramente, segundo acordado nas diversas reuniões de definição do projeto, o sítio do OSL pretende contar com um fórum. Esse campo, potencialmente, seria talvez a principal ferramenta de interatividade do projeto. Cogitada inicialmente para integrar o sítio do Observatório, a ferramenta ainda não foi implementada por razões diversas, como a indefinição sobre a sua gestão. Por meio desse fórum, seria possível promover a interação entre o sistema e o usuário, entre o usuário e o sistema e entre os usuários por meio do sistema, conforme aponta Simeão (2006a).

No aspecto da *hipertextualidade*, também é necessário fazer uma reflexão a partir do que oferece o Observatório. Certamente, em seu modelo atual, o sítio do projeto ainda não oferece uma interconexão de conteúdos tão múltiplos o quanto postula Simeão. Talvez com a evolução do projeto, essa hipertextualidade se faça presente, especialmente, a partir do campo “notícias”. Por ele, seria possível associar aos assuntos a serem noticiados uma gama de outras informações que enriqueçam a pesquisa do usuário, permitindo a ele uma leitura não-linear.

Sobre a *hipermídiação*, até o momento não faz parte das pretensões do OSL usar uma combinação de informações em suportes diversos. Nada impede, no entanto, que essa possibilidade possa vir a ser utilizada no futuro. Especialmente diante do fato de que tanto a Câmara dos Deputados quanto o Senado possuem em seus sítios de internet acessos à programação de suas emissoras de rádio e de TV. A Fiocruz também possui canal televisivo, que pode ser destacado no sítio do OSL. Os desdobramentos do projeto, sobretudo a partir dos retornos obtidos junto aos usuários, certamente indicarão a necessidade de hipermídiação bem como o formato que ela assumiria.

O PODER DE COMUNICAR

Araújo (2002) discorre sobre seu *modelo do Mercado Simbólico* afirmando que “a comunicação opera ao modo de um mercado, onde os sentidos sociais – bens simbólicos – são produzidos, circulam e são consumidos” (ARAÚJO, 2002, p. 288). Assim, indivíduos ou comunidades discursivas, denominados interlocutores, são os operadores deste mercado. E o lugar de interlocução confere ao interlocutor poder de barganha de acordo com sua localização entre o centro e a periferia discursivos. Os interlocutores das posições mais centrais desenvolvem estratégias de manutenção do poder, ao passo que aqueles de posições periféricas adotam estratégias de trânsito para atingir as áreas centrais desse mercado.

O fluxo dos interlocutores por essas posições se dá a partir de elementos simbólicos e materiais que Araújo (2002) chama de fatores de mediação. Considerando que tais elementos dão poder (ou instrumentos) aos interlocutores de mover-se por entre os

lugares de interlocução do mercado simbólico, é possível afirmar que o Observatório da Saúde no Legislativo é, também, um fator de mediação. Afinal, é uma ferramenta de informação e comunicação em saúde capaz de incentivar, a partir das informações que oferece, mobilizações por parte das mais diversas comunidades discursivas.

Para a pesquisa a que este artigo se refere foram realizadas entrevistas com os representantes do Conselho Regional de Saúde de Brasília e com o da Associação de Diabéticos de Brasília, que demonstraram ser a proposta do Observatório da Saúde no Legislativo uma ferramenta de informação e comunicação para a participação e o controle social bastante relevante para as atividades que ambas as instituições realizam.

O presidente da Associação dos Diabéticos de Brasília, Antônio do Rosário, afirmou que o projeto é importante não apenas para a Associação que preside, mas, sim, para a sociedade de uma maneira geral. De acordo com ele, iniciativas dessa natureza contribuem para que todas as pessoas tenham acesso a informações que, direta ou indiretamente, influenciam suas vidas.

Ficou evidente em sua entrevista que a iniciativa servirá para preencher uma lacuna importante para as pessoas e instituições que atuam na área da saúde, uma vez que uma ferramenta com esses propósitos e com os mecanismos criados ainda não havia sido desenvolvida.

A opinião do presidente do Conselho Regional de Saúde de Brasília, Evaldo Rui Rocha, também corrobora a ideia de que o Observatório da Saúde no Legislativo é uma ferramenta de informação e comunicação em saúde essencial para uma instância de participação social como o Conselho. De acordo com o presidente da entidade, a essência do projeto está diretamente relacionada ao papel dos conselhos de saúde, que têm funções variadas; funções essas que não abrangem apenas ações de fiscalização sobre a aplicação de recursos financeiros e acompanhamento da implementação de políticas públicas, mas, sobretudo, o estímulo ao debate sobre questões relevantes para a saúde pública.

Acompanhar a tramitação das proposições que versem sobre saúde no Congresso é, em sua opinião, algo que se coaduna com a ação de participação social a partir dos debates gerados. Ao informar-se sobre os projetos de lei em tramitação, o cidadão, seja ele integrante ou não do Conselho de Saúde, tem a possibilidade de averiguar se a proposta em questão atende às suas necessidades e também se está aliada aos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS).

De acordo com o presidente do Conselho Regional de Saúde de Brasília, o formato em que o Observatório da Saúde no Legislativo é concebido representa um avanço para as entidades que lidam com saúde pública, especialmente pelo fato de permitir o acompanhamento das proposições que tramitam no Congresso.

Neste ponto, os dois entrevistados revelaram opinião em comum, afirmando que acompanhar a tramitação dos projetos é de fundamental importância, pois, atualmente, ambos têm dificuldades de fazer tal acompanhamento (devido à falta de mecanismos

simples e acessíveis), mas ambos o consideram essencial às atividades das duas instituições. Isso porque, a partir desse acompanhamento, passam a ter a possibilidade de mobilizar-se e de estimular uma participação dos segmentos que representam.

CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

A revisão da literatura empreendida e a observação do cenário atual da saúde pública brasileira, assim como as entrevistas com os presidentes das duas instituições selecionadas pela pesquisa, evidenciam que o Observatório da Saúde no Legislativo surge em sintonia com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, especialmente no que se refere à possibilidade de permitir e estimular a participação da sociedade na definição de normas legais que repercutirão em seu cotidiano e em sua qualidade de vida.

O OSL alia, ao mesmo tempo, duas das principais características das discussões contemporâneas sobre participação e controle social em saúde pública. Primeiro porque possibilita acesso simplificado e imediato a informações que, embora cruciais à população, encontram-se extremamente restritas a círculos muito próximos àqueles que as produzem. Ressalte-se que tais informações não são negadas à população, mas, diante da complexidade dos processos legislativos, e das dificuldades dos atuais sistemas de acompanhamento de proposições hoje existentes na Câmara e no Senado, o acesso aos dados torna-se bastante difícil.

Em segundo lugar, o Observatório permite, a partir da informação que disponibiliza, uma tomada de decisão por parte da sociedade, seja por meio dos próprios indivíduos que a compõem, seja pelas instâncias de representação que existem. No caso específico da matéria-prima com que lida, ou seja, as proposições sobre saúde que tramitam no Congresso Nacional, o Observatório dá elementos aos seus usuários a ponto de fazê-los mobilizar-se e, sendo o caso, pressionar o parlamento para alterar ou mesmo rejeitar um projeto que considerem não condizente com os princípios do SUS. Igualmente, pode deixar claro aos usuários a ausência de proposições que versem sobre um tema de grande relevância para a saúde pública, estimulando, assim, a sociedade a exercer, também, o seu papel de legislador.

O Observatório da Saúde no Legislativo acompanha o pensamento de diversos autores segundo o qual o acesso à informação, sobretudo à informação de qualidade, é vital para o reforço da democracia nas sociedades modernas. É por meio do acesso à informação que uma sociedade descobre e reconhece sua realidade, apropriando-se dela e agindo para aprimorá-la.

O OSL é, também, ferramenta de informação e comunicação em saúde alinhada às atuais discussões sobre a importância dessas duas áreas para o avanço da sociedade na esfera da saúde pública. Em sua dimensão de coletar, classificar, analisar e difundir as proposições que versam sobre saúde no Congresso, as atividades do Observatório correspondem aos mais importantes processos destacados por autores contemporâneos da Ciência da Informação.

Também como ferramenta de comunicação, a relevância do Observatório há que ser destacada. No momento em que instâncias de representação da sociedade civil mobilizam-se no sentido de buscar novos modelos e mecanismos de interação com a população, o Observatório surge com a proposta de existir num dos meios de comunicação mais dinâmicos e em certa medida mais democráticos da atualidade: a internet. Além da relevância atual desse meio, destacada na pesquisa aqui citada, o Observatório propõe quebras importantes de processos de comunicação tradicionais no que se refere ao acompanhamento de projetos de lei.

Como já citado, os sistemas de acompanhamento de proposições legislativas, tanto da Câmara dos Deputados, quanto do Senado, foram e são marcados por processos complexos e, por vezes, incompreensíveis àqueles usuários que não possuem familiaridade com os termos e os procedimentos internos de cada uma dessas casas legislativas.

Em seu sítio de internet, o Observatório busca sanar algumas das necessidades de busca de informações mais claras sobre as proposições de saúde que tramitam no Congresso. Parte, de imediato, de uma interface visual mais leve, munida de opções de serviços que têm por objetivo traduzir ao usuário termos e procedimentos técnicos que muitas vezes os impossibilitam de produzirem buscas bem sucedidas. Em seu glossário, traduz os termos mais recorrentes dos processos legislativos. Seus serviços de busca oferecem opções variadas ao usuário, dando a ele, portanto, a possibilidade de, mesmo com poucos dados sobre determinado tema, conseguir recuperar proposições que versem sobre assuntos de saúde de seu interesse.

Outro avanço que permite é o de recuperar informações sobre um dado projeto mesmo quando este migra de uma casa legislativa à outra. É o que acontece (conforme mostrado na pesquisa) com as proposições que, ao encerrarem sua tramitação na casa iniciadora, seguem para a casa revisora. Pelos sistemas atuais da Câmara e do Senado, o usuário que utilizar o sítio de internet de uma dessas casas provavelmente não conseguirá ser bem sucedido nessa busca. Isso porque um projeto de lei recebe nome e número diferente ao migrar de uma casa à outra.

Mas é importante observar, por fim, que, embora revolucionário em diversos aspectos, o Observatório da Saúde no Legislativo nasce em meio a desafios inesgotáveis. O primeiro deles é o de manter-se atento ao fato de que disponibilizar informações jamais será unicamente suficiente para fazê-lo cumprir seu papel de ferramenta de informação e comunicação alinhada às perspectivas de participação social demandadas pelo SUS. Conforme já destacado, Arouca anunciava, quando da 8ª Conferência Nacional de Saúde, a necessidade de se aprender a falar com a sociedade, aprendendo sua língua:

“Cabe a nós, profissionais, técnicos, romper o muro e o fosso do setor saúde e abrir canais de comunicação com a sociedade brasileira, inclusive aprendendo a falar com ela. Temos de começar a transformar nossa linguagem e a mudar nosso ouvido, para que, quando uma associação de bairro ou um sindicato falarem, a gente entenda (...) (AROUCA, 1987 apud LIMA, 2007, p. 71).”

Há avanços a serem feitos, também, na questão da interatividade apontada por Simeão (2006). As possibilidades de interação previstas pela autora podem e devem vir a ser desenvolvidas pelo projeto. No entanto, é importante ressaltar que, mesmo o OSL não correspondendo a todos os valores da Comunicação Extensiva de Simeão, a sua relevância como ferramenta de Informação e Comunicação para a participação social no campo da saúde pública não é comprometida. Na verdade, essas ausências se colocam como outros desafios do projeto ao longo de seu aperfeiçoamento.

Será necessário, ainda, que o Observatório mantenha-se atento ao fato de que existir na rede mundial de computadores não lhe será de grande serventia caso não seja considerada a necessidade de importantes articulações a serem feitas para assegurar sua visibilidade. Para isso, o projeto deverá buscar criar e fortalecer, incessantemente, uma rede de parceiros que garantam tanto a divulgação de sua existência, quanto a dinamicidade de seus serviços, fazendo com que as pessoas visitem e naveguem pelo sítio de internet, bem como interajam com aqueles profissionais envolvidos no projeto.

Essa rede, a princípio, pode e deve ser iniciada a partir das instituições ligadas direta ou mesmo indiretamente à área da saúde. Os meios de comunicação relacionados a essas instituições (dos mais tradicionais aos mais inovadores) devem ser acionados, de modo a que sejam multiplicadores e difusores do projeto. Será necessário, também, buscar articulações com entidades representativas da sociedade, que igualmente deverão integrar a rede de parceiros do projeto, auxiliando sua consolidação e visibilidade.

Formas de interação, como fóruns de debates, são serviços a serem pensados por aqueles que desenvolvem o OSL. Por meio desse tipo de ferramenta, é possível colocar em discussão temas específicos a respeito de determinadas proposições que estejam em tramitação. A partir das discussões geradas, seria possível estimular a mobilização das pessoas e das entidades que as representam a ponto de intervirem sobre dada proposição. Devidamente mobilizadas, as pessoas poderão exercer seu poder de pressão, seja para aprovar, alterar ou até mesmo impedir a aprovação de um projeto de lei.

Outra observação relevante a ser feita é que o Observatório da Saúde no Legislativo, como projeto dinâmico que pretende ser, deve atentar para a necessidade de desenvolver processos contínuos de avaliação. A internet é um meio de comunicação marcado por inovações constantes, seja em relação à gama de serviços que oferece, seja em relação às formas de apropriação da informação que viabiliza.

Por isso, deve-se estar atento a tais movimentos e, sobretudo, buscar ouvir aqueles a quem o projeto se destina, ou seja, as entidades representativas da população (mais especificamente) e a sociedade (de forma geral). Os processos de avaliação a serem desenvolvidos devem possibilitar aos usuários selecionados para participarem deles expressar-se quanto:

- a) à eficácia dos serviços de busca;
- b) aos serviços oferecidos;
- c) à linguagem utilizada no sítio de internet;

- d) às classificações e categorias existentes;
- e) aos serviços que podem ou devem vir a ser ofertados;
- f) às possibilidades de interação etc.

Enfim, o Observatório da Saúde no Legislativo, projeto conduzido pela Fundação Oswaldo Cruz, pelo Senado e pela Câmara dos Deputados, surge como uma inovadora e necessária ferramenta de informação e comunicação em saúde, e cuja relevância, conforme demonstrado pela pesquisa realizada pelo autor, é de fato inquestionável para a participação social preconizada pelo Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Sonia. Observatório da cidadania: monitorando as políticas públicas em âmbito global. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 28, n. 2, maio/ago. 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19651999000200006&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 12 abr. 2009.

AITH, Fernando. *Plano executivo operacional: observatório permanente da saúde no legislativo*. Brasília: [s. n.], 2009.

ARAÚJO, Inesita S. *Mercado simbólico: interlocução, luta, poder – um modelo de comunicação para políticas públicas*. 2002. Tese (Doutorado em Comunicação e Cultura) – Escola de Comunicação da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2002.

_____; CARDOSO, Janine M. *Comunicação e Saúde*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BORGES, Beatriz. Internet como nova esfera pública e seu espaço na sociedade contemporânea. *UNIREVISTA*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, jul. 2006. Disponível em <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Pedrosa.PDF>. Acesso em: 14 abr. 2009.

BRANDÃO, Elizabeth. Conceito de Comunicação Pública. In: DUARTE, Jorge (Org.). *Comunicação pública: Estado, governo, mercado, sociedade e interesse público*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-33.

BRASIL. *12ª Conferência Nacional de Saúde: conferência Sergio Arouca – Saúde um direito de todos e um dever do Estado. A Saúde que temos, o SUS que queremos*. Relatório final. Brasília: Ministério da Saúde, 2005a.

_____. *Gestão da comunicação aplicada à vigilância em saúde: a percepção dos gestores*. Relatório de Pesquisa. Brasília: Ministério da Saúde, 2008a.

_____. Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso em: 13 jan. 2009.

_____. Ministério da Saúde. *Saúde Brasil 2007: uma análise da situação de saúde - perfil de mortalidade do brasileiro*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008b. Disponível em: <http://www.portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/coletiva_saude_061008.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2009.

_____. Senado Federal. Estudo nº 513, Referente à STC nº 2005-06607, da Consultoria Legislativa, para elaborar projeto de difusão de informações legislativas sobre matérias de saúde. Brasília: [s.n.], 2005b.

BULCÃO, Armando. *Gestão da comunicação aplicada à vigilância em saúde: a percepção dos gestores – Relatório de Pesquisa*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

BUCCI, Eugênio. A imprensa e o dever da liberdade: a responsabilidade social do jornalismo em nossos dias. In: CANELA, Guilherme (Org.). *Políticas públicas sociais e os desafios para o jornalismo*. São Paulo: Cortez, 2008. p. 46-62.

CASTRO, Maria Helena G. Políticas públicas: conceito e conexões com a realidade brasileira. In: CANELA, Guilherme (Org.). *Políticas públicas sociais e os desafios para o jornalismo*. São Paulo: Cortez, 2008.

CASTELLS, Manuel. Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Dênis (Org.). *Por uma outra comunicação – mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. São Paulo: Cortez, 2007.

DUARTE, Marcia Yukiko M. Comunicação e cidadania. In: DUARTE, Jorge (Org.). *Comunicação Pública: Estado, governo, mercado, sociedade e interesse público*. São Paulo: Atlas, 2007.

ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata Arruda de. As conferências nacionais de Saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia da Trindade et al. (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

_____; NASCIMENTO, Dilene Raimundo de; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade et al. (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

FREIRE, Gustavo Henrique de Araújo. *Construção participativa de instrumento de política pública para gestão e acesso à informação*. Belo Horizonte, v. 13, n. 3, dez. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-99362008000300013&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 abr. 2009.

GUIZARDI, Francini Lube. *Do controle social à gestão participativa: interrogações sobre a participação política no SUS*. *Revista Trabalho, Educação e Saúde*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 9-34, mar./jun. 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAGINO, C. H. M. S. Democracia e participação no espaço público: uma análise da teoria de Habermas sobre o Conselho Municipal de Política Urbana de Niterói e as Conferências das Cidades. In: ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONGRESSO NACIONAL, 17., 2008, Salvador. *Anais do Pré Conpedi*, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/cora_hisae_monteir_da_silva_hagino.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2009.

HERSCHMANN, M.; SANTOS, Suzy dos; ALBORNOZ, Luis. *Analisando o crescimento do número de observatórios de comunicação, cultura e informação no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=417>. Acesso em: 10 abr. 2009

KUCINSKI, Bernardo. Apresentação. In: DUARTE, Jorge (Org.). *Comunicação Pública: Estado, governo, mercado, sociedade e interesse público*. São Paulo: Atlas, 2007.

LABRA, Maria Eliana. Conselhos de Saúde: dilemas, avanços e desafios. In: LIMA, Nisia Trindade et al. (Org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LÉVY, Pierre. *Pela ciberdemocracia*. In: MORAES, Dênis (Org.). *Por uma outra comunicação – mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

LIMA, Clóvis Ricardo Monteiro de. *Conselhos de saúde – informação, poder e política social*. Rio de Janeiro: E-papers, 2007.

MARQUES, Tiago M.; NORONHA, Grazielle. Redes e hipermídia. In: MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira (Org.). *Informação e tecnologia: conceitos e recortes*. Brasília: Editora do Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2005. (Série Comunicação da Informação Digital, v. 1)

MARTÍN-BARBERO, Jesús. Globalização comunicacional e transformação cultural. In: MORAES, Dênis (Org.). *Por uma outra comunicação – mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

MASUDA, Yoneji. *Sociedade da informação: como sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

MENDONÇA, Valéria. *Informação e comunicação para inclusão digital – análise do programa GESAC: governo eletrônico serviço de atendimento ao cidadão*. Brasília: Editora do Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2008.

MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira. Estrutura da informação e modelo extensivo: uma abordagem para a Ciência da Informação. In: MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira (Org.). *Informação e tecnologia: conceitos e recortes*. Brasília: Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2005. (Série Comunicação da Informação Digital, v. 1)

MORAES, Dênis (org.). *Por uma outra comunicação – mídia, mundialização cultural e poder*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

NICOLA, Ricardo. *Cibersociedade: quem é você no mundo on-line*. São Paulo: Senac, 2004.

OMS – Organização Mundial de Saúde. *Prevenção de doenças crônicas um investimento vital*. Disponível em: <http://www.who.int/chp/chronic_disease_report/contents/en/index.html>. Acesso em: 12 jan. 2009.

PITTA, Áurea; MAGAJEWSKI, Flávio. Políticas nacionais de comunicação em tempos de convergência tecnológica: uma aproximação ao caso da saúde. *Interface – Comunicação, Saúde, Educação*, São Paulo, v. 4, n. 7, p. 61-70, ago. 2000.

POLISTCHUCK, Ilana; TRINTA, Aluizio R. *Teorias da comunicação: o pensamento e a prática da comunicação social*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

RIBEIRO, Patrícia; SOPHIA, Daniela Carvalho; GRIGORIO, Deise de Araújo. *Gestão governamental e sociedade: informação, tecnologia e produção científica*. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 623-631, maio/jun. 2007.

SILVA, Alessandra Ximenes da; CRUZ, Eliane Aparecida; MELO, Verbena. *A importância estratégica da informação em saúde para o exercício do controle social*. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 683-688, maio/jun. 2007.

SILVA, Marco. *O que é interatividade?* *Boletim Técnico do Senac*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, maio/ago. 1988.

SILVESTRE, Rosana. *Observatório da Saúde: relato de uma experiência: projeto de desenvolvimento de sistemas e serviços de saúde*. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2002.

SIMEÃO, Elmira. *Comunicação extensiva e informação em rede*. Brasília: Editora do Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2006a.

_____. *Informação e amarras simbólicas: tendência da cidadania na sociedade tecno-globalizada*. In: MIRANDA, Antonio; SIMEÃO, Elmira (Org.). *Alfabetização digital e acesso ao conhecimento*. Brasília: Editora do Departamento de Ciência da Informação e Documentação, 2006b. (Série Comunicação da Informação Digital, v. 4)

STUDART, Adriana. *Cidadania ativa e liberdade de informação*. In: DUARTE, Jorge (Org.). *Comunicação Pública: Estado, governo, mercado, sociedade e interesse público*. São Paulo: Atlas, 2007.

THOMPSON, John B. *Mídia e modernidade: uma teoria social da mídia*. Petrópolis: Vozes, 1998.

VASCONCELOS, Wagner. *Observatório da saúde no legislativo: informação e comunicação a serviço da participação social em saúde*. 2009. Dissertação (Mestrado em Ciência da Informação) – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação da Universidade de Brasília, 2009.

DIREITO SANITÁRIO: OPORTUNA ARTICULAÇÃO EM REDE, AMPLIANDO O DEBATE SOBRE SAÚDE E CIDADANIA E A DEFESA DO SUS

Neilton Araújo de Oliveira

UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO NECESSÁRIA

Nestas três últimas décadas de reconstrução de sua democracia e já com pouco mais de 20 anos de implantação e construção do seu do Sistema Único de Saúde (SUS), o Brasil tem vivenciado um crescente processo de desenvolvimento e, consolidada sua democracia – fruto de um intenso processo de participação social –, busca constituir-se como Estado de direito, enquanto tenta concretizar na prática a efetivação de diversos direitos sociais, entre eles o da saúde, duramente consagrados no texto constitucional.

Historicamente, é com o florescimento do Estado Social, no século XX, que o não-intervencionismo cede espaço ao Estado prestacional, repartidor e distribuidor de riquezas, cujo compromisso de garantir uma vida digna estaria relacionado à outorga de prestações positivas e não ao culto de uma omissão ou abstenção. “Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o super-poder do Estado e, portanto, com o objetivo de limitar o poder, os direitos sociais exigem, para sua realização concreta, ou seja, a passagem da declaração puramente verbal para sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado” (BOBBIO, 1992, p. 72).

No Brasil, é com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se estabelece o Estado Social, dirigido à concretização da justiça social, e que estabelece como princípio fundamental a necessidade de proteger o cidadão e assegurar direitos sociais, por meio de serviços públicos prestados pelo Estado.

O reconhecimento da saúde como “direito de todos e dever do Estado”, coerente com o valor da dignidade humana, o princípio fundamental e núcleo básico do sistema constitucional instaurado pela CF/88, tornou-se um marco importante. A partir desse reconhecimento, foi formalmente desenhada a nova lógica da política pública de saúde no Brasil, diferentemente dos documentos anteriores que reduziam a extensão do direito à saúde somente à assistência médica, e garantida apenas para uma minoria.

Assim, o novo conceito de saúde firmado pela CF/88 é amplo e abrangente: “a saúde é assegurada mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos”. Ademais, aparece aí incluído o direito “ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL, 1988). As políticas públicas de saúde passaram, então, a ser orientadas pelos princípios de *universalidade* e *equidade* no acesso às ações e serviços e pelas diretrizes de *descentralização* da gestão, de *integralidade* do atendimento e de *participação e controle da sociedade*, na organização de um Sistema Único de Saúde (SUS) no território nacional.

Surgiu, assim, a possibilidade de construção de um sistema público e igualitário de atenção à saúde. No entanto era preciso questionar quem pagaria a conta desse sistema único, universal e irrestrito. Apesar da normatização constitucional e infraconstitucional, a baixa intervenção financeira do Estado na saúde e a má alocação de recursos fazem com que o direito à saúde enfrente muitas dificuldades para a sua concretização.

Além do mais, e sobretudo, é preciso pensar a saúde numa visão coletiva, integral, com ações assistenciais resolutivas e com ênfase na promoção e proteção da saúde, no conhecimento, prevenção e controle de riscos, agravos e doenças, numa ação articulada, em equipe e trabalho interdisciplinar, e intersetorial.

Nesse sentido, o SUS, como política do Estado brasileiro pela melhoria da qualidade de vida e pela afirmação do direito à vida e à saúde, além de dialogar com as reflexões e os movimentos, necessita da ação combinada dos diferentes poderes do estado e dos mais diversos setores da sociedade para que se amplie e se efetive, sintonizado com os princípios e diretrizes constitucionais instituídos pela CF/88.

Por outro lado, no estado de direito e democrático, quando se fala em regulação e atendimento de direitos, seria até salutar defender a autorregulação, seja no campo da alocação de recursos necessários e suficientes no setor saúde, para o fornecimento ou introdução de novos procedimentos e/ou medicamentos, seja no campo das justificativas legais (muitas vezes negativas dessa alocação), ou mesmo na propaganda desses procedimentos e/ou fármacos, porém, no contexto atual, a autorregulação é ainda muito tímida e ineficaz, demandando, portanto, monitoramento, controle e vigilância cotidiana por parte dos órgãos públicos responsáveis por essas tarefas, e da sociedade, sobretudo contra a propaganda abusiva ou enganosa (Cf. OLIVEIRA, 2008), que induz medidas desnecessárias ou acomodação perante necessidades e direitos.

Nos últimos anos, a busca da concretização do direito à saúde tem batido à porta do sistema de justiça, que, se por um lado tem de cumprir o seu papel, por outro, foi assegurado ao cidadão o direito constitucional a uma resposta. Para isso, a CF/88, dotou a sociedade de novos institutos garantidores de direitos individuais e coletivos, diante do Estado e do mercado: a “ação popular”, a “ação civil pública” e o “mandado de injunção” são meios de defesa e de satisfação de direitos. Têm-se, de um lado, um indivíduo ou grupo de indivíduos que exige do Estado uma determinada conduta, seja um agir ou uma abstenção, e, do outro, o Estado que tem o dever de promover esta tutela.

O Direito Sanitário, então, é este novo campo jurídico do direito que estuda e trata dos temas da saúde, numa sociedade democrática, muito mais amplo do que o entendimento que se tem sobre esse novo fenômeno que ficou conhecido como *judicialização da saúde*, embora esta ainda seja a percepção majoritária inicial que uma grande parte da sociedade tem sobre o que seria o Direito Sanitário.

Neste exato momento, milhares de ações tramitam em todo o país objetivando o fornecimento, por parte do Estado, de algum medicamento ou tratamento médico. Em resposta às demandas da sociedade, o Poder Judiciário vem proferindo inúmeras

sentenças positivas, que muitas vezes comprometem o já insuficiente orçamento público do setor, e atuação dos gestores da saúde. Por outro lado, alguns magistrados e teóricos entendem que há um limite fático à exigibilidade judicial dos direitos sociais – que é a sua dependência da capacidade econômica do Estado ou, em outras palavras, de cobertura financeira e orçamentária – e que não pode ser ignorado pelas decisões judiciais. Este limite fático vem sendo nomeado como “reserva do possível”, que seria “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” (ALEXY, 2001).

Esse princípio foi implementado pelos intérpretes brasileiros, a partir da jurisprudência constitucional alemã e que entende a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos, pelo Estado, sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. De acordo com a teoria alemã, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos caberia aos órgãos governamentais, nos limites de sua discricionariedade, e dos parlamentos, por meio da composição dos orçamentos públicos.

Entretanto, conforme afirma Santos (2009), o cidadão tem o direito de obter do serviço público de saúde, após o diagnóstico, a atenção terapêutica individualizada, de acordo com as suas necessidades; para cada caso, segundo as suas exigências, e em todos os níveis de complexidade dos serviços. Esse direito deve, contudo, pautar-se por alguns pré-requisitos, entre eles o de o cidadão livremente ter decidido pelo sistema público de saúde e acatar os seus regramentos técnicos e administrativos.

Observa-se, portanto, que o tema requer grande atenção nas formulações das políticas públicas de saúde e que as dificuldades enfrentadas pela escassez de recursos, e pela má locação, vêm gerando um movimento da sociedade na busca pela efetivação de seus direitos. Disso decorre o desencadeamento de uma série de respostas e debates por parte do Poder Judiciário, que geram obrigações aos gestores, comprometendo, nas mais das vezes, a questão orçamentária.

Todavia, é importante compreender não apenas o direito à saúde derivado, que se concretiza com a execução das políticas públicas, como também o direito à saúde originário, que mostra força em si mesmo, a partir do texto constitucional, de gerar demandas e efetivar direitos. O debate e o diálogo entre os campos do conhecimento, jurídico e saúde pública, são fundamentais no momento em que um interfere no outro. Além de atual, o problema demanda reflexão e mobilização.

Mais recentemente, a iniciativa e articulação do Ministério da Saúde com a Ampasa, CNPG e alguns MP estaduais, em 2005 e 2006, em torno do tema Direito Sanitário foi muito importante, tanto para dar mais visibilidade ao assunto e aos seus desafios, quanto para conferir mais amplitude conceitual ao Direito Sanitário, para além da “Judicialização da Saúde”, especialmente no campo doutrinário e de mobilização política.

Mesmo com a temporária desmobilização em 2007, por parte do MS – que diminuiu o grau de articulação dessa temática, e até abandonou alguns “convênios” com MP estaduais, além de, também, ter provocado certa paralisação no desenvolvimento da página “Comunidade Virtual do Direito Sanitário” na Bireme/BVS/OPS –, não se

esvaziou a maior discussão e aproximação de diversas instituições, setores e pessoas, previamente envolvidos numa proposta de cooperação e articulação, com mais pessoas e outras instituições que demonstravam interesse no Direito Sanitário e no seu desenvolvimento.

Como consequência, a partir da retomada das discussões conjuntas, inicialmente entre Anvisa, Ampasa, Idisa e Cebes, um novo formato de articulação foi sendo elaborado e acabou tomando a forma de uma *Rede DS* (REDE DIREITO SANITÁRIO: Saúde e Cidadania), logo agregando inúmeras pessoas de diversas instituições, entidades e setores, governamentais e não governamentais, tanto da área da saúde quanto do direito, bem como de representação de diferentes organizações da sociedade. Uma REDE DS cuja expressão teria diversos componentes e pelo menos duas dimensões fundamentais: a primeira, de configuração real, concreta e plural, de debate e formulação do Direito Sanitário e de formação e articulação política e social em torno do Direito Sanitário e, especialmente, em torno da luta em defesa do SUS, e de seu fortalecimento, como expressão legítima desse direito; e a segunda, de divulgação, comunicação e difusão do Direito Sanitário, também plural e participativa.

O DIREITO À SAÚDE E O PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DO SUS

As mudanças econômicas, políticas, sociais e culturais que ocorreram no mundo desde o século XIX e intensificaram-se no século passado produziram alterações significativas para a vida em sociedade. Ao mesmo tempo, tem-se a criação de tecnologias cada vez mais precisas e sofisticadas em todas as atividades humanas e o aumento dos desafios e dos impasses colocados ao viver. O desenvolvimento acelerado das tecnologias biomédicas e da qualidade dos medicamentos produziu intervenções com grande eficiência e eficácia para retirar os sujeitos de situações graves de adoecimento e reduzir-lhes o sofrimento. Porém, as estratégias vinculadas ao tratamento especializado visando à cura implicam um custo significativamente alto, tanto em termos financeiros quanto de recursos humanos, e várias vezes não são suficientes para impedir a existência de sequelas e incapacidades.

A realização da 8ª Conferência Nacional de Saúde em 1986 pode ser considerada o marco de síntese do processo de luta pela efetivação da saúde como Direito, configurado posteriormente na construção do SUS. Como antecedentes, diversos episódios e acontecimentos podem ser destacados, entre os quais a “Conferência de Alma-Ata”, em 1978 e a expressão crescente do que ficou conhecido como Movimento da Reforma Sanitária (MRS), envolvendo e mobilizando sujeitos de diversos espaços sociais e políticos, incluindo desde a academia até os movimentos populares.

Cuidar da vida e defender a Saúde como Direito, de modo que se reduza o adoecimento como produtor de incapacidade, de sofrimento crônico e de morte prematura e que propicie saúde aos indivíduos e à população, tornou-se muito importante. Essa atenção para com o viver e a análise do processo saúde-adoecimento evidenciou a saúde como resultado dos modos de organização da produção, do trabalho e da sociedade em determinado contexto histórico. À medida que se compreende o processo saúde-

-adoecimento como determinado pela existência e condições de trabalho, qualidade de moradia, de alimentação e do meio ambiente, possibilidades de lazer, graus de autonomia, exercício da cidadania, enfim, por uma série de construções sociais, históricas, culturais e econômicas, cria-se um outro jeito de pensar as ações no setor sanitário (Cf. BARRETO, 2004).

Por seu lado, e fruto de gigantesca mobilização social e política, a Constituição Brasileira (BRASIL, 1988), que consagrou os princípios norteadores do Sistema Nacional de Saúde: Universalidade, Integralidade, Equidade e Controle Social, formulou um novo conceito de saúde, assim expresso em seu artigo 196: “A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Regulamentando a CF/88, uma das Leis Orgânicas da Saúde, a Lei 8.080/1990 (BRASIL, 1990), afirma em seu artigo 3º: “A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, renda, educação, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país”. E, nesse mesmo sentido, o parágrafo único, ainda desse artigo, acrescenta: “Dizem respeito, também à saúde, as ações que por força do disposto no artigo anterior se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem estar físico, mental e social”. Assim, múltiplos fatores influenciam e interferem na saúde e, por conseguinte, no SUS.

Acresce-se, ainda, além da segunda Lei Orgânica da Saúde, a Lei 8.142/90, uma extensa normatização complementar, representada por diversos decretos, algumas NOB – Normas Operacionais Básicas (das quais se destacam a NOB SUS 01/93 e a NOB SUS 01/96), além de uma infinidade de portarias e que tem sido considerada, por alguns, uma normatização excessiva (MS-SaúdeLegis, 2006).

Portanto, do ponto de vista jurídico legal, a saúde como Direito e o SUS, como expressão do atendimento desse Direito, têm avançado muito e até se poderia considerar como consolidados. Do ponto de vista prático, entretanto, o seu processo de construção tem enfrentado muitas dificuldades e transcorrido em condições muito adversas, quer seja no campo político-ideológico, quer seja no campo econômico-estrutural, com enormes dificuldades de acesso, de recursos humanos e de estruturação da rede, ainda com baixas coberturas e pouca resolutividade. Nem por isso não pode ser considerado um projeto crescentemente vitorioso, na medida em que tem alcançado progressivos resultados, seja nos indicadores de processos, seja nos indicadores de assistência e de proteção e promoção da saúde.

O reconhecimento da determinação social da saúde e das doenças, e de sua relação multifatorial, abre caminhos para se trabalhar com um modelo de saúde em que a qualidade de vida possa ser o principal objetivo das ações de governo e as ações de atenção integral à saúde possam ter destaque na perspectiva de melhorar a qualidade

de vida da população. Com a dificuldade histórica de se trabalhar intersetorialmente as políticas públicas, nas diversas áreas do conhecimento, e com a indução neoliberal de simplificação do Estado, evidencia-se a complexidade que é a construção do Sistema de Saúde, sintonizado com a dimensão saúde e qualidade de vida (Cf. OPAS, 2006; BARRETO, 2004).

Paralelamente ao movimento brasileiro pela construção do SUS, como sistema inclusivo, universal e equânime, outros movimentos vêm influenciando esse processo que, em muitos casos, mais do que promover uma mudança de paradigmas, tem também gerado uma enorme tensão paradigmática em torno do modelo de atenção à saúde. Da mesma forma, em torno das mudanças na formação de pessoal, quer seja para a saúde, em especial a formação médica, quer seja para a área do direito.

A promoção da saúde no Brasil, enquanto proposta política (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005), ainda um processo lento, mas crescente, vem sendo desenvolvida pautando-se na defesa dos princípios do SUS, integrando-se na luta para a construção de um modelo de atenção à saúde: público, universal, integral, equitativo e de qualidade. Um modelo de atenção à saúde que produza profissionais de saúde e usuários como sujeitos autônomos e solidários e que aprofunde a gestão democrática dos serviços de saúde e a clínica ampliada, humanizada, resolutiva e eficaz. Uma Política Nacional de Saúde deve se preocupar em melhorar a qualidade de vida dos sujeitos e coletivos e a construção partilhada de conhecimento (Idem).

Por outro lado, a discussão, a partir de 2005, do “Pacto pela Saúde” representa a mais ampla reforma que já ocorreu no SUS e que foi democraticamente articulada, com pactuação e aprovação na CIT – Comissão Intergestores Tripartite e no CNS – Conselho Nacional de Saúde em 2006 (CNS, 2006). Expressa em três componentes: *Pacto pela Vida*, *Pacto em Defesa do SUS* e *Pacto de Gestão*, a Gestão do Trabalho e a Educação na Saúde foram colocadas com uma das novas e principais diretrizes nesse contexto.

Além disso, a Política de Regulação e Controle Sanitário, por parte do Estado Brasileiro, via ANVISA e Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), foi colocada como diretriz prioritária no Pacto de Gestão, ao lado de outras diretrizes importantes, a exemplo da Descentralização e de um novo Modelo de Regionalização, cooperativa e solidária, tudo isso subentendendo uma forte e efetiva Participação e Controle Social, reafirmados como condições essenciais de avanço na concretização do Direito à Saúde consolidação do SUS (CNS, 2006).

Numa abordagem pautada à luz dos pactos e avanços atuais de gestão, de acordo com Oliveira (2007), o SUS, também e ainda, enfrenta desafios que podem ser sintetizados em três eixos, mostrados na tabela a seguir.

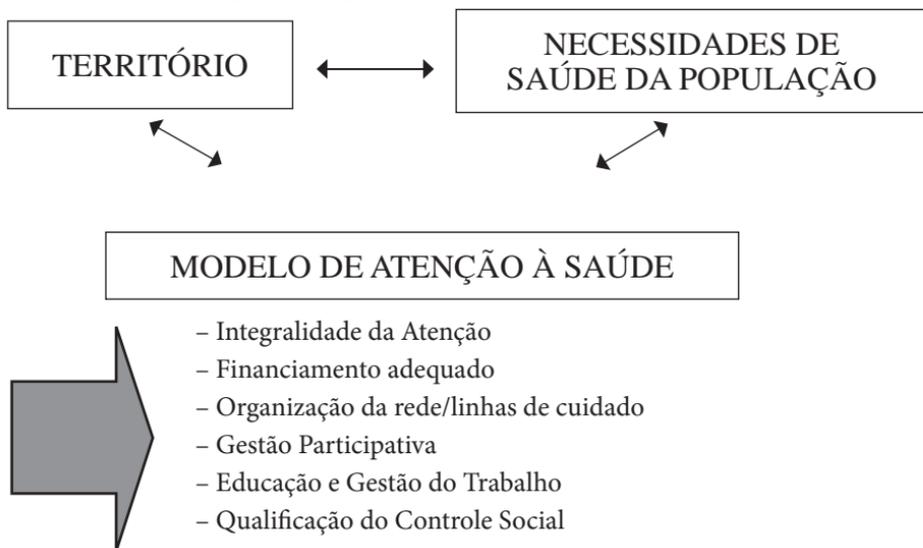
E cada uma dessas dimensões engloba um conjunto de diretrizes e linhas de ação, compondo um arco amplo de reflexão, mas, considerando o atual estágio de construção e desenvolvimento do SUS, suas prioridades e dificuldades, parece que o mais importante para sua consolidação como política pública inclusiva e resolutiva

Quadro I – Abordagem esquemática do SUS à luz do Pacto de Gestão – Brasil

Eixo I	Eixo II	Eixo III
Integralidade da Atenção à Saúde	Gestão do Cuidado à Saúde	Condução do Sistema de Saúde
– Território/Regionalização – Reorganização da Rede de Atenção – Ações de Proteção, Promoção e Recuperação da Saúde	– Humanização e Resolutividade – Educação e Gestão do Trabalho – Rede de cuidados e Intersetorialidade	– Financiamento – Os Pactos – Gestão Participativa – Controle Social

seja a compreensão uniformizada do modelo de atenção, que pode ser sintetizada no seguinte esquema:

Esquema simplificado da funcionalidade do SUS



Então, na base do processo de criação do SUS, e de sua implementação, encontram-se o conceito ampliado de saúde, a necessidade de criar políticas públicas para promovê-la, o imperativo da participação social para a construção diária da saúde e a impossibilidade de o setor sanitário sozinho responder às necessidades para a existência de uma população saudável. Como dizia Capistrano Filho (1995), “[...] travamos uma guerra, em defesa da saúde e da vida, contra o rastro de sofrimento e de morte com o qual o capitalismo brasileiro marca a existência de milhões de pessoas”.

Assim, a missão do SUS pode ser resumida como a garantia, aos cidadãos, do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, protegendo, promovendo e recuperando a saúde, em que o Estado federal deixou de ser um executor de ações de

saúde para se transformar em gestor de políticas, em parceria com os demais entes federados. Nesse sentido, o SUS, como política do Estado Brasileiro, pela melhoria da qualidade de vida e pela afirmação do direito à vida e à saúde, dialoga com as diferentes reflexões e os mais variados tipos de movimentos.

Contudo, de todos os desafios, parece ser a garantia de um financiamento adequado às necessidades de saúde da população e de forma a garantir acesso e resolutividade da atenção o de maior repercussão e, ao mesmo tempo, o de maior consecução, haja vista a luta árdua pela regulamentação e cumprimento da Emenda Constitucional 29.

Ressalta-se, ainda, que a luta pela construção do SUS está associada ao enfrentamento das profundas transformações históricas e sociais que a sociedade brasileira vem atravessando, ao longo das últimas décadas, que não só têm levado a mudanças consideráveis no quadro epidemiológico, mas também na distribuição social dos problemas de saúde, e cuja gravidade, por sua vez, distribui-se desigualmente num contexto de fortes desigualdades e iniquidades regionais, urbanas e rurais.

Diante disso é preciso pensar a saúde numa visão coletiva, para além da dimensão individual, porém não aquela como concorrente ou substitutiva desta, ou seja, ênfase na promoção e proteção da saúde e na prevenção de doenças, numa atenção integral e, por conseguinte, com ações intersetoriais, e em equipe e trabalho interdisciplinar, alinhadas ao exercício de cidadania, prática ainda em construção na sociedade, de modo particular nos Conselhos e Conferências de saúde.

DIREITO SANITÁRIO: PARA ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, UM CAMPO NOVO DE CONHECIMENTO, UMA NOVA ARTICULAÇÃO POLÍTICA E PLURAL PELA CIDADANIA

A primeira ideia que vem à mente sobre a expressão *direito sanitário*, para um grande número de pessoas, é a do estudo e desenvolvimento de um novo ramo do direito, que, com a crescente *judicialização da saúde*, passa a ter uma maior visibilidade. Por isso mesmo, existe o risco de alguns enxergarem o “direito sanitário” muito imbricado ou mais visto como a “judicialização da saúde”, o que em parte seria natural, porém não adequado, já que o sentido usual com o qual o Direito Sanitário precisa ser trabalhado deve ser numa concepção e compreensão muito mais amplas.

A sentença, bastante conhecida de muitos, “*saúde é direito de todos e dever do Estado...*” tem sido muito repetida por diversos e diferentes sujeitos institucionais e sociais, nas mais diferentes circunstâncias. Entretanto, é bastante frequente o desconhecimento do seu, por sinal um complemento importante e fundamental: “... *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*”, conforme explicita o art. 196 da CF (1988). Se, por um lado, a busca da universalidade, da integralidade e da abrangência da saúde como qualidade de vida representa um grande desafio, a defesa da saúde enquanto um “direito de cidadania” tem constituído uma enorme dificuldade e, conseqüentemente, nossa maior urgência.

Sintonizado com esse desafio e alargando sua compreensão, gradativamente, a população vem ampliando sua disposição de lutar pela saúde como um *direito* e tem buscado, inclusive, meios judiciais para sua concretização, conferindo assim um sentido eminentemente político ao termo *judicialização da saúde*. Como decorrência, o termo Direito Sanitário (DS) vem sendo mais e mais utilizado, nesse contexto e dimensão política, bastante ampliado para além da *judicialização da saúde*, o que certamente configura um relativo acerto, já que o termo *direito sanitário* vai sendo mais identificado com a busca (em todos os campos) da efetivação do direito à saúde do que somente medidas judiciais (também possíveis, e muitas das vezes ainda necessárias, e quase como única solução) para o atendimento desse direito.

Algumas instituições, e mesmo universidades, vêm trabalhando o tema Direito Sanitário, como campo de excelência em pesquisa, na realização de seminários e cursos de especialização, ora com enfoque maior na dimensão sanitária, ora com ênfase na dimensão jurídica e/ou política, de modo que, em todos os casos, isso vem constituindo significativa contribuição para a formulação e compreensão do Direito Sanitário como esse novo e importante campo de conhecimento.

É, portanto, nesse contexto que se insere o esforço de múltiplos sujeitos individuais e institucionais, atores estratégicos no campo sanitário, jurídico e educacional, para construir um movimento amplo, plural e em *REDE*, para dinamizar e politizar o tema “Direito Sanitário”, numa efetiva mobilização em defesa da saúde como direito de cidadania, e do SUS como expressão do atendimento desse direito, e num amplo e instigante debate. Nesse processo participativo, essa discussão e já uma relativa boa movimentação em torno da construção da “Rede Direito Sanitário: Saúde e Cidadania (Rede DS)” estão promovendo maior divulgação do tema e, também, maior motivação de mais pessoas e instituições, o que pode fortalecer a luta pela efetivação e desenvolvimento do SUS e do atendimento integral do Direito à Saúde, conforme previstos nos preceitos constitucionais.

Não podemos abrir mão do canal judicial para buscar e exigir o atendimento do direito à saúde, nem de qualquer outro direito de cidadania, mas devemos cuidar para evitar o risco de judicializar tudo, recordando que a justiça, também um direito de todos, lamentavelmente e ainda, também não está ao alcance de todos. Então, precisamos articular muito mais forças para fazer acontecer, na prática regular, a saúde de qualidade e resolutiva como uma política pública de fácil e universal acesso. Mesmo isso estando ainda distante, os avanços, embora ainda pontuais e mesmo temporários, mas progressivamente potentes e mais visíveis, colocam para essa mobilização em REDE DS o grande desafio de ser cada vez mais esse espaço plural de participação, de apoio e de defesa do SUS.

Naturalmente, um movimento plural e dinâmico comporta inúmeros focos e dimensões de debate, de estudos e de proposições, contudo – sem prejuízo da discussão sobre qualquer assunto relativo ao DS (inclusive a *judicialização*) –, cinco temas estão colocados como centrais e prioritários nessa articulação, e na consolidação de REDE DS:

1 – Defesa do Direito à Saúde;

- 2 – Fortalecimento do SUS;
- 3 – Cidadania;
- 4 – Produção e Difusão de Conhecimentos em DS;
- 5 – Mobilização Política e Social.

O DIREITO SANITÁRIO E A AUDIÊNCIA PÚBLICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) SOBRE A SAÚDE

O SUS e a luta pela sua construção representam uma das mais importantes, volumosas e efetivas manifestações da participação social e política, na consolidação de um direito e na constituição de uma Política Pública.

Na abertura da Audiência Pública do STF sobre a Saúde, em 27 de abril de 2010, vislumbrava-se a possibilidade de um importante, oportuno e estratégico debate em torno da defesa do Direito à Saúde e das dificuldades para sua efetivação. Uns em posição mais de cobrança e reivindicação, contudo todos numa grande e promissora expectativa.

Na medida em que se compreende a saúde em sua plenitude, como determinada por uma série de construções sociais, históricas, culturais e políticas, além de econômicas, cria-se um outro jeito de pensar as ações no setor sanitário (BARRETO, 2004) e, conseqüentemente, o processo de organização do seu sistema de atenção. Na busca da consolidação do Sistema Único de Saúde e do estabelecimento da saúde como direito, como se sabe, coloca-se a necessidade de criar e articular diferentes políticas públicas, subjugada ao desafio permanente de alcançar um financiamento adequado e o imperativo da participação social (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990a; BRASIL, 1990b) para essa construção diária. Todavia, conclui-se pela impossibilidade de o setor sanitário sozinho responder às necessidades para a existência de uma população saudável.

Então, é nesse contexto que se realiza a audiência pública da saúde, proposta e conduzida pelo STF, inicialmente prevista para apenas dois dias, porém, fruto de reivindicação e mobilização desencadeadas pelo movimento da REDE DS, acabou sendo promovida em seis blocos, respectivamente nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2010, transformando-se numa ampla discussão que, naturalmente, questionaria o papel do Executivo nas três esferas de governo, mas igualmente ressaltaria a responsabilidade também do Legislativo e do próprio Judiciário, na busca da concreta efetivação do SUS, tal como inscrito na CF/88: universal, integral, equânime e descentralizado, com municipalização e regionalização hierarquizada (SANTOS, 2009). À gestão do SUS, maior responsável e alvo principal dessa discussão, não se poderia (e nem se pode) jamais imputar toda a responsabilidade pelo (des)atendimento do direito à saúde.

Os primeiros movimentos e intervenções apontaram concretamente para essa expectativa positiva quanto ao papel e resultados da audiência. De fato, o nível dos debates e a profundidade das intervenções surpreenderam e, para muitos, ficou a impressão

de que os atores da cena jurídica se apropriaram do arcabouço conceitual dos sanitaristas, transformando-se em aliados e, mais do que isso, em ferrenhos defensores da implementação do SUS constitucional.

Isso naturalmente deve e precisa ser, sem dúvida, o desafio comum colocado para todos na conclusão e em consequência desta audiência pública do STF sobre a saúde.

A ampliação da consciência SUS significa efetiva possibilidade de universalização do debate em torno do Direito Sanitário, numa concepção de cidadania, do coletivo e do individual, mas nunca só de consumidor! Parece, por outro lado (o que é muito bom), que a Suprema Corte do país, ao programar esta audiência da saúde, subestimou a potencialidade de mobilização em torno do SUS e da Saúde e, até, que não sabia com o que estava lidando quando fez a convocação inicial somente para dois dias. Agora, as ideias então colocadas e ali discutidas não mais poderão ser ignoradas pela Corte, nem por ninguém, se a perspectiva de mobilização pós-audiência se concretizar.

REDE DIREITO SANITÁRIO: SAÚDE E CIDADANIA (REDE DS) – PEQUENA SÍNTESE HISTÓRICA, PRIMEIROS RESULTADOS E PERSPECTIVAS

O nascimento da REDE DS

Nas primeiras reuniões de instituições e pessoas, entre maio e junho de 2008, o propósito era resgatar o movimento que havia sido abandonado pelo MS em meados de 2007, depois de certa articulação entre MS e Ampasa – Associação do Ministério Público em defesa da Saúde, por volta de 2005 e 2006, com a promoção de vários seminários, encontros e que culminou com a celebração de convênios entre o MS e MP, de seis estados da federação, com o foco prioritário de formação/capacitação do MP e mobilização de outros sujeitos institucionais, além da criação na BVS de um site “Comunidade Virtual em Direito Sanitário”.

Assim, desta feita retomada pela ANVISA e Ampasa, a discussão sobre o movimento articulado em rede recuperou contatos com antigos interessados, estabeleceu novos contatos e, em cerca de meia dúzia de reuniões organizadas com esta finalidade, surgiram os primeiros pressupostos e diretrizes do que viria a ser a “REDE DIREITO SANITÁRIO: Saúde e Cidadania (REDE DS)”, dispondo-se a dinamizar a discussão e mobilização em torno do Direito Sanitário, inclusive retomando a estratégia da Comunidade Virtual em DS, via internet junto à BVS/Bireme, e ampliando a busca de novos interessados no tema.

Na reunião de 27/11/08, consolidava-se a proposta da REDE DS, que foi convalidada na reunião de 10/12/08, dentro do “1º Encontro Nacional do Controle em Defesa do SUS”, nos dias 9 a 11 de dezembro, em Brasília, organizado pela Ampasa, Unasus, Procuradoria Federal de Defesa dos Cidadãos e Conselho Nacional de Saúde. A proposta de REDE DS estabelecia:

a) Abrangência do grupo e âmbito de atuação

Articulação Interinstitucional no campo do direito social à saúde, em rede, voltada para o desenvolvimento do direito sanitário como instrumento de democratização do Estado e de fortalecimento da cidadania, com atuação estratégica nos campos doutrinário, jurisprudencial, legislativo e político-social.

b) Objetivo

Defesa do SUS como Política de Saúde de inclusão social, mediante atuação em rede, capaz de fomentar a consciência política e contribuir para a mobilização da sociedade civil, impelindo o Estado a efetivar, em todo o seu alcance normativo e social, o Direito à Saúde consagrado no pacto social expresso na Constituição Federal.

c) Entidades inicialmente envolvidas

Esta ação integrada pelo fortalecimento e difusão do direito sanitário é iniciativa de entidades que militam no movimento da reforma sanitária, em defesa do Sistema Único de Saúde: AMPASA, ANVISA, CEBES, IDISA, ABRES, ABRASCO, UNASUS, entre outras. Participam, também, quadros e setores do MS e entidades componentes do SUS, como o CONASEMS e o CONASS, além de entidades ligadas a setores afins, como a ANFIP.

d) Público das ações do grupo

O objetivo de consolidação da cidadania, pela divulgação e conscientização do direito sanitário, aponta para um público alvo abrangente e plural e envolve direções, lideranças e intelectuais orgânicos de entidades representativas da sociedade civil e dos movimentos sociais, dos usuários do SUS, dos trabalhadores de saúde, dos estudantes de cursos da saúde e do direito, dos prestadores de serviços ao SUS, públicos ou privados, e dos gestores de saúde. Deve ser priorizado o nível nacional da organização dessas entidades representativas e movimentos. Atenção especial deve ser dispensada na construção de parcerias com os demais núcleos de Direito Sanitário no país e com o CNS e o CNJ.

A meta da defesa do SUS pelo fortalecimento estratégico do direito sanitário – nos planos legislativo, jurisprudencial e doutrinário – impõe um público alvo diferenciado, composto por membros da Magistratura nacional (com foco no Colégio de Presidentes de Tribunais de Justiça, no Conselho Nacional de Justiça e nas Escolas de Magistratura), membros do Poder Legislativo (com prioridade à Frente Parlamentar da Saúde), membros do Ministério Público (priorizando as Promotorias de Justiça não especializadas, atuantes nas cidades do interior).

e) Estratégias e atividades do grupo

As ações do grupo se organizam fundamentalmente em três níveis articulados:

1 – produção de conhecimento, através da realização de capacitações e cursos de pós-graduação em Direito Sanitário, seja em nível de especialização, seja na implantação

de mestrado, bem como mediante a fundação e organização de grupos de estudo e linhas de pesquisa aplicada;

2 – difusão de conhecimento, mediante publicações especializadas, realização de seminários, oficinas e encontros;

3 – articulação política, envolvendo parcerias e articulações e visando, especialmente, a mobilização institucional e social em prol do fortalecimento do Direito Sanitário, da cidadania e do Sistema Único de Saúde.

f) Passos iniciais

- Contatos e articulações de cada um do grupo inicial com outros grupos, instituições e movimentos ligados ao Direito Sanitário, e outros parceiros potenciais, e já ir pensando no papel de cada entidade ou órgão integrante, ou que venha a integrar a REDE DS;
- Definição de novos Parceiros;
- Definição da organização mínima inicial da REDE DS;
- Identificação de questões e desafios básicos comuns às finalidades das entidades fundadoras do grupo, voltando-se para a definição do macro-objetivo da REDE DS;
- Formatação da proposta básica de PLANO DE AÇÃO, incluindo como uma das primeiras prioridades a estruturação virtual da REDE DS.

g) Passos na sequência

- Articulação e interação com as entidades referentes ao público-alvo, com vistas à formulação e apropriação de “subsídios/ferramentas” importantes para repolitização da sociedade civil, sob o ideário dos direitos sociais/coletivos;
- Contatos e parcerias com as Universidades, especialmente as que já estão trabalhando com Direito Sanitário e que demonstraram interesse em participar da REDE DS;
- Oferta de cursos de aperfeiçoamento, de especialização e de pós-graduação nas áreas do Direito Sanitário, da Economia em Saúde, das Políticas Públicas e outras;
- Disposição da atuação em parceria cooperativa e em REDE dessas entidades, no campo das análises sócio-político-institucionais, das formulações, e informações estratégicas e de posicionamentos para cada questão conjuntural;
- Ampliação e potencialização do debate sobre DS nos diversos “encontros” e “espaços”, promovidos pelos parceiros e outras instituições, incluindo as diferentes alternativas e oportunidades via internet.

h) “Bandeiras” a serem assumidas criticamente, propositivamente e com mobilização

Reforma Sanitária, Seguridade Social, Reforma Tributária, Reforma do Estado, Reforma Política e outras.

i) “Comunidade Popular de Direito Sanitário”

Essa expressão dever ser uma referência para reflexão sobre o que se pretende ter como representação popular-comunitária desse movimento (a exemplo do movimento da teologia da libertação e suas “comunidades eclesiais de base” ou do movimento da reforma sanitária e seus “núcleos de estudos” ou “núcleos de saúde pública”...).

* Lembrar contínua e permanentemente, bem como reforçar o *caráter plural* da REDE DS e a *autonomia* de cada instituição ou pessoa, ao lado da busca e esforço coletivos para consolidar algumas medidas que darão mais visibilidade e concretude para os diversos projetos e ações.

AMPLIAÇÃO E DINAMIZAÇÃO DA REDE DS E CRIAÇÃO DO BLOG DS

A partir de novembro de 2009, quando foi criado e lançado o Blog da REDE DS, na BVS/Bireme, diferentes mobilizações foram promovidas com a participação de representantes da REDE DS em um conjunto bastante grande de eventos para discussão do DS e mobilização de novos parceiros.

Ao mesmo tempo, foi criado o CG – Conselho Gestor da REDE DS com fins de coletivamente cuidar de encaminhamentos, sistematização de ações, informação e divulgação de resultados e condução estratégica da REDE DS. Voluntariamente cada instituição/entidade pode indicar um seu representante para o CG, de tal forma que o MS, com a mudança de governo, já substituiu um dos dois representantes no CG e ainda discute a participação de mais dirigentes do MS.

Embora na REDE DS não tenha subordinação de entidades e pessoas, há uma condução coordenada coletivamente e comandada pelo Conselho Gestor (CG), composto neste momento pela Anvisa, Ampasa, Cebes, Conasems, Conass, Idisa, SGEP-MS, Abrasco Bireme, sendo que há um conjunto bastante amplo já de entidades e pessoas que integram a REDE DS, como a Fiocruz, Cepedisa, ANEPS, MOPS, entre outras.

Para integrar a REDE DS, basta manifestar esse interesse e definir um interlocutor junto à REDE DS, indicando suas referências: formação, representação, telefones, endereços etc. e os temas de maior interesse e envolvimento da entidade. Além disso é preciso explicitar o compromisso de contribuir e trabalhar para o desenvolvimento do Direito Sanitário, e da própria REDE DIREITO SANITÁRIO: Saúde e Cidadania, como Articulação Interinstitucional e intersetorial, no campo do direito à saúde, voltada para o desenvolvimento do direito sanitário como instrumento de democratização

do Estado e de fortalecimento da cidadania, com estratégica atuação nos campos doutrinário, jurisprudencial, legislativo e político-social.

O blog da REDE DS está no endereço <http://blogs.bvsalud.org/ds/> e a Comunidade Virtual Direito Sanitário – CV em <http://www.cv-direitosanitario.bvs.br/tiki-index.php>.

Ambos são espaços importantes de divulgação e fortalecimento da REDE DS, estimulando e possibilitando o debate e articulação sobre o Direito à Saúde, o SUS e a Cidadania, os Conhecimentos e Mobilizações respectivas, e para onde deverão convergir muitos interessados no tema.

Para acessar o blog e visualizar os textos = posts (em média, estamos publicando dois posts por semana), é só clicar em <http://blogs.bvsalud.org/ds/> e abrir o texto (post). Ao final do texto, o usuário verá um quadro onde poderá fazer comentários, esclarecimentos, questionamentos e ampliar o debate sobre o assunto do texto.

O Grupo Editorial (GE) do blog é composto por cinco membros: Neilton Oliveira (Anvisa), Lenir Santos (Conasems), Jairo Bisol (Ampasa), Jurandi Frutuoso (Conass) Luiz Romero (Cebes). Por eles podem ser enviados *posts* (texto com cerca de 500 e no máximo 600 palavras) relativos aos 5 temas priorizados: Defesa do Direito à Saúde; Fortalecimento do SUS; Cidadania; Produção e Difusão de Conhecimento em DS; e Mobilização Política e Social. O texto (*post*), assinado por um autor cuja referência vai no rodapé do mesmo, precisa referir três palavras chaves, as quais compõem a NUVEM DE TAGS, que indica a frequência dos temas contidos nos *posts* publicados. Ao clicar em uma palavra desta nuvem de *tags*, o leitor encontrará os textos, ou *posts* correspondentes, aos quais poderá fazer questionamentos e/ou comentários, recebendo, na sequência, resposta por parte do autor do *post* e, assim vamos ampliando o debate e a mobilização.

Até março de 2011, o Blog REDE DS apresentava a seguinte “Nuvem de Tags”:

“administração pública assistência à saúde assistência farmaceutica atenção primária Cidadania comércio Conselhos de Saúde consumidor consumo de saúde Controle social Democracia Direitos **Direito Sanitário** direito à saúde Estado estatísticas em saúde farmácia fundação estatal Gastos com saúde gestão da saúde gestão hospitalar gestão pública integralidade Integralidade da assistência Integralidade da Saúde Judicialização da Saúde Medicamento Mobilização Política modelo de atenção modelo de atenção à saúde Município padrão de integralidade Paridade prevenção em saúde princípios constitucionais Rede DS Regulamento Sanitário Internacional Regulação Sanitária Saúde saúde da família Saúde do Viajante saúde e consumo saúde pública STF **SUS**”

Para a Comunidade Virtual (CV), o usuário deverá acessar o link respectivo (<http://www.cv-direitosanitario.bvs.br/tiki-index.php>) e se cadastrar, digitando seu *e-mail* e

escolhendo uma senha para ter livre acesso. Esse espaço virtual contém documentos, outros textos, informes em geral... tudo relativo ao Direito Sanitário e à REDE DS, que em breve deverá, também, ter um PORTAL próprio.

Com vistas à criação do “BVS-Direito Sanitário”, que pretende ser mais que um “portal”, foi preparado pelos integrantes do CG da REDE DS um Projeto e Plano de ação, incluindo o orçamento necessário para, inicialmente, 2010 e, depois, atualizado para 2011, com previsão de repasses e contribuições dos diferentes parceiros na REDE DS à OPS/BVS/Bireme, para implementação do BVS-Direito Sanitário.

Ressalta-se que a REDE VIRTUAL em DS só será forte e importante se for consequência de uma REDE REAL em DS: ativa, dinâmica, mobilizada e mobilizadora, aberta e plural, atenta às oportunidades e desafios do DS, do SUS, da Cidadania e da Qualidade de Vida.

A Bireme/BVS publicou notícias do lançamento do blog da REDE DS na Newsletter BVS, bem como da CV – Comunidade Virtual, e orientando sobre os *links* para acesso, de modo que os interessados possam se informar e cadastrar. Da mesma forma, outras instituições integrantes da REDE DS estão promovendo a divulgação dessas informações e é muito importante que todos divulguem esses dois espaços da REDE DS para o maior número possível de pessoas, dentro das suas instituições, nas Universidades, para suas listas de amigos, entre outros atores e espaços.

Ainda no final de 2010, surgiram diversas oportunidades de novas discussões e articulações com entidades interessadas em Direito Sanitário e, também, na Judicialização da Saúde, como alguns Tribunais de Justiça, o próprio CNJ, o Instituto Cochrane e outras instituições e pessoas. Da mesma forma, e em sintonia com o interesse demonstrado por alguns dos novos dirigentes do MS, sobre a REDE DS, incluindo uma declarada manifestação de apoio do próprio Ministro Padilha, a SGPE-MS passou a representar o MS no CG e comprometeu-se a mobilizar outros dirigentes e setores do MS para sua maior participação nesse movimento, inclusive apoiando a agilização da implantação do BVS-Direito Sanitário na Bireme.

É inquestionável que o atual contexto do SUS e seus diferentes desafios demandam uma real necessidade de todos nós nos prepararmos e nos articularmos para enfrentá-los, e assim, constituem um cenário muito favorável de participação, integração e maior dinamização na busca de seu fortalecimento e consolidação.

PRIMEIRO CONGRESSO NACIONAL DE DIREITO SANITÁRIO

A ideia original era realizarmos em 2011 o nosso Congresso Nacional da REDE DS, mas, após uma discussão e reflexão do CG e diversos outros integrantes da REDE DS, incluídos aí alguns dos que já realizam eventos regulares em DS, como a Fiocruz, o Cebes, alguns MP estaduais, entre outros, ficou decidido que neste ano procuraremos aproveitar todos os encontros, seminários etc. e o espaço do blog DS para ampliar a difusão do Direito Sanitário e da REDE DS, num processo preparatório e participativo para a realização do Congresso DS no próximo ano.

Portanto, no presente ano e em diversos momentos especiais, como por exemplo no Congresso de Epidemiologia da Abrasco, Simpósio de Vigilância Sanitária da Anvisa, Encontro Nacional de DS da FIOCRUZ, Congresso do Conasems (junho/2011) e na 14ª Conferência Nacional de Saúde, nas suas etapas municipais, estaduais e nacional (esta de 30 de novembro a 4 de dezembro/2011), buscaremos ampliar a discussão e mobilização em torno do DS, em seus cinco principais eixos – Defesa do Direito à Saúde; Fortalecimento do SUS; Cidadania; Produção e difusão de novos conhecimentos em DS; e Mobilização política e social –, como oportuna e estratégica forma de preparação para o 1º Congresso Nacional de Direito Sanitário a se realizar em Brasília no mês de maio de 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

AMPASA. *Principais Normas do SUS*. Disponível em: <www.ampasa.org.br>. Acesso em 15 mar. 2011.

BARRETO M. L. O conhecimento científico e tecnológico como evidência para políticas e atividades regulatórias em saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 329-338, abr./jun. 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2004.

BIREME-BVS. *Blog Direito sanitário*. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2009/12/21/o-direito-sanitario-e-a-audiencia-publica-do-supremo-tribunal-federal-sobre-a-saude/>>. Acesso em: 28 mar. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao_Compilado.htm> Acesso em: 25 mar. 2011.

_____. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990a. *Diário Oficial da União*. Brasília: 20 de setembro de 1990, Seção 1, p. 18055.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm>. Acesso 25 mar. 2011.

CANOTILHO, J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPISTRANO FILHO, D. *Da saúde e das cidades: saúde em debate* 80. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, SG. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, p. 321-334, ago.1988.

KRELL, A. J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

MEDEIROS, M. *Princípios de justiça na alocação de recursos em Saúde*. Rio de Janeiro: Diretoria de Estudos Sociais do IPEA, 1999.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Gestão do trabalho e da regulação profissional em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

_____. *Painel de Indicadores da Saúde*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006a.

_____. *Saúde da família no Brasil: uma análise de indicadores selecionados: 1998-2004*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006b.

_____. SaúdeLegis. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/saudelegis/LEG_NORMA_PESQ_CONSULTA.CFM>. Acesso em: 10 mar. 11.

OLIVEIRA, Neilton A. *A Articulação em rede do Direito sanitário*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

_____. Direito sanitário: para além da judicialização da Saúde, um campo novo de conhecimento, uma nova articulação política e plural pela cidadania. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2010/01/21/direito-sanitario-para-alem-da-judicializacao-da-saude-um-campo-novo-de-conhecimento-uma-nova-articulacao-politica-e-plural-pela-cidadania/>>. Acesso em: 20 mar. 2011

_____. *Ensino médico no Brasil: desafios e prioridades, no contexto do SUS: um estudo a partir de seis estados brasileiros*. 2007. Tese (Doutorado em ensino de Biociências e Saúde) – Instituto Oswaldo Cruz, 2007. Disponível em <http://www.abem-educmed.org.br/pdf_tese/tese_neilton.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2011.

_____. Propaganda de medicamentos no contexto do SUS e no ensino médico: por que discutir? *Interface Comunicação Saúde Educação*, Botucatu, v. 12, n. 27, p. 912-914, out./dez. 2008.

OPAS. *Apresentações sobre temas relacionados aos Determinantes Sociais da Saúde*. Disponível em: <http://www.opas.org.br/servico/temas_link_detalhe.cfm?CodSubTema=179&CodEspecifico=1258>. Acesso em: 13 mar. 2011.

PORTO, S. M. et al. Alocação equitativa de recursos financeiros: uma alternativa para o caso brasileiro. *Saúde em Debate*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 65, p. 376-388, set./dez. 2003.

SANTOS, L. *Saúde: conceito e atribuições do sistema único de saúde*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7378>>. Acesso em: 16 mar. 2011.

SANTOS, N. R. *Desafios para uma saúde cidadã*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 26 mar. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *STF discute o Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=106799&caixaBusca=N>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

_____. *Textos relativos à audiência da saúde*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

UGÁ, M. A.; MARQUES, R. M. O Financiamento do SUS: trajetória, contexto e constrangimentos. In: LIMA, N. et al. *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

**O direito à saúde em face do
princípio da proibição do
retrocesso e dos compromissos
internacionais do Brasil**

UM DESENHO DO DIREITO À SAÚDE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS DO BRASIL

*Jarbas Ricardo Almeida Cunha
Marco Aurélio Antas Torronteguy*

INTRODUÇÃO

O cerne do conceito de proibição do retrocesso social é a vedação, dirigida ao legislador, de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social. O presente artigo tem por objetivo analisar o direito à saúde em face desse princípio jurídico, a partir tanto das normas constitucionais como das normas de direito internacional da ordem jurídica brasileira. Antes de mergulhar no tema, é importante situar a saúde como direito.

Em uma interpretação mais ampla, já no art. 1º de nossa constituição se inicia a proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, que, por sua vez, é complementado pelo art. 3º, que constitui como objetivo desta República a promoção do bem de todos. No art. 5º, há a inviolabilidade do direito à vida e, finalmente, no art. 6º, o direito à saúde é expressamente garantido entre os direitos sociais (FIGUEIREDO, 2007; AITH, 2007). Outro dispositivo importante em nossa Carta Magna é o art. 196, que prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Para cumprir com esses desígnios, os arts. 198 e seguintes estabeleceram o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pela Lei nº 8.080, de 1990.

Um aspecto importante, que envolve a participação dos entes federativos, diz respeito às competências comuns e concorrentes. O art. 23, inc. II, constitucional, relata que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto o art. 24, inc. XII, delimita a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde (FIGUEIREDO, 2007; AITH, 2007). Assim, há responsabilidade solidária em matérias de grande relevância social, como o direito à saúde, cuja implementação não pode ser prejudicada por questões de conflito de competência. Sendo assim, os poderes públicos em geral devem cooperar na execução das tarefas e objetivos enunciados.

Desta maneira, a concretização da competência material por cada ente deverá se dar em conformidade com as regras próprias do SUS. A obrigatoriedade de todos os en-

tes federativos integrarem o sistema de saúde é o principal aspecto da unidade deste sistema e esta cooperação imposta está estruturada pela legislação federal, por meio da qual Municípios, Estados e Distrito Federal estão subordinados à gestão nacional. Além disso, o direito à saúde é um direito subjetivo público, sendo norma de eficácia plena e imediata. Neste sentido, a parte inicial do art. 196 impõe que “saúde é direito de todos e dever do Estado”, ao passo que o art. 198 determina a criação de um sistema único para garantir atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo das assistenciais.

Uma vez compreendido, em suas linhas gerais, o direito fundamental à saúde, é possível perguntar pela sua relação com o princípio da proibição do retrocesso social. Primeiro, procura-se compreender a proibição de retroceder em matéria social, a partir do direito constitucional, mas sem descuidar o contexto brasileiro. Depois, verifica-se que não apenas está proibido o retrocesso, como é obrigatória a progressão da proteção social, pois às disposições constitucionais somam-se aquelas advindas do direito internacional vigente para o Brasil. Em face disso, conclui-se que este importante debate reitera a concepção, própria da teoria dos direitos fundamentais, de que o direito à saúde se constrói permanentemente.

A PROIBIÇÃO DE RETROCEDER

O princípio da proibição do retrocesso social, de matriz constitucional, deve ser compreendido, na ordem jurídica brasileira, sem descuidar para o fato de que o Brasil é um país de desenvolvimento tardio. Compreender isso é necessário para alcançar a importância da afirmação da proibição de retrocesso no direito à saúde na ordem jurídica brasileira – hipótese que será confirmada a seguir, quando forem estudados os compromissos internacionais do país.

Contornos de um princípio constitucional

Felipe Derbli define a ideia de retrocesso social:

“A idéia de retrocesso social se traduz numa conduta *comissiva* do legislador, que, ao editar lei que revoga, total ou parcialmente, legislação anterior, retorna arbitrariamente ao estado originário de ausência de concretização legislativa da norma constitucional definidora de direito social ou reduz o nível dessa concretização a patamar inferior ao compatível com a Carta Magna (DERBLI, 2007, p. 242).”

O princípio da proibição do retrocesso social se caracteriza pela prevalência do caráter negativo de sua finalidade, ou seja, propõe-se a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária. Mas, além desse caráter teleologicamente negativo, há também um elemento positivo, pois é dever do legislador seguir no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, mediante a garantia da proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Portanto, a proibição do retrocesso social não se resume em mera manutenção do *status quo*

vigente, significando também a obrigação de permanente avanço social (DERBLI, 2007; SILVA, 2008; CONTO, 2008).

A Constituição brasileira proíbe o retrocesso social quando estabelece os *objetivos fundamentais da República*:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Trata-se dos objetivos da República, bússola para a condução do Estado que em nenhum instante pode ser desconsiderada. Com efeito, a revogação ou o enfraquecimento dos direitos sociais implicaria ato contrário à constituição de uma sociedade livre, justa e solidária. Aliás, a realização desse objetivo exige o permanente avanço dos direitos sociais, até que se alcance o desígnio constitucional. Seguramente isso é aplicável ao direito à saúde, pois o art. 193 reitera o art. 3º quando determina que a ordem social “tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais” – sendo que o constituinte incluiu a saúde no Título da Ordem Social, no Capítulo da Seguridade Social. Igualmente, para reduzir as desigualdades sociais e regionais, é necessário que se cumpra com os direitos sociais e fazê-los retroceder seria o mesmo que favorecer a desigualdade e, portanto, seria inconstitucional.

Pablo Castro Miozzo corrobora esse entendimento, notadamente no que concerne ao dever de garantir o desenvolvimento nacional. O autor sustenta que existe um mandamento constitucional dirigido ao Estado determinando um dever de progresso, ou seja, um dever de não ocasionar um retrocesso; portanto, o princípio da proibição do retrocesso social possuiria previsão constitucional específica (Cf. MIOZZO, 2005). No Brasil, a discussão em torno desse assunto vem conquistando espaço na doutrina, nos encontros jurídicos e na jurisprudência de tribunais superiores brasileiros (Cf. PINTO NETTO, 2010).

Para uma inicial conceituação sobre o princípio da proibição do retrocesso social, podemos afirmar que, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social – aquela que descreve uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado ou por particulares –, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto (DERBLI, 2007; CONTO, 2008; PINTO NETTO, 2010).

A doutrina e jurisprudência europeias, partindo de um método lógico-dialético, demonstraram a ambivalência da bivetorialidade que caracteriza o agir do Estado em relação aos direitos sociais. Ou seja, na medida em que há uma obrigação de concre-

tizar um direito, assim como a criação de normas infraconstitucionais, há, ao mesmo tempo, um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas, que vão de encontro às conquistas ratificadas em termos de legislação, com o escopo de usurpá-las, relativizá-las ao alvedrio do momento, sob pena de deixar de cumprir, por via reflexa, o dever concretizador (DERBLI, 2007; CONTO, 2008).

Este pensamento jurídico, que originou o princípio ora estudado, obteve reflexo na Europa Ocidental, destacando-se especificamente em três países – Alemanha, Itália e Portugal –, nos quais a discussão sobre o princípio do não retrocesso social está bastante avançada (Cf. CUNHA, 2010). Note-se que a elaboração da cláusula da vedação do retrocesso pressupõe um Estado Social já realizado, ou seja, parte da ideia de que o dever positivo de concretizar os direitos fundamentais sociais, impostos pela Constituição, já tenha sido cumprido, originando, dessa forma, uma garantia de preservação das conquistas atingidas (FARIA, 2002; COMPARATO, 2003; DERBLI, 2007). Por isso, a tentativa de desenhar o princípio da proibição do retrocesso social, em uma perspectiva brasileira, exige que sejam traçados não apenas os contornos constitucionais da matéria, mas também que sejam pinceladas as sombras de um Estado em desenvolvimento.

Sombras de um Estado em desenvolvimento

Devemos tomar alguns cuidados antes de propormos uma discussão sobre um objeto eminentemente europeu, como o princípio ora estudado, em um país em desenvolvimento, com suas peculiaridades e idiossincrasias. É importante manter a preservação do senso crítico ao importarmos conceitos e elementos de outros países, com outras realidades. A transportação mecanicista de um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem se importar com as condições sócio-culturais e econômico-políticas a que estão sujeitos os modelos jurídicos, pode enviesar a aplicação do direito, em prejuízo da sociedade. É importante lembrar que uma coisa é a aplicação de uma teoria em um modelo de país “central”, outra coisa é a aplicação dessa mesma teoria em um país “periférico” (Cf. NEVES, 2009).

Com efeito, o Brasil é país de modernidade tardia e, enquanto tentava construir um Estado Democrático e Social de Direito, na Europa este se encontrava em uma de suas maiores crises. Na década de 90, com a abertura do mercado e consequente flexibilização dos direitos no Brasil, é que a ordem jurídica começa a sofrer ataques contra os direitos sociais, via emendas constitucionais e medidas provisórias. A doutrina e jurisprudência também começam a absorver os ditames desse novo período econômico e social, em que vige a desnacionalização⁷⁰ e desconstitucionalização de direitos, na tentativa açodada de legitimar esses “novos ares”. Tal como aconteceu na Europa, juristas brasileiros resistentes começam a questionar tais mudanças e se levantam em defesa das conquistas da constituição utilizando como instrumento o

⁷⁰ Desnacionalização é um conceito próximo de “perda de soberania” e de “desconstitucionalização”. Significa a perda de vigência nacional de leis, culturas, princípios em certos setores, como, por exemplo, a empresa nacional que é adquirida por um grupo estrangeiro e este impõe aos seus empregados a legislação de sua matriz alienígena (Cf. SILVA, 2008).

princípio da proibição do retrocesso social (COMPARATO, 2003; DALLARI, 2009; BONAVIDES, 2009).

Um dos primeiros a levantar a questão foi José Afonso da Silva, que defendia que as normas definidoras de direitos sociais seriam concebidas como normas programáticas de eficácia limitada, mas que a necessidade de emanção de ato legislativo não lhes retirava a preceptividade e, adiante, essa edição de ato normativo infraconstitucional é obrigatória, constituindo imposição constitucional de atividade legiferante (SILVA, 2008). Com base em juristas alemães, mas, principalmente, em italianos, especificamente Balladore Pallieri, sustenta que imposições constitucionais advindas das normas constitucionais definidoras de direitos sociais indicam qual itinerário não seguir, de modo que seja taxada de inconstitucional a lei que percorrer o caminho vedado pela Constituição. E relata que lei nova não poderá desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançados por lei anterior (CONTO, 2008; SILVA, 2008). Ademais, o legislador não pode revogar norma infraconstitucional regulamentando a norma constitucional sem a criação de mecanismo substitutivo, o que acarretaria o esvaziamento do comando constitucional, como se o legislador dispusesse diretamente contra ele (DERBLI, 2007; CONTO, 2008; SARLET, 2008; NETTO, 2010).

Em que pesem essas considerações, a sombra do retrocesso social está presente no quadro jurídico brasileiro, seja em proposições legislativas, seja em interpretações doutrinárias. No primeiro caso, podem ser citados projetos de lei e emendas constitucionais que restringem ou até mesmo excluem o direito à saúde em nossa constituição⁷¹ e, no segundo, com fundamentação na suposta escassez de recursos financeiros, teses como *mínimo existencial* e *reserva do possível*⁷² ensaiam a iminente ameaça de retroceder socialmente nossos direitos fundamentais sociais (Cf. CUNHA, 2010).

Por isso, é importante fortalecer o entendimento sobre o princípio da proibição do retrocesso social. Isso implica ir além da simples proibição de retroceder, para alcançar o dever de concretamente fazer progredir a proteção dos direitos sociais.

O DEVER DE PROGREDIR

Para além do dever negativo de não retroceder, há o dever positivo de progredir na proteção dos direitos sociais, inclusive do direito à saúde. Como visto, isso fica claro na Constituição, quando determina quais são os objetivos da República. Além disso, trata-se de uma imposição dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. O conjunto dessas normas jurídicas traduz uma esperança, mas seria ingenuidade imaginar que se trata de uma obra acabada.

⁷¹ Como, por exemplo, o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) nº 219/2007 e a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 341/2009.

⁷² Ana Paula de Barcellos define o *mínimo existencial* como “conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade”. No caso do direito à saúde, segundo a própria autora, ele se limitaria apenas à saúde básica. A *reserva do possível* completaria esse quadro, pois, segundo este “instrumento jurídico”, só se pode viabilizar direitos sociais, como a saúde, respeitando uma suposta limitação de recursos financeiros, o que for possível, segundo o Orçamento da Nação (BARCELLOS, 2001, p. 304).

Enquadramentos do direito internacional

Os principais compromissos internacionais do Brasil com relação ao direito à saúde, no que concerne ao seu reconhecimento como direito humano fundamental, são o Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), da ONU, e o Protocolo de San Salvador, da OEA. Para analisá-los, é importante compreender o contexto de cada um, seja no âmbito universal das Nações Unidas, seja no âmbito continental, o que impõe a referência a outros textos internacionais, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração foi adotada pela III Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 217 A, em 10 de dezembro de 1948. Foi aprovada unanimemente pelos 48 Estados que então compunham a Assembleia, com nenhum voto contrário, embora tenha havido oito abstenções. Segundo leciona Flávia Piovesan, “a Declaração consolida a afirmação de uma ética universal ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal a serem seguidos pelos Estados” (PIOVESAN, 2006, p. 130). A saúde está entre os direitos humanos, pois é decorrência do próprio direito à vida. Na Declaração de 1948, seu reconhecimento como direito humano era indireto, especialmente no art. 25.1:

“Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Indiretamente, não apenas este dispositivo, mas também outros artigos da Declaração pressupõem a existência de um direito à saúde. Assim é com o direito à vida (art. 3º) e com a proibição da tortura (art. 5º). Da mesma forma, quando no art. 2º, § 1º, afirma-se que todos são capazes para gozar dos direitos e liberdades fundamentais, sem *qualquer* distinção, está vedada a segregação preconceituosa por razões de saúde, ou melhor, de doença – especialmente as doenças contagiosas. Quanto à efetivação, o art. 22 determina o *esforço nacional* e a *cooperação internacional* como meios para a realização dos direitos. E, de acordo com o art. 28, “toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Enfim, por contemplar tanto direitos individuais como sociais e por prever o esforço nacional e a cooperação internacional como mecanismos de sua efetivação, a Declaração é um documento jurídico de extrema relevância que, em 1948, representou um considerável avanço jurídico. Contudo, ao menos formalmente, deveria ser dado um passo mais largo. Afinal, há o entendimento de que a Declaração, uma Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, formalmente não possuiria a força de um tratado internacional (embora materialmente a Declaração seja importante fonte de normas jurídicas universais). Por outro lado, há o entendimento de que a Declaração teria força jurídica vinculante⁷³,

⁷³ A este respeito, há o importante entendimento referido por Flávia Piovesan: “a Declaração Universal tem sido concebida como a interpretação autorizada da expressão “direitos humanos”, constante da Carta das

argumento que se reforça com a experiência internacional na matéria, que interpreta a Declaração como direito costumeiro internacional e, como tal, de cumprimento obrigatório. Finalmente, em 1966, os direitos humanos receberam incontestemente positividade internacional por meio de dois Pactos celebrados no âmbito da ONU: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁷⁴ e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷⁵.

Vários dispositivos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos referem, indiretamente, o direito humano à saúde. Nessas referências, o direito à saúde ou está colocado como um reforço do direito à vida e à integridade humanas (art. 7^o), ou como uma limitação, de ordem pública, ao exercício de outros direitos humanos (arts. 12.3, 18.3, 19.2.b e 22.2).

Se, por um lado, no Pacto de Direitos Civis e Políticos é muito tímida a participação da saúde no rol dos direitos declarados, por outro lado, no Pacto Internacional sobre Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC), a saúde tem um papel de maior destaque. Isso é compreensível na medida em que a saúde é historicamente um direito de dimensão social, que exige o agir estatal, de maneira que a simples abstenção do Estado, na forma clássica das liberdades individuais, não é suficiente para propiciar a sua efetivação. No que se refere ao PIDESC, interessam especialmente os artigos 11 e 12. O artigo 11 do Pacto declara o direito a um nível de vida digna, referindo-se a aspectos materiais da existência humana: alimentação, vestimenta, moradia etc. Trata-se de um aspecto essencial da promoção da saúde, bem como da prevenção de enfermidades. O artigo 12, por sua vez, diz respeito ao direito à saúde em sentido estrito e postula tanto pela prevenção de doenças como pela assistência quando da sua ocorrência; *in verbis*:

“Artigo 12

1. Os Estados Signatários do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão ser adotadas pelos Estados Signatários do Pacto a fim de assegurar a plena efetividade deste direito, figurarão as necessárias para:
 - a) A redução da mortalidade infantil e do índice de natimortos, bem como o desenvolvimento sadio das crianças;

Nações Unidas, apresentando, por esse motivo, força jurídica vinculante. Os Estados membros das Nações Unidas têm, assim, a obrigação de promover o respeito e a observância universal dos direitos proclamados pela Declaração. Nesse sentido, estabelece o art. 28 da Declaração que todos têm direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades sejam plenamente realizados” (PIOVESAN, 2006, p. 137).

⁷⁴ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Recebeu a adesão brasileira em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992. Finalmente, foi incorporado ao direito interno brasileiro pelo Decreto 592, de 6 de julho de 1992.

⁷⁵ O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966. Foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro com o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. Recebeu a adesão brasileira em 24 de janeiro de 1992. Entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992. Finalmente, foi incorporado ao direito interno brasileiro pelo Decreto 591, de 6 de julho de 1992.

- b) O aprimoramento em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;
- c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outro tipo, e a luta contra elas.
- d) A criação de condições que garantam a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença.”

Mas o que significa a expressão *possível*, inserta no *caput* deste artigo? Pelo menos três leituras poderiam ser realizadas (Cf. TORRONTÉGUY, 2010). Pode-se pensar que a expressão *possível* reconheceria que muitos Estados possuem limitações de ordem econômica e tecnológica, mas principalmente econômica, as quais impediriam a efetivação plena do direito à saúde. Ocorre que essa primeira interpretação não corresponde ao entendimento atual sobre a exigibilidade dos direitos sociais, tampouco é a mais adequada para a defesa do direito humano à saúde, sendo por isso incongruente com a própria finalidade do Pacto. Por outro lado, pode-se interpretar o uso do termo *possível* no sentido de que os Estados têm o *dever de possibilitar* aos seus cidadãos o acesso à saúde. Quando, por si mesmos, não forem capazes de fazê-lo, os Estados estarão diante da necessidade de cooperar. Desta forma, a cooperação internacional sanitária é corolário do dever estatal de tornar possível a efetivação do direito humano à saúde. Finalmente, e sem oposição à segunda interpretação, o termo *possível* pode ser traduzido desde o ponto de vista científico e tecnológico. Ou seja, quando o Pacto reconhece o direito ao mais elevado nível *possível* de saúde, reconhece o direito de acesso à última tecnologia existente, vale dizer, ao pleno acesso ao que de melhor o estado da arte disponibiliza em termos de conhecimento científico existente.

A principal contribuição do art. 12 do PIDESC é abrir um capítulo específico sobre *saúde* no rol dos direitos sociais. Até então, muitas eram as referências indiretas a esse direito humano. Além disso, no PIDESC os Estados se obrigam a *adotar medidas para progressivamente* efetivar os direitos ali reconhecidos:

“Art. 2º: 1. Cada um dos Estados Signatários do presente Pacto se compromete a adotar medidas, tanto isoladamente quanto mediante a assistência e a cooperação internacional, especialmente econômicas e técnicas, até o máximo dos recursos de que disponha, para progressivamente obter, por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas em particular, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos.

2. Os Estados Signatários do presente Pacto, se comprometem a garantir o exercício dos direitos que nele se enunciam sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

3. Os países em vias de desenvolvimento, tendo adequadamente em conta os direitos humanos e sua economia nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto a pessoas que não sejam seus nacionais.”

Portanto, a melhor interpretação é a de que existe um *dever de possibilitar* e que o conteúdo desse dever é o máximo acesso conforme o conhecimento científico existente. E a palavra *progressivamente* indicia que sempre se deverá ampliar a proteção do direito à saúde, jamais retroceder. Ou seja, os Estados signatários do Pacto, como Brasil, não se obrigaram, de imediato, a reconhecer amplamente o direito à saúde – bem ao contrário, cada país pôde definir os contornos desse direito com ampla margem de discricionariedade soberana. Entretanto, uma vez que a ordem jurídica interna defina o nível de proteção do direito à saúde, fica proibido o retrocesso, por força do direito internacional. Aliás, o que o Pacto impõe é, para além da proibição de retroceder, o dever de progredir na proteção jurídica dos direitos sociais.

Visto o enquadramento dado pelo direito internacional de aplicação universal (proveniente do sistema ONU), cumpre fazer o mesmo com relação ao direito continental americano.

Inicialmente, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, expressamente reconheceu o direito à preservação da saúde e ao bem-estar, nos termos do seu artigo 11: “Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. Recorde-se que no art. 25 da Declaração Universal, contemporânea à Declaração Americana, o direito à saúde é apenas indireto. Nesta, diferentemente, a saúde é expressamente reconhecida como direito de *toda* pessoa, havendo referência inclusive a alguns dos principais fatores condicionantes da saúde, a saber, alimentação e habitação. Por outro lado, o texto do art. 11 antecipa a tônica dada ao direito à saúde no PIDESC, quando vincula o dever de prover cuidados médicos ao “nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. O enfoque atual dos direitos fundamentais é o da sua unidade, de maneira que os direitos sociais não podem ser *menos* direitos que as liberdades individuais. Ou seja, o discurso de que os direitos sociais seriam meras normas programáticas não tem encontrado guarida no entendimento de muitos estudiosos do assunto (PIOVESAN, 2006, p. 172-174).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, traz a saúde subentendida já no seu art. 5º, § 1º, segundo o qual “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”. A Convenção também refere a defesa da saúde pública como justificativa para a limitação excepcional do exercício de outros direitos lá reconhecidos. Isso ocorre com a liberdade de religião (art. 12, § 3º), a liberdade de pensamento e expressão (art. 13, § 2º, *b*), o direito de reunião (art. 15), a liberdade de associação (art. 16, § 2º) e o direito de circulação e de residência (art. 22, § 3º). Nesses casos, na ponderação entre os diferentes valores em cena, o direito à saúde pode preponderar em relação às referidas liberdades. A Convenção, de 1969, prestigiou os direitos humanos de dimensão individual. Apenas em 1988 foi assinado um Protocolo Adicional à Convenção, que passou a contemplar, no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais. Trata-se do Protocolo de San Salvador⁷⁶.

⁷⁶ O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador) foi assinado em 17 de novembro de 1988. O

O Protocolo parte do seguinte pressuposto, o qual é apresentado no seu Preâmbulo: “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos”. Neste contexto, o direito à saúde é expressamente reconhecido pelo art. 10:

“1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito:

a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade;

b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado;

c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas;

d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza;

e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e

f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.”

Concomitantemente, o Protocolo refere a obrigação de os Estados adotarem medidas para implementar *progressivamente* os direitos ali reconhecidos, nos termos do art. 1^o:

“Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

A parte final deste dispositivo permite conclusão similar àquela da interpretação do PIDESC. Com efeito, o Protocolo de San Salvador, embora ressalve que cada país estabelecerá a sua própria legislação, impõe uma baliza, qual seja, a progressividade. Este entendimento se confirma logo em seguida, quando o mesmo dispositivo afirma que a finalidade é “a plena efetividade dos direitos reconhecidos”. A lógica, portanto, é de que cada país, na sua margem de apreciação soberana, determina o nível de proteção que vai garantir, mas se vincula a essa decisão, não podendo mais retroceder e, mais do que isso, devendo sempre fazer progredir a proteção social.

Brasil aderiu a ele apenas em agosto de 1996, sendo que a sua promulgação ocorreu apenas com o Decreto nº 3.321, de 31 de dezembro de 1999.

Uma aquarela que quer perdurar

Até aqui se procurou compor um desenho do direito à saúde no que concerne à proibição do retrocesso social. Partiu-se de contornos constitucionais, nas linhas mestras definidoras dos objetivos fundamentais da República brasileira. Este esboço foi sombreado pelo contexto de ser o Brasil um país em desenvolvimento, especificidade que não permite uma importação acrítica de institutos jurídicos estrangeiros, como a *reserva do possível* e o *mínimo existencial*. Então, percebeu-se que o direito internacional enquadra o direito à saúde como uma figura jurídica bem definida e nítida entre os demais direitos sociais. Agora, cabe perguntar de que espécie é esse quadro. Será uma aquarela que pode com tempo se apagar, ou será uma tela pintada com tinta a óleo, em cores fortes e pretensiosamente perenes? A história dos direitos humanos mostra a sua fragilidade, de modo que o princípio da proibição do retrocesso se apresenta como um importante instrumento jurídico para a realização, duradoura, dos direitos arduamente conquistados.

Neste sentido, a experiência totalitária do século XX, que culminou com o holocausto, infligiu à humanidade uma terrível ruptura na construção histórica dos direitos humanos. A existência de uma máquina burocrática estatal servindo ao assassinio – com a descartabilidade de pessoas decaídas da condição de cidadãos⁷⁷ do Estado nazista – provou que os direitos humanos nunca são um *dado*, mas sempre um *construído*. A resposta à ruptura totalitária foi a internacionalização dos direitos humanos (Cf. LAFER, 1988). Esse processo de reconstrução dos direitos, inaugurado formalmente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, ainda está em curso (Cf. TORRONTÉGUY, 2010), cada vez mais imbricado nas ordens jurídicas nacionais, como é o caso da ordem jurídica brasileira. É por isso que, na teoria dos direitos humanos e dos direitos fundamentais – compreendidos aqui como os direitos humanos positivados em dado ordenamento jurídico –, se defende que cada direito se constrói permanentemente. É por essa razão, por exemplo, que existe um caráter pedagógico na chamada *gramática* dos direitos, quando simbolicamente se dá reconhecimento público às vítimas de violações de direitos humanos, que emprestam seu nome a leis, a espaços públicos etc. Igualmente, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso é uma forma de construir permanentemente esses direitos.

Como visto, tanto a Constituição brasileira como os tratados internacionais sobre direitos sociais incorporados à ordem jurídica pátria exigem a progressão e proíbem o retrocesso na proteção jurídica dos direitos sociais. Especificamente, esses textos normativos reconhecem o direito à saúde, o que permite aplicar o princípio da proibição do retrocesso ao direito sanitário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITH, Fernando. *Curso de Direito sanitário*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁷⁷ A esse respeito, consultar, especialmente o capítulo nono de *As origens do totalitarismo*, intitulado *The Decline of the Nation-State and the End of the Rights of Man* – ARENDT, s.d., p. 267-302.

- ARENDDT, Hannah. *The origins of totalitarianism*. Nova Iorque: Harcourt, [s.d.].
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Do Estado liberal ao Estado social*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2008.
- _____. Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 25 jul. 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos Direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CONTO, Mário de. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *O princípio da proibição do retrocesso social e o direito à saúde no Brasil*. Brasília: Fiocruz, 2010.
- DA SILVA, Ricardo Augusto. *Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*. Belo Horizonte: Fortium, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. *Direito à saúde: leis 8080/90 e 8142/90*. Salvador: Jus Podium, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- MIOZZO, Pablo Castro. *O princípio da proibição do retrocesso social e sua previsão constitucional*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/31733/31001>>. Acesso em: 25 mar. 2011.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OEA. *Convenção Americana de Direitos humanos (Pacto de San José da Costa Rica) [1969]*. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_678_1992.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.
- _____. *Declaração Americana dos Direitos e deveres do homem [1948]*. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: 'Protocolo de San Salvador'* [1988]. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.

ONU. Declaração universal dos direitos humanos [1948]. In: BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. de (Org.). *Mini-código de direitos humanos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.

_____. *Pacto sobre Direitos civis e políticos* [1966]. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.

_____. *Pacto sobre Direitos econômicos, sociais e culturais* [1966]. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_591_1992.htm>. Acesso em: 24 mar. 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. *O Direito humano à saúde no Direito internacional: efetivação por meio da cooperação sanitária*. 2010. Tese (Doutorado em Direitos humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-14032011-154326>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

Autores

Alcinda Maria Machado Godoi é médica, especialista em Saúde Pública pela Fundação Oswaldo Cruz e em Ciências Políticas pela Universidade do Legislativo Brasileiro (UNILEGIS), e mestre em Saúde Pública pela Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP). É Consultora Legislativa do Senado Federal.

Ana Luiza Fleck Saibro é jornalista, mestre em Mídia e Comunicação pela *London Scholl of Economics*, pós graduada em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público e Consultora Legislativa do Senado Federal.

Fernando Aith é advogado, doutor em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da USP e possui diploma de estudos aprofundados (DEA) em Direito Médico e da Saúde pela Universidade de Paris 8. É professor do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP e pesquisador do Núcleo de Pesquisas de Direito Sanitário da USP.

Giliana Betini é socióloga; mestre e doutora em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP) e especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz Brasília; assessora técnica no Programa de Pesquisa para o SUS, da Coordenação Geral de Fomento à Pesquisa em Saúde do Ministério da Saúde.

Gustavo Silveira Machado é médico, pós-graduado em Homeopatia pela Sociedade Médica Goiana de Homeopatia; em Perícia Médica pela Fundação Unimed e especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz Brasília. Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

Jarbas Ricardo Almeida Cunha é advogado, especialista em Direito Sanitário pela Fiocruz Brasília e pesquisador bolsista do Programa de Direito Sanitário da Fiocruz Brasília (PRODISA/FIOCRUZ).

Luiz Carlos Romero é médico, especialista em Saúde Pública pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz Brasília; e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Marco Aurélio Antas Torronteguy é advogado, especialista em Direito Sanitário pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP), e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pesquisador bolsista do Programa de Direito Sanitário da Fiocruz Brasília (PRODISA/Fiocruz).

Maria Célia Delduque é advogada, doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo; pesquisadora da Fundação Oswaldo Cruz e coordenadora do Programa de Direito Sanitário (PRODISA/Fiocruz) e membro do Grupo Coordenador do Observatório da Saúde no Legislativo.

Neilton Araújo de Oliveira é médico, especialista e mestre em Saúde Coletiva e doutor em Ciências pelo Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia – ISC/UFBA. É professor da Universidade Federal do Tocantins (UFT) e Diretor-Adjunto da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). É um dos articuladores da Rede Direito Sanitário: Saúde e Cidadania (Rede DS).

Nelson Rodrigues dos Santos é médico sanitário, Presidente do Instituto de Direito Sanitário Aplicado (IDISA) e Diretor Executivo do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES).

Sebastião Moreira Jr. é médico, especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz Brasília e Consultor Legislativo do Senado Federal.

Silvia Badim Marques é bacharel em Direito, mestre e doutoranda em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo e pesquisadora colaboradora do Programa de Direito Sanitário (PRODISA) da Fiocruz-Brasília.

Wagner Vasconcelos é jornalista; mestre em Ciência da Informação pela Universidade de Brasília (UnB); especialista em Comunicação e Saúde pelo Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica (ICICT), da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), e em Comércio Exterior e Globalização pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). É coordenador da Assessoria de Comunicação da Fiocruz-Brasília.

Subsecretaria de Edições Técnicas
Senado Federal, Via N-2, Unidade de Apoio III, Praça dos Três Poderes
CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 3303-3575, -3576 e -3579
Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br



Ministério da Saúde

FIOCRUZ
Fundação Oswaldo Cruz
Brasília

ISBN 978-85-7018-387-3



9 788570 183873