

DIREITO SANITÁRIO

Sueli Gandolfi Dallari*

ÍNDICE

1. Conceito de Saúde Pública. 2. Saúde como direito e direito à saúde. 3. Do Direito da saúde ao conceito de direito sanitário. 4. Autonomia científica do direito sanitário e sua interação com outras áreas do conhecimento. 5. Direito Sanitário e o direito regulatório. 6. Advocacia em Saúde.

1. Conceito de saúde pública

A evolução histórica mostra que o atual conceito de **saúde pública** começa a se delinear no Renascimento, correspondendo praticamente ao desenvolvimento do Estado Moderno. É muito curioso – porque absolutamente desprezado – verificar a aproximação histórica da idéia de saúde daquela de exercício físico (ginástica) e dieta, isso porque a saúde não é originalmente um conceito científico, mas uma idéia comum, ao alcance de todos. Para a antigüidade grega o termo *hygieia* significa “o estado daquele que está bem na vida” e tem um sentido eminentemente positivo. Mesmo com a incorporação do sentido de cura e, portanto, com a formação da medicina, ainda a higiene alimentar e o exercício físico são caracterizados como importantes elementos de cura¹. Platão alarga um pouco mais a idéia de saúde acrescentando-lhe o campo da alma e a necessidade de que ele mantenha relação adequada com o corpo². Assim, o estado de equilíbrio interno do homem e dele com a organização social e a natureza é sinônimo de saúde para a antigüidade grega. Durante a Idade Média, o saber culto continua a privilegiar o equilíbrio na definição de saúde³, tratados de ginástica e dietética são publicados como receitas de saúde para os não-médicos⁴, mas a reação coletiva à epidemia é a imagem mais marcante desse período. Assim aparecem os primeiros contornos da idéia de prevenção, implicando o respeito seja aos signos do zodíaco, seja ao desenrolar das estações, seja ao relacionamento adequado entre o clima e o corpo humano, mas, sobretudo, o afastamento dos contactos impuros – a melhor forma de prevenção.

¹ A medicina hipocrática é formada pela **dietética** ou ciência dos regimes e pela **ginástica** ou ciência dos exercícios.

² Platão, **A república**, IV, 444b-c.

³ Como ensina, por exemplo, Maimonides.

⁴ Rauch, A. **Histoire de la santé**. Paris, PUF, 1995

No Renascimento, um fato importante para a compreensão do conceito de saúde pública foi a preocupação das cidades em prestar cuidados aos doentes pobres em seus domicílios ou em hospitais, aumentando o poder das cidades em matéria de higiene. Por outro lado, novas concepções de saúde favorecem a limpeza e os exercícios corporais que evitam o recurso aos medicamentos⁵, enquanto outras tendem a mecanizar o corpo, trabalhando com um conjunto de fatores que constituem a saúde (eliminação dos resíduos, apetite, facilidade de digestão). E a valorização do exercício como elemento essencial para uma vida saudável encontra reforço no romantismo, que estimula maior aproximação da natureza. Entretanto, a experiência das epidemias deixou sua marca, elaborando o conceito de perigo social, “usado mais como pretexto para um controle sobre as pessoas e não somente sobre as doenças do que para medidas específicas de prevenção”⁶. É nesse período que, na Alemanha, se define a idéia de polícia médica, em plena coerência com o cameralismo⁷. Não tendo os alemães participado ativamente das grandes navegações e da colonização decorrente, o principal objetivo do mercantilismo foi aumentar a força interna do Estado - particularmente depois que o império germânico foi esfacelado nos Tratados de Paz da Westphalia (1648) - para o que foi importante o conceito de polícia. Concordando com a ideologia hegemônica na Alemanha no final do século XVII, que afirmava ser o crescimento populacional a manifestação primeira da prosperidade e bem-estar de um povo e que, portanto, um bom governo deve agir para proteger a saúde de seus súditos, Leibnitz sugeriu, em 1680, ao imperador Leopoldo I, a criação de um órgão administrativo encarregado dos assuntos de polícia, o que implicava a existência de um conselho de saúde. Logo após (1685), Frederico-Guilherme de Hohenzollern – o Grande Eleitor de Brandenburgo – cria, nos territórios que viriam a constituir o reino da Prússia, um *Collegium sanitatis*, definindo uma autoridade médica para supervisionar a saúde pública⁸.

Nesse período pode-se observar, também, que o ensino do cameralismo na Universidade – iniciado sob o reinado do, então, imperador Frederico-Guilherme I – favorecendo o desenvolvimento do ramo da Administração Pública conhecido como ciência da polícia, forneceu as bases para a definição da polícia médica, a ele estruturalmente vinculada. Assim, a teoria política do contratualista barão de Pufendorf – revelada no *Direito natural e direito das gentes*, de 1672 – além de insistir em que “a força de um Estado consiste no valor e nas riquezas dos Cidadãos: ..(e que o Soberano, portanto,).. não deve nada negligenciar, para promover o cuidado e o aumento dos bens dos particulares”⁹, dedica um capítulo a “Os deveres do homem com relação a ele mesmo, tanto para o que respeita ao cuidado de sua alma, quanto para aquilo que concerne ao cuidado de seu corpo e de sua vida”¹⁰. Nesse trecho ele afirma ser necessário “trabalhar para ter a saúde com bom senso”, lembrando que a saúde encerra todos os outros bens¹¹. E seus seguidores, como von Justi, escrevendo no auge do

⁵ Montaigne, *Essais*, II,37; II, 2.

⁶ Berlinguer, G. **A doença**. São Paulo, CEBES-HUCITEC, 1988, p.82

⁷ Ensinam os historiadores da civilização que o mercantilismo alemão, interessado sobretudo em aumentar as rendas do Estado, ficou conhecido como “cameralismo”, uma vez que *Kammer* significa *tesouro real*.

⁸ É o que nos ensina George Rosen na obra **Da polícia médica à medicina social** (Rio de Janeiro, Graal, 1980. p. 151-3

⁹ Cf. Pufendorf, S. **Le droit de la nature et des gens** L 6, cap. IX. Traduzido por Jean Barbeyrac 4^a ed. Bâle, E.&J.R. Thourneisen, frères, 1732 Tomo 2, p.349

¹⁰ Cf. Pufendorf, S. **op.cit.** L2, cap. IV

¹¹ idem ibidem p.244

despotismo esclarecido¹² (exercido na Alemanha por Frederico II¹³), advogavam que o soberano fizesse todo o possível para prevenir as doenças contagiosas e para, em geral, diminuir as doenças entre os súditos. Para isso deveria, empregando o aparato administrativo do Estado, estimular a prática da medicina, da cirurgia, do partejo, da farmácia e regulamentar o exercício dessas atividades para evitar abusos e o charlatanismo. Deveria, também, promover a pureza da água e dos alimentos, assim como, assegurar a higiene do meio, regulando, inclusive, as edificações em solo urbano¹⁴.

Fica claro que a sistematização da polícia médica resulta, especialmente, da profunda influência exercida – durante todo o século XVIII – pela filosofia do Iluminismo, que considera a razão o único caminho para a sabedoria. Assim, ao não admitir as explicações sobrenaturais para os fenômenos naturais, o Iluminismo promove a ampla aceitação da obrigação do Estado de controlar o exercício das práticas médico-cirúrgicas e farmacêuticas, combatendo o charlatanismo. Do mesmo modo, por buscar empregar o método científico na descrição das doenças e na determinação dos tratamentos, essa filosofia eleva o exercício das ciências médicas (como das demais profissões liberais) a uma condição de dignidade inimaginável na Idade Média, o que justifica plenamente a regulamentação estatal do ensino médico. E, também, ao advogar a possibilidade de planejamento da atividade estatal somada à exaltação crescente dos direitos naturais do homem – que permitiu consagrar mais atenção aos infortúnios das classes mais pobres – o Iluminismo estimulou a drenagem de pântanos, a abertura de canais, favorecendo a prevenção de epidemias.

A noção contemporânea de saúde pública ganha maior nitidez de contorno no Estado liberal burguês do final do século dezoito. A assistência pública, envolvendo tanto a assistência social propriamente dita (fornecimento de alimentação e abrigo aos necessitados) como a assistência médica, continuou a ser considerada matéria dependente da solidariedade de vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se a ação das comunidades locais fosse insuficiente. Pode-se colocar nessa atuação subsidiária do Estado um primeiro germe do que viria a ser o serviço público de saúde. Entretanto, tomando-se o exemplo francês, verifica-se que a grande transição revolucionária – que passa tanto pela supremacia dos jacobinos quanto pela militarização napoleônica – retarda o início da instauração efetiva da assistência à saúde como objeto do serviço público, para o período conhecido como Restauração¹⁵.

Por outro lado, a proteção da saúde é admitida no elenco das atividades do Estado liberal e recebe, portanto, um status constitucional. Isso significa que, apesar do empirismo que caracteriza a regulamentação das atividades de interesse para a proteção da saúde, as medidas de polícia administrativa relativas a tal proteção devem estar sob o manto da lei. Apareceram, assim, durante a Restauração (para ficar no exemplo francês) as primeiras leis que tratavam organicamente da higiene urbana, da noção de estabelecimento insalubre e do controle sanitário de fronteiras.¹⁶ Não se pode ignorar, contudo, que, tanto o controle do ensino e do exercício da medicina e da farmácia – profissões cuja regulamentação estatal era advogada há cerca de 50 anos – quanto a manutenção dos hospitais pelas comunas, também, receberam acolhida

¹² Suas obras sobre a administração do Estado e os fundamentos da ciência da polícia datam de 1755 e 1756, respectivamente.

¹³ 1740-86

¹⁴ Cf. Rosen, George. **Op. cit.** p. 159

¹⁵ 1841 (1ª queda de Napoleão) – 1830 (revolução de julho, queda de Charles X).

¹⁶ Ver o trabalho de Jean-Michel Lemoyne de Forges intitulado *L'intervention de l'Etat en matière sanitaire: quelques repères historiques*, publicado no **Rapport Public 1998** do Conseil d'Etat (Paris, La documentation Française, p.489-501)

constitucional, uma vez que o Estado liberal e burguês daquele final de século legislou sobre esses assuntos¹⁷. Em suma, as atividades do Estado relacionadas à vigilância sanitária, durante a implantação do liberalismo, eram em tudo coincidentes com os interesses da burguesia vitoriosa: valorizando sobremaneira o individualismo dominante, limitá-lo apenas naquilo estritamente necessário à preservação da segurança individual, com o mais absoluto respeito à lei – condição do Estado de Direito.

Entretanto, é apenas a partir da segunda metade do século dezenove que a higiene se torna um saber social, que envolve toda a sociedade e faz da saúde pública uma prioridade política. São desse momento as primeiras tentativas de ligar a saúde à economia, reforçando a utilidade do investimento em saúde¹⁸. Por outro lado, inúmeros trabalhos de pesquisa conformes ao paradigma científico vigente revelam claramente a relação direta existente entre a saúde e as condições de vida. Assim, proteger a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública. A idéia de prevenção encontra, então, ambiente propício à sua propagação. Inicialmente fomentada por associações¹⁹, a prevenção se transforma tanto em objetivo político quanto social. Tratava-se de encontrar os sinais precursores da doença para evitá-la. Nesse sentido, a vacinação e a descoberta de Pasteur, com o posterior isolamento do germe, provoca uma verdadeira revolução na prevenção de moléstias, pois proteger contra a infecção permite simplificar a precaução. São criados os Comitês de Vacinação e se verifica que, politicamente, o risco de contrair doenças se sobrepõe ao da própria moléstia, transformando-a de episódio individual em objetivo coletivo, principalmente por meio da disseminação dos meios estatísticos na avaliação da saúde.

O início do século vinte encontra instaurada a proteção sanitária como política de governo. E são hierarquizadas três formas – hoje clássicas – de prevenção²⁰: a **primária**, que se preocupa com a eliminação das causas e condições de aparecimento das doenças, agindo sobre o ambiente (segurança nas estradas, saneamento básico, por exemplo) ou sobre o comportamento individual (exercício e dieta, por exemplo); a **secundária** ou prevenção específica, que busca impedir o aparecimento de doença determinada, por meio da vacinação, dos controles de saúde, da despistagem; e a **terciária**, que visa limitar a prevalência de incapacidades crônicas ou de recidivas. O Estado do Bem-Estar Social da segunda metade daquele século reforça a lógica econômica, especialmente em decorrência da evidente interdependência entre as condições de saúde e de trabalho, e se responsabiliza pela implementação da prevenção sanitária. Instituem-se, então, os sistemas de previdência social, que não se limitam a cuidar dos doentes, mas organizam a prevenção sanitária. Inicialmente eles pressupunham uma diferenciação entre a assistência social – destinada às classes mais desfavorecidas e baseada no princípio de solidariedade e, portanto, financiada por fundos públicos estatais – e a previdência social, um mecanismo assecuratório restrito aos trabalhadores. Entretanto, exatamente porque a prevenção sanitária era um dos

¹⁷ Na França, leis de 10 de março (medicina) e 11 de abril (farmácia) de 1803 e a lei de 16 vendémiaire na V, que introduz um modelo de gestão comunal (os diversos estabelecimentos e casas de caridade são re-agrupados sob um estabelecimento público comunal, dirigido por uma comissão administrativa municipal, destinado exclusivamente aos doentes locais)

¹⁸ Veja-se, por exemplo, o trabalho de Chadwick, E. *Rapport sur la condition sanitaire des travailleurs en Grande-Bretagne*.

¹⁹ Tomando o exemplo francês, basta lembrar a Société française de tempérance, organizada em 1873, para lutar contra o alcoolismo; a Société protectrice de l'enfance, organizada em 1865, militando pela alimentação com leite materno; ou o Comitê de défense contre la tuberculose, criado em 1896.

²⁰ Veja-se, especialmente, a obra de Leavell & Clark, **Medicina preventiva**. (São Paulo, McGraw-Hill do Brasil, 1976)

objetivos do desenvolvimento do Estado, logo se esclarece o conceito de seguridade social, que engloba os sub-sistemas de assistência, previdência e saúde públicas²¹. Trata-se, portanto, de identificar a responsabilidade *a priori* do Estado. Assim, mesmo no que respeita aos estilos de vida, verifica-se um grande investimento estatal²².

Os últimos anos do século vinte, contudo, revelam uma nova concepção da saúde pública, fortemente influenciada seja pelo relativo fracasso das políticas estatais de prevenção, que não conseguiram superar os limites impostos pela exclusão social, seja pela constatação – agora científica – da importância decisiva de comportamentos individuais no estado de saúde. Por outro lado, o predomínio da ideologia neo-liberal provocou uma diminuição do papel do Estado na sociedade em favor dos grupos e associações e da própria responsabilidade individual. A evolução da organização dos cuidados relativos à AIDS – na grande maioria dos Estados contemporâneos – é um exemplo eloqüente dessa nova concepção. Com efeito, prevaleceu a idéia de que a proteção contra a doença é responsabilidade individual e que os grupos – de doentes ou de portadores do vírus ou de familiares ou amigos deles – devem organizar a prestação dos cuidados de saúde, ficando o Estado subsidiariamente responsável pelo controle da qualidade do sangue, fator importante na cadeia da causalidade, mas, certamente, não o único. Reforça-se, assim, o papel dos comportamentos individuais e não se questionam as estruturas econômicas e sociais subjacentes. De fato, o que se verifica, então, é que as estruturas estatais de prevenção sanitária passam a estabelecer suas prioridades, não mais em virtude dos dados epidemiológicos, mas, principalmente, em decorrência da análise econômica de custo/benefício. E isso, por vezes, acaba implicando a ausência de prevenção, elemento historicamente essencial ao conceito de saúde pública.

2. Saúde como direito e direito à saúde

O reconhecimento do direito à saúde, nas sociedades contemporâneas, tem sido objeto de polêmicas envolvendo políticos, advogados, cientistas sociais, economistas e profissionais de saúde. Discute-se, especialmente, a eficácia do argumento jurídico em relação aos direitos sociais e as externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde enquanto bem econômico. Entretanto, nos novos Estados e naqueles radicalmente reformados²³, assim como nas sociedades mais tradicionais e desenvolvidas, existe interesse inafastável no tratamento da saúde como direito. De fato, a universalização do acesso às ações e serviços de saúde – componente essencial do direito à saúde – é tema da pauta de reivindicações populares e de *fora* científicos, tanto nos Estados Unidos da América²⁴ quanto na África do Sul²⁵.

Para que se possa compreender a argumentação atual, distinguindo as razões de ambos os lados – por vezes antagônicas – da polêmica, é preciso examinar o aparecimento e a evolução do conceito de direito à saúde. Muito já se escreveu a respeito da conceituação da saúde durante a história da humanidade. Entretanto, o

²¹ Modelo adotado, por exemplo, na Constituição federal brasileira de 1988 (art.195)

²² Considerem-se, por exemplo, os investimentos dos Estados contemporâneos na luta anti-tabagista.

²³ Veja-se, por exemplo, a Constituição portuguesa de 1972 e a Constituição da República do Gabão de 1975.

²⁴ Frequentemente referida nas reuniões anuais da American Public Health Association durante os últimos decênios, foi concretizada no President's Report to the American People, de outubro de 1993.

²⁵ Especialmente abordada durante as discussões da nova Bill of Rights sul-africana.

reconhecimento de que a saúde de uma população está relacionada às suas condições de vida e de que os comportamentos humanos podem constituir-se em ameaça à saúde do povo e, conseqüentemente, à segurança do Estado, presente já no começo do século XIX, fica claramente estabelecido ao término da chamada “II Guerra Mundial”. Sem dúvida, a experiência de uma guerra apenas vinte anos após a anterior, provocada, em grande parte, pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes, a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade iniludível de promover um novo pacto, personificado na Organização das Nações Unidas. Esse organismo incentivou a criação de órgãos especiais destinados a promover a garantia de alguns direitos considerados essenciais aos homens. A saúde passou, então, a ser objeto da Organização Mundial de Saúde, que a considerou o primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”²⁶. No preâmbulo de sua Constituição, assinada em 26 de julho de 1946, é apresentado o conceito de saúde adotado: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Observa-se, portanto, o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando a experiência predominante na história da humanidade, de que são reflexos os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels, por exemplo.

O conceito de saúde acordado em 1946 não teve fácil aceitação. Diz-se que corresponde à definição de felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, não é operacional. Vários pesquisadores procuraram, então, enunciar de modo diferente o conceito de saúde. Assim, apenas como exemplo, para Alessandro Seppilli saúde é “a condição harmoniosa de equilíbrio funcional, físico e psíquico do indivíduo integrado dinamicamente no seu ambiente natural e social”²⁷, para John Last saúde é um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa²⁸, e para Claude Dejours, convencido de que não existe o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado²⁹. Esses exemplos parecem evidenciar que, embora se reconheça sua difícil operacionalização, qualquer enunciado do conceito de saúde que ignore a necessidade do equilíbrio interno do homem e desse com o ambiente, o deformará irremediavelmente.

É curioso notar a diferença essencial das declarações de direitos do século dezoito, com seus antecedentes mais famosos (Magna Carta e a *English Bill of Rights*). Com efeito, a justificativa para a declaração de direitos das revoluções burguesas era a existência de direitos inerentes a todos os seres humanos e por isso mesmo inalienáveis, que poderiam ser coerentemente enumerados e, portanto, denominados “direitos humanos”. Não mais se tratava de concessões extorquidas do governante, o que revelava disputa entre diferentes grupos de interesse. Assim, o respeito aos direitos humanos tornava mais eficiente o governo da sociedade, evitando-se a discórdia excessiva e, conseqüentemente, a desagregação da unidade do poder³⁰. Esse individualismo permaneceu a característica dominante nas sociedades reais ou

²⁶ Cf. Constituição da Organização Mundial de Saúde, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em New York de 19 a 22 de julho de 1946.

²⁷ Citado por Berlinguer, G. *ob.cit.*, 1988.p.34.

²⁸ Cf. Last, J.M. *Health. A dictionary of epidemiology*. New York, Oxford University Press, 1983.

²⁹ Cf. Dejours, C. *Por um novo conceito de saúde*. *Rev.bras.Saúde ocup.*, 14(54):7-11, 1986.

³⁰ Cf. Aron, R. *Le spectateur engagé*. Paris, Gallimard, 1981.p.289-91.

históricas que sucederam àquelas diretamente forjadas nas revoluções burguesas. Nem mesmo o socialismo ou as chamadas “sociedades do bem-estar” eliminaram a predominância do individualismo, uma vez que são indivíduos os titulares dos direitos coletivos, tais como a saúde ou a educação. Justifica-se a reivindicação encetada pelos marginalizados de seus direitos humanos frente à coletividade, porque os bens por ela acumulados derivaram do trabalho de todos os membros dessa coletividade. Os indivíduos têm, portanto, direitos de crédito em relação ao Estado – representante jurídico da sociedade política.

Embora o individualismo permanecesse como principal característica dos direitos humanos enquanto direitos subjetivos, foram estabelecidos diferentes papéis para o Estado, derivados da opção política pelo liberalismo ou pelo socialismo. De fato, para a doutrina liberal o poder do Estado deve ser nitidamente limitado, havendo clara separação entre as funções do Estado e o papel reservado aos indivíduos. Já o socialismo, impressionado com os efeitos sociais da implementação do Estado liberal – e do egoísmo capitalista que lhe serviu de corolário – magistralmente apresentados por Charles Dickens³¹, por exemplo, reivindicava para o Estado papel radicalmente oposto. Com efeito, os socialistas do século dezenove lutavam para que o Estado interviesse ativamente na sociedade para terminar com as injustiças econômicas e sociais. Entretanto, nem mesmo os socialistas ignoraram o valor das liberdades clássicas, do respeito aos direitos individuais declarados na Constituição.

O mundo contemporâneo vive à procura do difícil equilíbrio entre tais papéis heterogêneos, hoje, indubitavelmente, exigência do Estado democrático. Todavia, o processo de internacionalização da vida social acrescentou mais uma dificuldade à consecução dessa estabilidade: os direitos cujo sujeito não é mais apenas um indivíduo ou um conjunto de indivíduos, mas, todo um grupo humano ou a própria humanidade. Bons exemplos de tais direitos de titularidade coletiva são o direito ao desenvolvimento³² e o direito ao meio-ambiente sadio³³. Ora, a possibilidade de conflito entre os direitos de uma determinada pessoa e os direitos pertencentes ao conjunto da coletividade pode ser imediatamente evidenciada e, talvez, os totalitarismos do século vinte, supostamente privilegiando os direitos de um povo e, nesse nome, ignorando os direitos dos indivíduos, sejam o melhor exemplo de uma das faces da moeda. A outra face pode ser retratada na destruição irreparável dos recursos naturais necessários à sadia qualidade de vida humana decorrente do predomínio do absoluto direito individual à propriedade.

Apesar do grande conteúdo político abrigado na expressão direitos humanos – responsável pelo interesse primário dos filósofos – foi necessária a gradual positivação desses direitos para torná-los eficazes. Assim, não se pôde prescindir do estabelecimento do Estado de Direito, contemporâneo da adoção da Constituição – limite para todas as atividades – públicas e privadas – que pudessem ser exercidas no âmbito de atuação do poder estatal³⁴. O Estado de Direito se consolida na doutrina jurídica clássica como “um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade com base na ordem jurídica”³⁵. Para a efetivação dos direitos humanos, a gradual positivação acima referida envolveu, também, a criação de um sistema legal específico para a

³¹ Como em *Oliver Twist*.

³² Objeto da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento, adotada pela Assembléia Geral da ONU em 4 de dezembro de 1986.

³³ Objeto da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, da ONU.

³⁴ Tal é a lição de Rousseau, no **Contrato Social** (livro II, XII), totalmente absorvida no processo de elaboração e ratificação da primeira Constituição escrita: a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787. Cf., especialmente, Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. **O Federalista** (artigo 27)

³⁵ Cf. Kelsen, H. **Teoria General del Estado**. Mexico, Editora Nacional, 1959.p.120

proteção desses direitos. A obviedade de tal afirmação decorre do reconhecimento do potencial conflituoso dos direitos envolvidos, já mencionado. Portanto, apenas se poderá alcançar um equilíbrio entre os direitos humanos e o poder político quando todas as partes estejam submetidas a reais limitações, que, sem dúvida, serão estabelecidas pela autoridade política. A partir das revoluções liberais do século dezoito, houve, então, uma introdução progressiva das declarações de direitos nos textos constitucionais ao ponto em que a teoria constitucional passou a considerar que “as Constituições dos ... Estados burgueses estão ... compostas de dois elementos: de um lado, os princípios do Estado de Direito para a proteção da liberdade burguesa frente ao Estado; de outro, o elemento político do qual se deduzirá a forma de governo ... propriamente dita”³⁶.

A aceitação da existência de direitos que pertencem a toda a humanidade ou a parte dela que não está contida em apenas um Estado fez com que a lei que abriga os direitos humanos tivesse um caráter internacional. Contudo, não foi essa a origem das normas internacionais de direitos humanos no século vinte. Szabo³⁷ afirma que “o que conduziu finalmente à adoção ‘oficial’ de medidas tendentes a assegurar a proteção internacional dos direitos humanos foi a quantidade de atrocidades cometidas contra a humanidade pelos poderes fascistas durante a segunda guerra mundial”, referindo expressamente a declaração do presidente Roosevelt³⁸ que enumerava quatro liberdades básicas: liberdade de opinião e expressão, liberdade de culto, direito a ser libertado da miséria e garantia de viver sem ameaças. Dessa forma, quando na conferência de São Francisco, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas-ONU, ficou estabelecida a necessidade de redigir um documento sobre os direitos humanos que deveria expressar claramente todos os direitos humanos, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais, e que se deveria criar uma Comissão de direitos humanos como uma das principais da nova Organização.

Em 10 de dezembro de 1948 a 3ª Assembléia geral da ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que não tem, no sistema legal internacional, caráter vinculante, tendo apenas valor moral. Entretanto, apesar da força apenas moral, a Comissão de direitos humanos do Conselho econômico e social reconheceu a necessidade de redigir um convênio sobre direitos humanos, onde os Estados se comprometeriam a respeitar os direitos declarados, aumentando a força vinculante do conteúdo daqueles direitos humanos. Em 1966 a Assembléia geral da ONU aprovou dois pactos de direitos humanos: o Pacto de direitos civis e políticos e o Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais, curiosamente contrariando o estabelecido pela própria Assembléia geral em sua primeira sessão. Com efeito, havia-se decidido, em 1950, que “o desfrute das liberdades civis e políticas e dos direitos econômicos, sociais e culturais são interdependentes” e que “quando um indivíduo é privado de seus direitos econômicos, sociais e culturais, ele não caracteriza uma pessoa humana, que é definida pela Declaração como o ideal do homem livre”³⁹. É importante observar que as convenções são, ainda, o modo mais eficaz para o estabelecimento dos direitos humanos na esfera internacional. A saúde é indiretamente reconhecida como direito na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU), onde é afirmada como decorrência do direito a um nível de vida adequado, capaz de assegurá-la ao indivíduo e à sua família(art.25). Entretanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, dispõe que:

³⁶ Cf. Schmitt, C. **Teoría de la Constitución**. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1934. p.47

³⁷ Cf. Szabo, I. Fundamentos históricos de los derechos humanos. In: Vasak, K. (ed.) Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. Barcelona, Serbal/UNESCO, 1984. V. I, p.50

³⁸ Em 26 de janeiro de 1941

³⁹ Assembléia Geral, resolução 543, 6

- “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental.
2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para:
- a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças;
 - b) A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.” (art.12)

Pode-se verificar, portanto, que o conceito de saúde adotado nos documentos internacionais relativos aos direitos humanos é o mais amplo possível, abrangendo desde a típica face individual do direito subjetivo à assistência médica em caso de doença, até a constatação da necessidade do direito do Estado ao desenvolvimento, personificada no direito a um nível de vida adequado à manutenção da dignidade humana. Isso sem esquecer do direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo.

3. Do direito à saúde ao conceito de direito sanitário

Atualmente a humanidade não hesita em afirmar – ainda que o matizando – que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado, ora para preservar as liberdades fundamentais, principalmente por meio da eficiente atuação do Poder Judiciário, ora para eliminar progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas⁴⁰. Trata-se, então, da reivindicação do direito à saúde. Por outro lado, tendo o Estado assumido inicialmente a prestação de cuidados de saúde como prestação de um serviço público, grande quantidade de textos legais rege a execução desse serviço. Isso porque toda atividade administrativa do Estado moderno é realizada sob a lei. Com efeito, sendo a administração pública nesse Estado limitada pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e pela indisponibilidade dos interesses públicos e sendo o interesse público definido pela própria sociedade, o administrador não pode trabalhar senão com o conhecimento do interesse público que ele deve realizar. Ora, o interesse público no moderno Estado de Direito, porque sob leis, é definido pela sociedade em forma de textos legislativos que representam a vontade geral dessa sociedade. Assim, o administrador público deve agir guiado por uma série de leis orientadas para o perfazimento do interesse público que, no que respeita aos cuidados sanitários, delimitam os objetivos da atuação do Estado na área da saúde e os meios a serem empregados para atingi-los.

⁴⁰ Veja-se, por exemplo: Comparato, F.K. Direitos Humanos e Estado. **In:** Fester, A.C.R.(org.) Direitos humanos e... São Paulo, Brasiliense,1989.p.93-105

Contudo, como já se viu, a saúde não tem apenas um aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. É a própria sociedade, por decorrência lógica, que define quais são esses comportamentos nocivos e determina que eles sejam evitados, que seja punido o infrator e qual a pena que deve ser-lhe aplicada. Tal atividade social é expressa em leis que a administração pública deve cumprir e fazer cumprir. São, também, textos legais que orientam a ação do Estado para a realização do desenvolvimento sócio-econômico e cultural. Conceitualmente, a sociedade define os rumos que devem ser seguidos para alcançá-lo, estabelecendo normas jurídicas cuja obediência é obrigatória para a administração pública⁴¹. E como a saúde depende também desse nível de desenvolvimento, as disposições legais que lhe interessam estão contidas em tais planos de desenvolvimento do Estado.

O direito da saúde pública é, portanto, parte do que tradicionalmente se convencionou chamar de direito administrativo, ou uma aplicação especializada do direito administrativo. É parte do direito administrativo porque refere sempre atuações estatais orientadas, o mais exaustivamente possível, pela própria sociedade, por meio do aparelho legislativo do Estado. Em termos práticos, ao direito da saúde pública assenta perfeitamente o rótulo de direito administrativo porque se trata de disciplina normativa que se caracteriza pelo preenchimento daqueles princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público⁴². Entretanto, a referência ao direito administrativo não é suficiente, uma vez que na aplicação peculiariza-se o direito da saúde pública: ora são as atuações decorrentes do poder de polícia, ora a prestação de um serviço público, ora, ainda, um imbricamento de ambos, como no caso da vacinação obrigatória realizada pelos serviços de saúde pública, que visam, principal ou exclusivamente, promover, proteger ou recuperar a saúde do povo⁴³.

O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado. Tem, também, abarcado a sistematização da preocupação ética voltada para os temas que interessam à saúde⁴⁴ e, especialmente, o direito internacional sanitário, que sistematiza o estudo da atuação de organismos internacionais que são fonte de normas sanitárias e dos diversos órgãos supra-nacionais destinados à

⁴¹ É o que afirma o artigo 174 da Constituição do Brasil, por exemplo: “... o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de ... e planejamento, sendo este determinante para o setor público ...”

⁴² Cf. Bandeira de Mello, C.A. **Elementos de direito administrativo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.p.5

⁴³ Veja-se Moreau, J. *Droit administratif fondamental et droit administratif appliqué: l'exemple du droit de la santé publique*. In: Truchet, D. (org.) *Etudes de droit et d'économie de la santé*. Paris, Economica, 1982

⁴⁴ Veja-se, por exemplo, a freqüente publicação de livros dedicados aos dois temas, como: Hall, M.A. & Ellman, I.M. **Health care law and ethics**. St. Paul., Minn., West Publishing Co., 1990 e Bourgeault, G. **L'éthique et le droit**. Bruxelles, De Boeck-Wesmael, 1990.

implementação dos direitos humanos. Afirmar que o direito sanitário é uma disciplina nova não significa negar a existência de legislação de interesse para a saúde desde os períodos mais remotos da história da humanidade ou a subsunção da saúde nos direitos humanos, de reivindicação imemorial. Significa, porém, reconhecer que “desde o fim do século XIX e sobretudo nos últimos cinquenta anos, as relações de direito público no campo sanitário e social foram consideravelmente ampliadas, multiplicadas, enriquecidas a ponto de produzir esse ‘precipitado’ que será ainda relativamente novo em 1990”⁴⁵.

Há muito, a Organização Mundial de Saúde se interessa pelo direito e a legislação sanitária, tanto no plano internacional como nos diferentes Estados. Todavia, o desenvolvimento contemporâneo desse interesse é, também, recente. Apenas em 1977, durante a 30ª Assembléia Mundial de Saúde, ficou resolvido que “reconhecendo que uma legislação sanitária adaptada aos imperativos nacionais tende a proteger e melhorar a saúde do indivíduo e da coletividade” se “pede ao Diretor Geral que reforce o programa da OMS no campo da legislação sanitária para ajudar os Estados membros ... estude e coloque em prática os melhores meios de difusão da informação legislativa nos Estados membros objetivando inspirar a formulação ou a revisão de textos de leis relativos à saúde”⁴⁶. Tal Resolução provocou a manifestação da 33ª Assembléia Mundial de Saúde (1980) que, durante sua 17ª Sessão Plenária manifestou-se sobre o “rapport” do Diretor Geral, nos seguintes termos: “Notando que uma legislação sanitária apropriada é um elemento essencial dos sistemas de serviços de saúde e de higiene do meio ambiente”, “pede ao Diretor Geral ... a elaboração de um programa detalhado de cooperação técnica e de transferência de informação em matéria de legislação sanitária”⁴⁷.

O Escritório Regional para a Europa, da Organização Mundial de Saúde, criou, em conseqüência dessas recomendações, um Comitê Consultivo de Legislação Sanitária que, considerando que “para atuar a política de saúde que deseja, um governo pode apoiar-se ... na legislação e regulamentação propriamente ditas”, decidiu realizar uma pesquisa sobre o ensino do tema. O estudo tinha os seguintes objetivos: “rever e analisar a situação européia concernente aos programas e meios de formação em direito e legislação sanitária; comparar a situação nos diferentes países da Europa com relação às instituições concernentes e os conteúdos dos programas de ensino; indicar as tendências atuais na Europa quanto a esse ensino; formular as recomendações para encorajar tal ensino e promover seu reconhecimento e sua utilização ótima pelos Estados membros”⁴⁸. Os resultados dessa pesquisa apontam a existência de inúmeros cursos, tanto em escolas de formação médica como jurídicas e mesmo em institutos de nível superior agregados ou não às Universidades.

Em 1984 o direito sanitário era ensinado em todos os Estados da Comunidade Econômica Européia de então, com a única possibilidade de exceção do Luxemburgo (onde o Comitê não conseguiu a informação). Os mais amplos programas de pós-graduação na matéria eram encontrados na Itália e na França. A Faculdade de Direito da Università degli studi di Bologna organizou em 1962 um curso de

⁴⁵ Cf. Moreau, J. & Truchet, D. **Droit de la santé publique**. 2ª ed. Paris, Daloz, 1990.p.6

⁴⁶ World Health Assembly, 30th, Geneva, May, 1977. [Resolution] WHA 30.44. In: World Health Organization. Handbook of resolutions and decisions of the World Health Assembly and the Executive Board: 1973-1984. Geneva, 1985. V.2

⁴⁷ World Health Assembly, 33rd, Geneva, May, 1980. [Resolution] WHA 33/17. In: World Health Organization. Handbook of resolutions and decisions of the World Health Assembly and the Executive Board: 1973-1984. Geneva, 1985. V.2

⁴⁸ Cf. Auby, J-M. **Legislation sanitaire: programmes et moyens de formation en Europe**. Paris, Masson, 1984.p.5-7

aperfeiçoamento em direito sanitário, que, em 1979, originou a Scuola de Perfezionamento in Diritto Sanitário, agregada àquela Faculdade de Direito. Esse curso, realizado em dois anos, com um mínimo de 110 horas, oferece um diploma de aperfeiçoamento em direito sanitário, para graduados em várias áreas (direito, ciência política, economia, medicina, veterinária, farmácia, engenharia, por exemplo), desejosos de receber formação especializada em direito sanitário. Na França, o Centro de Direito Sanitário, da Universidade de Bordeaux I, permite aos titulares de mestrado em direito público ou privado ou graduados em medicina, farmácia, odontologia, entre outros, conquistarem o Diploma de Estudos Especializados em Direito Sanitário que lhes dá o direito de, após dois anos, obter o grau de doutor, pela redação de uma tese. O programa tem a duração de um ano, com 145 horas.

Nas Américas, a Faculdade de Saúde Pública da Columbia University, nos Estados Unidos, uma das primeiras escolas de saúde pública no mundo, mantém regularmente disciplinas como: legislação de saúde pública, aspectos legais da administração dos serviços de saúde, regulamentação dos cuidados de saúde e legislação e política populacional. Nelas são abordados, por exemplo, os seguintes temas: direitos humanos e aspectos legais do aborto, da esterilização compulsória e do acesso à contracepção; análise jurídica do estado atual e das tendências observáveis da legislação das organizações de prestação de cuidados de saúde. Também nos Estados Unidos da América, o relatório da “Comissão sobre Educação para Administradores de Saúde” incluiu como o primeiro elemento chave para a gerência administrativa em saúde e atenção médica o conhecimento da “legislação que envolve todos os tipos de instituições, agências e programas de saúde e atenção médica”⁴⁹. E a Lei 94-484, de 1976, conhecida como “The Health Profession Educational Assistance Act”, orientou as iniciativas do governo federal para incluírem entre seus objetivos específicos “o apoio ao desenvolvimento ou expansão do conteúdo ou linha mestra de programas especializados em política e legislação”⁵⁰.

Mais recentemente, a Organização Pan-americana de Saúde, escritório regional para as Américas da Organização Mundial de Saúde, buscando contribuir para a reorganização e reorientação do setor saúde, por meio da descentralização e da participação social, publicou o documento “Desenvolvimento e Fortalecimento dos Sistemas Locais de Saúde: a Administração Estratégica”, onde afirma ser a legislação um dos meios para que a saúde se converta em ingrediente fundamental do processo de desenvolvimento. Assim, considera que “a legislação não é apenas o instrumento formal por meio do qual se deve re-estruturar o setor saúde a fim de permitir seu adequado funcionamento, senão, também, o marco adequado para gerar as condições de pleno desenvolvimento físico e mental das pessoas e para que elas se integrem no processo como atores e beneficiários”, acrescentando que ela representa um meio para alcançar o desenvolvimento, global e inter-relacionado, devendo, portanto, ser analisada no contexto internacional, nacional e local⁵¹.

No Brasil deve-se reconhecer o pioneirismo de alguns estudiosos do direito sanitário⁵² e do trabalho daquele grupo de professores e profissionais das áreas

⁴⁹ Cf. W.K. Kellogg Foundation. **Summary and the report of the Commission on Education for health Administration**. Ann Arbor, Michigan, Health Administration Press, 1974

⁵⁰ Hatch, T.D. & Holland, W.J. Education for health management: a federal perspective. In: Levey, S. & McCarthy, T. Health management for tomorrow. Philadelphia, J.B.Lippincott, 1980.

⁵¹ Organización Panamericana de la Salud. **Desarrollo y fortalecimiento de los sistemas locales de salud: la administración estratégica**. Washington, 1992.p.27.

⁵² Veja-se Hélio Pereira Dias (Direito de saúde. Rio de Janeiro, ESESP,1979) e César Luiz Pasold (Estudo evolutivo da legislação sanitária catarinense e suas repercussões na estrutura dos serviços de saúde pública de Santa Catarina. São Paulo, 1978. [Dissertação de Mestrado – Faculdade de Saúde

do direito e da saúde pública que introduziram seu estudo sistemático como disciplina do conhecimento na Universidade de São Paulo, a partir de 1987. As diferentes origens acadêmicas geraram as sessões em que se discutiu em profundidade o conceito de saúde e o conceito de direito, apresentados, respectivamente, por professores de saúde pública e direito. Tais encontros foram o germe das Reuniões Científicas que caracterizaram os primeiros anos do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-CEPEDISA⁵³. A partir daí, definiu-se o que deveria ser o currículo básico para um curso de especialização⁵⁴, que – discutido com professores estrangeiros com experiência no ensino do direito sanitário – foi implantado regularmente na Universidade de São Paulo, a partir de 1989. A necessidade de institucionalização de grupos interdisciplinares fez com que a Universidade de São Paulo, ao reformar seus Estatutos em 1988, oferecesse abrigo aos *Núcleos de Apoio*, criados “com o objetivo de reunir especialistas de um ou mais órgãos e Unidades em torno de programas de pesquisa ou de pós-graduação de caráter interdisciplinar”⁵⁵. Por meio da primeira Resolução do Magnífico Reitor destinada à criação de núcleos de apoio à pesquisa, foi criado o Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário (Nap-DISA)⁵⁶ destinado a dar apoio à pesquisa em Direito Sanitário⁵⁷.

4. Autonomia científica do direito sanitário e sua interação com outras áreas do conhecimento

Para que se possa discutir a eventual autonomia do direito sanitário como ramo do conhecimento é necessário que se enfrente a enigmática e angustiante experiência contemporânea do direito e das leis. Com efeito, constata-se, inúmeras vezes, a existência de um conjunto de leis válidas e que exercitam o poder de império, obrigando aos comportamentos que prescrevem, e que não guardam qualquer vinculação com o sentimento de justiça preponderante entre as pessoas submetidas a determinado sistema normativo. Talvez seja essa uma das razões a explicar a existência de leis que – na linguagem popular brasileira – não pegam. E os estudiosos do direito constroem, então, teorias para explicá-lo como um sistema fechado em si mesmo⁵⁸, permitindo que se continue cingidamente a explicar o funcionamento do sistema jurídico no conforto proporcionado pela abstração dos constrangimentos éticos e políticos que definem o direito de cada sociedade. Não se pode negar, contudo, a capacidade que têm essas teorias para realizar a tarefa a que se propõem. Entretanto, compreender o sistema jurídico responde apenas a um dos sentidos do termo direito, palavra analógica que designa três realidades: o sistema normativo, as permissões dadas por meio de normas

Pública da USP]).

⁵³ Órgão científico de apoio ao ensino, à divulgação, pesquisa e prestação de serviços à comunidade, tanto da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, quanto da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Estatuto do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-CEPEDISA, art. 1º)

⁵⁴ Introdução à Filosofia e à Sociologia do Direito Sanitário; Ética em Saúde; Meios de Controle em Direito Sanitário; Direito Internacional Sanitário; Direito Sanitário do Trabalho e da Previdência Social; Direito Público Sanitário; Direito Penal Sanitário; Direito Civil Sanitário.

⁵⁵ Cf. Estatuto da Universidade de São Paulo, art. 7º

⁵⁶ Cf. Resolução nº 3.658, de 27 de abril de 1990, do Magnífico Reitor da Universidade de São Paulo

⁵⁷ Regimento do Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, art. 2º

⁵⁸ É o caso, por exemplo, de uma corrente de teóricos do direito, originada na Alemanha na segunda metade do século vinte, que tem como expoentes Niklas Luhmann e Gunther Teubner

jurídicas para a prática de atos (o chamado direito subjetivo) e a qualidade do que é justo⁵⁹.

Curiosamente, o sentido que primeiro se desenvolveu na civilização ocidental é exatamente aquele para o qual os teóricos e profissionais do direito vêm dedicando, historicamente, cada vez menos atenção: um ideal de comportamento social, qualificado, então, como justo. De fato, para os gregos, o justo (o direito) significava o que era visto como igual, mas na Roma Antiga já se podiam identificar duas palavras para traduzir a mesma situação: *jus* e *derectum* e – como para reforçar o caráter predominantemente prático daquela civilização – em pouco tempo o termo *derectum* se sobrepôs ao *jus*. Afastavam-se, assim, os juristas romanos das teorias abstratas sobre o justo em geral e construíam um modo operacional para examinar o que é justo. A preocupação com a identificação do direito com a justiça passou a ser, então, interesse do filósofo do direito e, com a afirmação do positivismo científico, eliminou-se mesmo do *curriculum* dos cursos jurídicos a disciplina filosofia do direito, em alguns Estados modernos⁶⁰. Isso não foi suficiente, contudo, para que se afastasse o desconforto que acomete toda a pessoa comum que deve definir o que seja o direito em uma dada situação, uma vez que ele se pode examinar sob mais de um prisma, inclusive, sob a ótica de sua correspondência ao senso comum de justiça.

Talvez a melhor forma de tornar clara a implicação semântica, privilegiando-se o sentido dos direitos subjetivos, sejam os direitos humanos. Com efeito, na lição de Goffredo Telles Júnior, – sempre que assegurados em normas jurídicas – os direitos humanos configuram permissões para a fruição dos bens a que a generalidade dos seres humanos atribui máximo valor. Ora, o elenco dos valores mais importantes para cada sociedade é historicamente construído e comunga, em suas raízes, com o sentido imperante de justiça. Trate-se, portanto, de defender – no sistema jurídico vigente – a vida, a saúde ou a liberdade de reunião ou de associação, por exemplo, sempre se estará atuando um direito subjetivo absolutamente permeado de valores sociais. Esse sentido do direito é bastante explorado, hodiernamente, pela teoria da argumentação jurídica. Os profissionais do direito empregam a argumentação jurídica para construir uma verdade ideal, aceita pelas partes em conflito, fundando seu discurso persuasivo naqueles valores.

As normas jurídicas podem ser examinadas, também, como objetos, uma ordenação a que as pessoas devem se sujeitar. Aqui, apesar de serem muitas as fontes dessas normas, sobressai em importância – especialmente a partir do liberalismo político – a lei. Hoje é difícil compreender o verdadeiro culto à lei, que a humanidade já praticou. Apenas para ilustrar, é conveniente lembrar que na Grécia Antiga (século IV a.C.) havia uma ação nominada (*graphè paranomon*) para punir aquele que tivesse proposto uma lei à Assembléia, que aprovada e implementada se revelasse nociva aos interesses da cidade⁶¹. Para os revolucionários burgueses do final do século dezoito, a forma ideal de oposição ao governo monárquico e absoluto era o estabelecimento da democracia, onde a vontade do povo estaria representada na lei. E como só é lei aquilo que interessa verdadeiramente à organização social e que é definido pelo povo, encontrando-se um mecanismo que impeça a instauração de qualquer outra ordem que não a legal se estará resolvendo o desafio formulado por Rousseau, ao iniciar o Contrato Social: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de

⁵⁹ Entre outras, na excelente lição de Goffredo Telles Júnior em **Iniciação na ciência do direito** (São Paulo, Saraiva, 2001)

⁶⁰ É o caso da França, por exemplo. (Cf. Garapon, A. La question du juge. in *Pouvoirs* (75):13-26. Paris, Seuil, 1995)

⁶¹ Ver Ferreira filho, M. G. **Do processo legislativo**. São Paulo, Ed. do autor, 1968. pág.23

cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”⁶². As revoluções burguesas procuraram essa fórmula no desenvolvimento da doutrina da separação de poderes, na afirmação da Constituição como o mais importante documento político de um povo, na formulação da doutrina do Estado de Direito e na idéia moderna de democracia. Assim, o ensinamento da experiência – mostrando que a especialização no exercício de qualquer função implica mais eficiência⁶³ – foi associado à interdição formal de que “aquele que faz as leis as execute”⁶⁴ e erigido em verdadeiro dogma⁶⁵. É, igualmente, a origem revolucionária que permite compreender o grande valor que foi dado à forma – muitas vezes em prejuízo do próprio conteúdo – na elaboração da doutrina do Estado de Direito. Com efeito, aos líderes revolucionários bastava que se declarassem extintos os privilégios e instituída a igualdade perante a lei para que a burguesia vencedora fosse *realmente* livre. Isso porque os obstáculos até então postos ao exercício da liberdade burguesa decorriam dos privilégios outorgados à aristocracia e da insegurança dos direitos que tinham como única fonte a vontade do soberano (por isso mesmo, dito absoluto) e não da falta de recursos materiais para tal exercício.

Instaurada a democracia liberal burguesa verificou-se – durante o século dezenove, no mundo ocidental – que apenas a garantia de igualdade formal (perante a lei), característica do Estado de Direito, não atendia ao anseio de liberdade real de todos aqueles que haviam sido excluídos do processo de elaboração legislativa. De fato, já a primeira Constituição francesa, ao estabelecer quem pode participar da feitura da lei, tanto compondo o Parlamento como elegendo representantes para compor o Parlamento, excluiu inicialmente todas as mulheres e em seguida os homens que não possuíssem patrimônio ou renda superior a determinado valor⁶⁶. Desenvolve-se, então, novo período revolucionário, pois ficava claro que os assalariados da indústria nascente, por exemplo, embora formalmente iguais aos proprietários, perante a lei, não possuíam as mesmas condições materiais de exercício do direito à liberdade que seus patrões. Assim, as revoluções operárias do final do século dezenove e começo do século vinte introduzem o adjetivo *social* para qualificar o Estado de Direito. Buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da idéia moderna de democracia, causada pelo predomínio da forma. É importante notar que esses revolucionários continuaram a valorizar a igualdade formal como uma conquista fundamental, que deveria, entretanto, ser acrescida das possibilidades de sua efetiva realização. Tratava-se, portanto, de reconhecer a existência de desigualdades materiais que inviabilizavam o gozo dos direitos liberais e de responsabilizar o Estado pelo oferecimento – inicialmente aos trabalhadores e, em seguida, a todos aqueles que necessitassem – daquelas condições que permitissem a igualdade real, de oportunidades. Caracterizam as conquistas desse período, a adoção do sufrágio universal⁶⁷ (garantindo a todos o direito de participar no processo de elaboração das leis, por meio da eleição de representantes), a inclusão de

⁶² Cf. Rousseau, J.J. **Op. cit.** Livro primeiro, cap. VI

⁶³ É a conclusão de Aristóteles em **A política**, Livro III, cap. XI; John Locke, no **Segundo tratado sobre o governo**, XII, XIII e XIV; e Montesquieu, no **espírito das leis**, VI, entre outros.

⁶⁴ Cf. Rousseau, J. J. **Op.cit.**, livro terceiro, cap. IV

⁶⁵ A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da revolução francesa de 1789, afirmava, no artigo 16: “ Toda sociedade na qual a garantia de direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”

⁶⁶ Cf. La Constitution de 1791, Chapitre premier, Section II, Art.2 & Section III, Art.3

⁶⁷ Introduzido na Constituição francesa de 1793, não foi praticado. Embora com menos restrições foi essa a situação até 1919, na Inglaterra e 1920, nos Estados Unidos da América, com a admissão do voto feminino.

um capítulo nas Constituições garantindo direitos trabalhistas⁶⁸ e a implementação do chamado “Estado do Bem Estar Social”, que presta serviços públicos para garantir direitos⁶⁹, entre outras.

A experiência do Estado Social de Direito revelou, contudo, que a ampliação da participação no processo legislativo, de modo a garantir que todos tomem parte na feitura da lei, não “assegurou a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político”⁷⁰. Verificou-se que a exigência de formalidade combinada com a grande ampliação das esferas de atuação do Estado, atingindo quase todos os setores da vida social, colocou em risco a democracia. Já não era apenas a lei – fruto da atividade dos Parlamentos – que regulava a vida social, mas, cada vez mais essa função era realizada por atos normativos emanados pelo Poder Executivo. Observou-se, sobretudo, que a forma da lei afastou-a de seu conteúdo ético. A lei passou a atender a interesses de grupos, a partes da sociedade e não mais ao interesse público. Assim, o papel que os fundadores dos Estados Unidos da América reservaram para o Poder Judiciário (na determinação final da *teoria da separação dos poderes*) de controlar a obediência à lei, que representava a vontade geral, tornou-se impossível de ser cumprido: ora exigia-se a estrita observância da legalidade em casos onde a lei não mais abrigava a idéia de justiça, ora deixava-se enredar pelos vários documentos normativos que expressavam interesses particulares, tornando aleatória a obediência ao princípio da legalidade. A lembrança da Alemanha nazista ou da Itália fascista é suficiente para evidenciar que sem a “efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e a real participação de todos nos rendimentos da produção”⁷¹ não se pode adequar a idéia de democracia aos tempos de hoje.

Desse modo, o conceito de Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e incorpora as conquistas representadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social de Direito, mas soma à igual possibilidade de participação na elaboração das normas gerais que devem reger a organização social o controle de sua aplicação aos casos particulares. Trata-se, enfim, de instaurar a cidadania, onde o “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária”, como ensina Aristóteles⁷². Idealmente, portanto, supera-se a angústia e resolve-se o enigma inicial, uma vez que as leis assim elaboradas e aplicadas se aproximam verdadeiramente do sentido do *justo* imperante em uma sociedade.

Já se verificou, também, que dada a complexidade do conceito de saúde, o estudo do direito sanitário envolve – necessariamente – seu exame sob várias óticas. É, então, a partir dessas exigências contemporâneas que se deve discutir a eventual autonomia do direito sanitário como ramo do conhecimento. Um exame, ainda que superficial da doutrina sobre a classificação dos chamados “ramos do direito”, revela que ela se aplica apenas ao direito compreendido como um objeto. É o sistema de normas jurídicas que admite sejam divididos seus componentes em diversas partes. Ora, todas as classificações dependem do interesse ou da necessidade do estudioso e a elas não se aplica o qualificativo de falso ou verdadeiro, uma vez que são, somente, úteis ou inúteis. Tradicionalmente os estudiosos dos sistemas jurídicos consideraram útil sua divisão em partes bem discriminadas. A primeira divisão, sempre recordada, data dos

⁶⁸ Introduzido, pela primeira vez, na Constituição do México de 1917. Entretanto, com maior repercussão doutrinária – porque buscou efetividade – assinala-se o Livro II da Constituição de Weimar (Constituição alemã de 11 de agosto de 1919) dedicado aos “Direitos e deveres do cidadão alemão”

⁶⁹ A expressão foi forjada na Inglaterra nos anos 1940.

⁷⁰ Cf. José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989. p. 105

⁷¹ Idem. *Ibidem*.

⁷² Cf. Aristóteles. **Op.cit.** Livro III, cap. I, § 8

romanos, que o dividiram em direito público e privado⁷³. Entretanto, os mesmos autores que argumentam com a conveniência de tal método para tratar adequadamente seu objeto de estudo verificam o aparecimento de “ramos” que não são ou públicos ou privados, mas “baseados em normas parcialmente públicas e parcialmente privadas.”⁷⁴ Identifica-se, assim, uma crítica séria à classificação proposta, uma vez que dirigida exatamente à sua utilidade. A maior crítica à árvore do conhecimento humano foi trazida por Popper, no início dos anos sessenta do século vinte. Em uma conferência na universidade de Oxford ele explicava que o crescimento do conhecimento humano tem uma estrutura extremamente diferente e que sendo obrigado a manter a metáfora da árvore, teria que “representar a árvore do conhecimento como que brotando de incontáveis raízes que crescem no ar em vez de embaixo e que, no fim de contas, tendem a unir-se num tronco comum”⁷⁵. Pode-se dizer que essa teoria é ainda a que melhor explica o conhecimento humano, levando o professor Boaventura de Souza Santos, por exemplo, a afirmar que “no paradigma emergente o conhecimento é total”⁷⁶.

Por outro lado, contemporânea à crítica de Popper é a conclusão de Kuhn sobre a estrutura das revoluções científicas, que ele afirma acontecerem quando os especialistas não podem mais ignorar as anomalias que corrompem a tradição estabelecida pela prática científica, dando, assim, origem “a investigações extraordinárias que os conduzem finalmente a um novo conjunto de convicções”⁷⁷. Um dos líderes dessas pesquisas que assinalam a mudança de paradigma é Pierre Bourdieu, que introduziu, em 1975, a noção de campo científico, ou seja o espaço relativamente autônomo no qual se inserem os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a ciência. Essa compreensão do campo científico permite que se supere a alternativa entre “*ciência pura*, totalmente livre de toda necessidade social e *ciência aplicada*, sujeita a todas as exigências político-econômicas”⁷⁸. Ora, o direito sanitário representa, sem qualquer dúvida, uma evidência da mudança de paradigma no campo do direito. Com efeito, para sua definição tanto é necessária a discussão filosófica ou sociológica que permite afirmar a saúde como um direito (abarcando seus aspectos individuais, os coletivos e, igualmente, aqueles difusos, derivados do desenvolvimento social), como é indispensável que se dominem os instrumentos adjetivos que possibilitam a realização efetiva do direito à saúde. Por isso, pode-se afirmar que o direito sanitário expressa um sub-campo do conhecimento científico – dotado de leis próprias, derivadas dos agentes e instituições que o caracterizam – que facilita a superação da divisão (hoje inconveniente) entre ciência pura e aplicada.

5. Direito sanitário e o direito regulatório

Examinar a possível correspondência do direito sanitário ao direito regulatório exige uma série de esclarecimentos iniciais, que se reportam aos diversos

⁷³ Veja-se, entre outros, Reale, M. **Lições preliminares de direito**. 3ª. ed. São Paulo, Saraiva, 1976 p. 335 e seg. ou Telles Jr., G. **op. cit.** p. 231 e seg.

⁷⁴ Essa observação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito administrativo**. 12ª. ed. São Paulo, Atlas, 2.000. p. 24) tratando do direito econômico é apenas um exemplo, entre vários outros que poderiam ser citados..

⁷⁵ Cf. Popper, K. R. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte, Itatiaia, 1975. p.240

⁷⁶ Cf. Santos, B. S. **Um discurso sobre as ciências**. Porto, Afrontamento, 1992

⁷⁷ Cf. Kuhn, T. S. **La structure des révolutions scientifiques**. Flammarion, 1983 p.23

⁷⁸ Cf. Bourdieu, P. **Les usages sociaux de la science**. Paris, INRA, 1997

significados hodiernos dos termos regulação, regulador e regulatório em sua relação com o direito. Dada sua grande difusão, sendo largamente empregados nas ciências sociais, sobretudo, na economia, na administração e no direito – configurando verdadeiramente um novo paradigma científico – é necessário que se atente, inicialmente, para a advertência conhecida como a lei de Aristóteles, segundo a qual a extensão de um termo é inversamente proporcional à sua compreensão. Assim, é conveniente uma rápida observação histórica de seu emprego. O conceito de regulação, no século dezoito, está ligado à técnica, expressando um sistema de comando destinado a manter constante o valor de uma grandeza, quaisquer que sejam as perturbações que a possam fazer variar, como, por exemplo, o termostato. No século dezenove, ele se difunde pela fisiologia, significando os equilíbrios dinâmicos do corpo e assim, definem-se seus traços essenciais: “manter um ambiente equilibrado; apesar das perturbações exteriores; graças a um conjunto de ajustamentos”⁷⁹. Seu uso só se dissemina nas ciências sociais, entretanto, durante o século vinte, sob influência do desenvolvimento da cibernética, que implica sempre um mecanismo de autoregulação, permitindo aos sistemas organizados corrigir suas ações por meio das informações sobre seus resultados recebidas do ambiente. É, então, a teoria dos sistemas que se introduzirá na teoria das organizações, na economia, na sociologia, na ciência política e no direito.

O conceito de regulação, no direito, deve ser examinado sob duas óticas: visto de fora, o direito será considerado um meio de regulação dos comportamentos; internamente ao sistema (entendendo-se, portanto, o direito como um sistema), a regulação se refere aos mecanismos destinados a eliminar as contradições eventuais e a reforçar sua coerência. Procurando compreender quando se faz uso do termo regulação em direito, pode-se verificar o seu emprego em períodos de crise, para remediar ou propor uma solução para o disfuncionamento da ordem estabelecida, especialmente quando os mecanismos corretores dessa ordem já não conseguem resolvê-los. Buscam-se, então, novos modos de regulação, desenvolvendo-se uma competição institucional para conquistar novas posições de regulação, o que pode explicar o fato da “auto-proclamação do caráter regulador de alguns órgãos”⁸⁰. Fica claro, assim, que a grande popularização do termo regulação no direito e na ciência política revela uma inadequação geral dos fundamentos político-jurídicos do Estado moderno às necessidades jurídicas e políticas do Estado contemporâneo (nomeado, por alguns, Estado propulsivo).

Conforme se verificou acima, já a partir do século dezenove, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, instaura-se um direito essencialmente diferente daquele advogado pelos burgueses revolucionários: um direito público mais amplo, porém menos coator (direito dos serviços públicos); misturando o público e o privado; desigual (desprezando a igualdade formal em nome da igualdade material); comportando direitos subjetivos ao recebimento de prestações; e cuja eficácia deve ser avaliada (institucionaliza-se a avaliação da administração pública, que permite sua fiscalização pelos parlamentos). Com a generalização do intervencionismo do Estado, que se serve do direito para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura, etc.) à conformidade com o interesse geral e não às exigências do mercado, prevalece a idéia de regulamentar as políticas privadas, assinalando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento). O direito passa a ser, então, bastante detalhado (portarias e circulares destinadas ao público externo) e dirigido pela administração

⁷⁹ Na lição de Chevallier, J. De quelques usages du concept de régulation. in Miaille, M. La régulation entre droit et politique. Paris, L’Harmattan, 1995

⁸⁰ Como sugere, Autin, J-L. Réflexions sur l’usage de la régulation em droit publique. in Miaille, M. op. cit.

pública (as agências independentes, nos Estados Unidos, reúnem o poder legislativo e o executivo) e se caracteriza como um direito de princípios diretores, o que exige que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto. Assim se pode afirmar que o planejamento introduz no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracteriza o direito moderno.

São os teóricos do direito como um sistema autopoietico que julgam necessário identificar uma fase do desenvolvimento do direito – reflexivo – para descrever a operação do sistema social corporativo, que assegura a mediação entre o Estado e a sociedade civil, no Estado Democrático de Direito. De fato, se observa que a generalização dos mecanismos de democracia direta exige grande dose de concertação, pois, incluindo os destinatários na formação e na aplicação das regras, os programas compatibilizam os sistemas jurídico e regulado. O direito nesse período apresenta as seguintes características: pouca transparência (a negociação não se submete à publicidade do direito do Estado e seleciona as pessoas ou grupos que dela participam); marcada setorialização (regulamenta parcelas que interessam a determinados grupos em prejuízo do interesse de toda a sociedade); muita seletividade e desigualdade (privilegia os grupos sociais organizados e os que têm interesses de curto prazo); necessidade de uma disciplina para a elaboração e interpretação das normas (processos complexos de formação das normas: informação, audiências e consultas públicas, além da complexidade científica dos temas a serem legislados ou julgados)⁸¹. É a esse tipo de Estado que assenta bem o rótulo de regulador, pois ele deve “definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos agentes econômicos e sociais”⁸².

Alguns autores chamam de estimulador o Estado contemporâneo, essencialmente implementador de políticas públicas. Tal denominação é bastante atraente, pois, seus instrumentos de governo são, sobretudo, a persuasão e a informação – que orientam a auto-organização da sociedade – empregando o constrangimento apenas para garantir os valores fundamentais da sociedade e o respeito ao pactuado. Entretanto, trata-se de uma idealização que tem por função realçar a introdução de um quase-direito do Estado, que edita recomendações, faz acordos amigáveis, enuncia princípios desprovidos de força decisória, somente para satisfazer a opinião pública, uma vez que, sem dúvida, o Estado contemporâneo se baseia no emprego do direito, ainda que se reconheça a influência crescente dos mecanismos de persuasão em sua ação.

Desvendando-se o substrato ideológico da regulação (harmonia de interesses, racionalidade da organização social e necessidade de que exista um terceiro-árbitro, seja ele o Estado ou o mercado) e aceitando que a saúde pública não pode ser adequadamente protegida pela mediação do mercado – conforme a experiência histórica demonstrou – deve-se identificar o direito sanitário com o direito regulatório. Entretanto, é indispensável que se tenha claro que essa adjetivação nada mais faz que denominar todo o direito do Estado contemporâneo. Assim, a regulação que caracteriza o direito no Brasil de hoje, pode ser encontrada, igualmente, no sistema de saúde brasileiro. De fato, ele envolve a operação de autarquias que se auto-apresentam como “agências reguladoras”⁸³; sua normatização é essencialmente derivada dos mecanismos de democracia direta, servindo como exemplo ideal dessa afirmação a Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS-SUS 01/2001), fruto da colaboração do

⁸¹ Os traços do direito em cada uma das fases apresentadas baseia-se, em grande parte na obra de Morand, C.-A. **Le droit néo-moderne des politiques publiques**. Paris, L.G.D.J, 1999.

⁸² Cf. Chevallier, J. **Institutions publiques**. Paris, L.G.D.J, 1996. p.158

⁸³ Agência Nacional de Saúde Suplementar (criada pela Lei federal nº 9.961/00) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (criada pela Lei federal nº 9.782/99)

Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde CONASEMS e do governo e aprovada na Comissão Intergestores Tripartite CIT e no Conselho Nacional de Saúde; a consulta pública faz parte do cotidiano da ANS e da ANVISA; e as conferências de saúde servem de palco para as reivindicações específicas de cada grupo de interesses. Portanto, apesar de não se constituir numa característica peculiar ao direito sanitário, pode-se concluir que o direito sanitário corresponde ao direito regulatório do Estado contemporâneo.

6. Advocacia em saúde

A instauração do Estado Democrático de Direito, com a implementação dos mecanismos de democracia direta é concomitante à disseminação das chamadas organizações não-governamentais. Com efeito, a possibilidade de participar efetivamente das decisões sobre a vida da cidade estimulou a organização de inúmeros grupos de interesse, especialmente nos chamados países em desenvolvimento, que haviam recentemente conquistado sua re-democratização. Entretanto, não se pode negar que o ativo envolvimento das organizações sociais nas lutas contra as ditaduras militares foi um dos fatores determinantes da queda desses regimes. Assim, é bastante difícil precisar a influência exercida por modelos estrangeiros sobre tais grupos de interesse. O fato é que, com a implantação generalizada do direito que acima se denominou reflexivo e a conseqüente internacionalização das demandas sociais, as organizações não-governamentais passam a desempenhar uma função essencial à afirmação e à garantia dos direitos.

No seio do movimento de retorno ao direito das duas últimas décadas do século vinte, verifica-se um alargamento crescente do campo jurídico, pois, o direito é visto como uma garantia e uma proteção, que dá segurança aos relacionamentos sociais. Assim, parece lógico que as organizações sociais buscassem inicialmente a afirmação legal de direitos e, em seguida, sua efetivação, exercendo a *advocacia*, como diziam seus congêneres estadunidenses, com vinte ou trinta anos de antecedência. Ali, a atividade de qualquer grupo de interesse visando influir na definição ou na implementação de uma política pública é qualificada de *advocacy* ou *lobby*, conforme o nível da renda tributável dessa organização. Fica claro, portanto, que uma organização não-governamental que *advoga* uma causa tem por objetivo influir para que determinado comportamento seja reconhecido e garantido como um direito. E grande número desses grupos sociais – com atuação local, regional, nacional ou internacional – têm definido entre seus objetivos a realização da *advocacia*, termo que tem figurado nas resoluções dos últimos grandes encontros de tais organizações, realizados paralelamente às Conferências das Nações Unidas⁸⁴.

⁸⁴ Apenas para exemplificar, informa o sr. Mark Malloch Brown (administrador do UNDP), que na Conferência do Rio (1.992) foi determinado que o UNDP assumisse a liderança do desenvolvimento de capacidades nos países em desenvolvimento e que durante os anos 1990, o UNDP ajudou mais de 160 países a ligar sua preocupação ambiental às suas necessidades de desenvolvimento sustentável, governança democrática e eliminação da pobreza. Ele informa, também, que sendo uma respeitada fonte de pareceres baseados no conhecimento e um *advogado* para uma economia global mais inclusiva, o UNDP é a principal organização do sistema ONU voltada para o desenvolvimento de capacidades. A função de sua agência em relação à próxima Conferência sobre o Desenvolvimento Sustentável, que se realizará em Johannesburg de 26 de agosto a 4 de setembro de 2.002, é de combinar a *advocacia* com os serviços de desenvolvimento de capacidades e de informação estratégica para ajudar os países em desenvolvimento na implementação do desenvolvimento

Em saúde, o exercício da *advocacia* foi recomendado expressamente pela Associação Americana de Pediatria, em 1975. Esse documento⁸⁵, além de apresentar uma primeira conceituação, descreve as principais ações que devem caracterizar a *advocacia* em favor da criança. No Brasil, a Revista de Saúde Pública publicou um artigo, em 1996⁸⁶, no qual se pretende sistematizar as características que permitem a definição do termo: a existência de um direito ainda não positivado ou a ineficácia de um direito legalmente reconhecido, seja por falta de regulamentação ou por falta de execução material da prestação prevista, ainda que devida à existência de conflitos culturais; a viabilidade ética da reivindicação desse direito; e o objetivo de advogá-lo, com todas as conseqüências dele derivadas, tais como a previsão dos meios para apurar o ambiente político e as razões técnicas envolvidas na disputa, para adequar a defesa às esferas de atuação necessárias (legislativa, administrativa, judiciária ou cultural) e, principalmente, para permitir a construção de uma sólida argumentação.

Quando se considera a grande quantidade de ações e serviços subsumida na expressão *direito sanitário* e o alcance da *advocacia* em saúde, fica evidente o amplo campo de intersecção desses saberes. De fato, o mesmo movimento que permitiu, no Brasil, o reconhecimento expresso da saúde como direito de todos, criou vários mecanismos constitucionais que viabilizam e mesmo estimulam o exercício da *advocacia* em saúde. Assim, a Constituição federal afirmou que todas as normas que definem direitos e garantias individuais têm aplicação imediata (C.F.art.5º,§ 1º), implicando, inclusive, a possibilidade de ação especial junto ao Supremo Tribunal Federal quando não houver aplicação de qualquer preceito legal cujo conteúdo ajude a definir o direito a saúde, em qualquer esfera de governo (C.F. art.102,§1º). Para operacionalizar a participação popular na gestão do Estado, previu-se que a capacidade legislativa pertence aos representantes eleitos e a quem os elegeu, que pode propor projetos de lei (C.F.art.61,§2º), participar de audiências para debatê-los (C.F.art.58,§2º,II), referendar uma lei ou se manifestar – em plebiscito – sobre assuntos considerados relevantes pelo Congresso Nacional (C.F.art.49,XV). Do mesmo modo, o povo organizado em confederação sindical ou entidade de classe ou pertencendo a partido político pode pedir a retirada do mundo jurídico de uma lei que contrarie o que ficou estabelecido na Constituição (C.F.art.103,VIII e IX).

Também favorece a *advocacia* em saúde o funcionamento regular do poder legislativo, representante tradicional do povo nas democracias liberais burguesas, que – por meio dos Tribunais de Contas – mantêm uma ligação direta com o povo, pois foi legitimada a capacidade do cidadão, dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos para, fiscalizando a contabilidade, os financiamentos, o orçamento das entidades administrativas, denunciarem irregularidades aos Tribunais de Contas (C.F.art.74,§ 2º). Além disso, é oportuno lembrar a importância da participação dos parlamentares, não só nos parlamentos nacionais, como – de especial interesse para a *advocacia* em saúde – nas Assembléias Legislativas estaduais e nas Câmaras de Vereadores. Particularmente porque o tratamento simétrico dispensado à totalidade dos Municípios e Estados-membros da Federação, supondo a homogeneidade deles, faz com que a distribuição constitucional de competências e, portanto, de responsabilidades, que trata igualmente entes políticos, cuja desigualdade de condições sócio-culturais e econômicas é óbvia, e dificulta o emprego de instrumentos, em princípio, eficazes.

sustentável (www.undp.org.wssd)

⁸⁵ Khan, A. J.; Kamerman, S. B.; Mac, G.; Brenda, G. **Child Advocacy: report of a national baseline study**. (DITEW publication N.O. (OCD) 73-18),p. 7-95

⁸⁶ Dallari, S. G. et all. *Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo*. **Rev.Saúde Pública**, 30 (6):592-601, 1996

Portanto, é necessário que se reafirme a importância dos legislativos regionais e locais e a possibilidade que detêm de adequar os mecanismos de controle social à realidade para que sirvam efetivamente como instrumentos de garantia de direitos.

Os constituintes criaram também mecanismos de participação direta na Administração Pública, instituindo órgãos populares com funções de direção administrativa, como é o caso da participação popular no sistema de saúde (C.F.art.198,III) ou da subordinação de todo o planejamento da atuação estatal no Município a cooperação das associações (C.F.art.29,X). As Conferências de Saúde são “instâncias colegiadas...(com)...a Representação dos vários segmentos sociais, para avaliar e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes” (Lei nº 8 142 art.1º). Os Conselhos de Saúde são o outro mecanismo previsto para assegurar o cumprimento do mesmo mandamento constitucional (participação da comunidade na organização do sistema). Eles têm caráter permanente e deliberativo e são órgãos colegiados integrados por representantes do governo, dos prestadores de serviço, dos profissionais de saúde e dos usuários. Devem atuar na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde – inclusive nos aspectos econômicos e financeiros – da esfera política correspondente e suas decisões serão homologadas pelo chefe do Poder Executivo nessa esfera (Lei nº 8 142 art.1º, §5º). Facilita, igualmente, a realização da *advocacia* em saúde a definição como crime de responsabilidade do Presidente da República dos atos que atentem contra o “exercício dos direitos políticos, individuais e sociais” (C.F.art.85,III).

O enorme alargamento das possibilidades de acesso ao Judiciário é outro mecanismo que facilita e estimula a *advocacia* em saúde. Assim, de um lado, para proteger direito desrespeitado por autoridade pública ou assemelhados previu-se o mandado de segurança, que pode ser impetrado pelo indivíduo ofendido ou por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação na defesa de seus membros ou associados (C.F.art.5º,LXIX e LXX); e para garantir o acesso à informação e o estabelecimento de sua veracidade permitiu-se apenas ao interessado o uso do *habeas data* (C.F.art.5º,LXXII). Só o indivíduo é, também, legitimado para propor ação que vise anular ato lesivo ao patrimônio público amplamente considerado (C.F.art.5º,LXXIII). O mandado de injunção poderia ser outro instrumento de grande utilidade para os esforços da *advocacia* em saúde, pois permitiria que qualquer pessoa pudesse pedir que o juiz fizesse valer o direito criado pelo constituinte e não regulamentado pelo legislador ou nem aplicado pelo administrador (C.F.art.5º,LXXI). Considerando que as associações também estariam legitimadas para utilizar tal instrumento, é fácil imaginar sua utilidade. Entretanto, interpretação dada a esse dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal⁸⁷ terminou por anulá-lo, ao menos nas suas conformações iniciais.

Por outro lado, foram claramente definidas as funções do órgão especialmente voltado para “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (C.F.art.127 a 130). Trata-se do Ministério Público que, junto a qualquer Juízo, é o advogado do povo na defesa dos direitos assegurados na Constituição. Ele é, igualmente, um investigador privilegiado, uma vez que ao Ministério Público é garantido o acesso às informações necessárias ao exercício de suas funções, mesmo quando elas estejam sob a guarda da Administração. E foi, também, instituída a Defensoria Pública para a “orientação jurídica e a defesa, em

⁸⁷ Conforme o voto vencedor do Ministro Relator Moreira Alves, que – em síntese – afirma não deter o Judiciário poder legislativo, devendo-se, portanto, entender que a concessão do mandado de injunção implica apenas uma ordem ou recomendação dirigida à autoridade competente para que produza a norma faltante.

todos os graus dos necessitados” (C.F.art.134). Especialmente em virtude da expressão constitucional “relevância pública”, o Ministério Público revela-se um interlocutor privilegiado para o exercício da *advocacia* em saúde. Com efeito, em 4 de outubro de 1991, algumas das mais expressivas figuras do meio jurídico nacional assinaram um documento externando seu entendimento da expressão “relevância pública”, adotada na Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Eminentemente professores de Direito, dirigentes das Procuradorias da República e da Justiça do Estado de São Paulo e da Associação dos Magistrados Brasileiros, juizes federais, desembargadores, procuradores da República e promotores públicos concordaram que “A correta interpretação do artigo 196 do texto constitucional implica o entendimento de ações e serviços de saúde como o conjunto de medidas dirigidas ao enfrentamento das doenças e suas seqüelas, através da atenção médica preventiva e curativa, bem como de seus determinantes e condicionantes de ordem econômica e social.”. E que tem o Ministério Público “a função institucional de zelar pelos serviços de relevância pública, dentre os quais as ações e serviços de saúde, adotando as medidas necessárias para sua efetiva Prestação, inclusive em face de omissão do Poder Público.”⁸⁸.

Verifica-se, portanto, examinando apenas o campo restrito da formalização constitucional que já ocorreu no Brasil o reconhecimento da saúde como um direito (C. F. art.6º), direcionando as ações de *advocacia* em saúde para a busca de sua eficácia, existindo vários mecanismos capazes de viabilizar tal reivindicação junto ao Poder Legislativo e junto à Administração Pública e mesmo no Judiciário. Entretanto, as mudanças sociais não derivam apenas da criação constitucional dos mecanismos que as possibilitem, mas, principalmente, do uso de tais instrumentos. A capacitação das organizações sociais para exercerem com competência suas funções de *advogados* da saúde pública e o efetivo envolvimento do Ministério Público na luta pelo respeito aos direitos assegurados na Constituição podem conduzir à democracia, instaurando efetivamente o Estado Democrático de Direito no Brasil.

* Livre-docente em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo – USP
Professora do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário – CEPEDISA

Disponível em: <

<http://www.saude.ba.gov.br/conferenciaST2005/cdrom/CD%20colet%C3%A2nea%20I%20e%20textos/Artigos/10.doc> > / Acesso em: 30 out. 2006

⁸⁸ Cf. DALLARI, S.G. et al. **O conceito constitucional de relevância pública**. Brasília: Organização Panamericana da Saúde, 1992. (Série direito e saúde, 1)