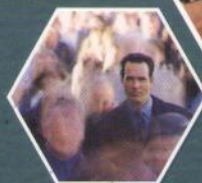
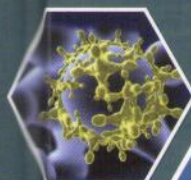
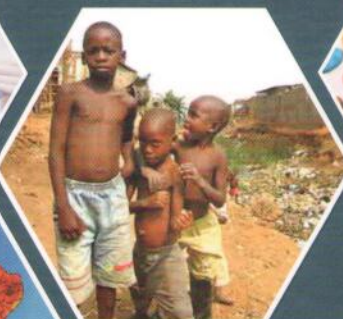
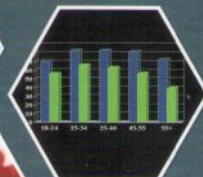


Aristides Almeida Rocha
Chester Luiz Galvão Cesar
Helena Ribeiro

SAÚDE PÚBLICA

2ª Edição

Bases Conceituais



 Atheneu

EDITORA ATHENEU

São Paulo — Rua Jesuíno Pascoal, 30
Tel.: (11) 2858-8750
Fax: (11) 2858-8766
E-mail: atheneu@atheneu.com.br

Rio de Janeiro — Rua Bambina, 74
Tel.: (21) 3094-1295
Fax: (21) 3094-1284
E-mail: atheneu@atheneu.com.br

Belo Horizonte — Rua Domingos Vieira, 319 — Conj. 1.104

PRODUÇÃO EDITORIAL: Equipe Atheneu

CAPA: Paulo Verardo

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Rocha, Aristides Almeida
Saúde pública : bases conceituais / Aristides Almeida Rocha, Chester Luiz Galvão Cesar, Helena Ribeiro. -- 2. ed. -- São Paulo : Editora Atheneu, 2013.

Vários colaboradores.
Bibliografia
ISBN 978-85-388-0318-8

1. Saúde pública - Brasil 2. Saúde pública - História I. Cesar, Chester Luiz Galvão. II. Título.

12-10373

CDD-614.0981

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Saúde pública 614.0981

ROCHA, A. A.; CESAR, C. L. G.; RIBEIRO, H.
Saúde Pública: Bases Conceituais - segunda edição

©Direitos reservados à Editora ATHENEU — São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, 2013

Sueli Gandolfi Dallari

A EXPERIÊNCIA CONTEMPORÂNEA DO DIREITO E DAS LEIS É ENIGMÁTICA E ANGUSTIANTE

Constata-se, inúmeras vezes, a existência de um conjunto de leis válidas e que exercitam o poder de império, obrigando a comportamentos que não guardam nenhuma 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 elaboram, então, teorias para explicá-lo como um sistema fechado em si mesmo, permitindo que se continue cinicamente 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 essas teorias têm para cumprir 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 jurídicas para a prática de atos (o chamado direito subjetivo) e a qualidade do que é justo.*

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 construía um modo operacional para examinar o que é justo. A preocupação com a identificação do Direito com a

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

justiça passou a ser, então, interesse do filósofo do Direito e, com a afirmação do positivismo científico, eliminou-se mesmo do *currículo* dos cursos jurídicos a disciplina Filosofia do Direito, em alguns Estados modernos. Isso não foi suficiente, contudo, para que se afastasse o desconforto que acomete toda pessoa comum que deve definir o que seja o direito em uma dada situação, uma vez que ele pode ser examinado 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. Trata-se, portanto, de defender – no sistema jurídico vigente – a vida, a saúde ou a liberdade de reunião ou de associação, por exemplo, pois sempre estará atuando um direito subjetivo absolutamente permeado por 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 Assembleia, que após aprovada e implementada se revelasse nociva aos interesses da cidade (Ferreira Filho, 1968). Para os revolucionários burgueses do fim do século XVIII, a forma ideal de oposição ao governo monárquico e absoluto era o estabelecimento da democracia, em que a vontade do povo estaria representada na lei. E como só é lei aquilo que interessa verdadeiramente à organização social e 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 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” (Rousseau, s.d., cap.VI). 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 ideia moderna de democracia. Assim, o ensinamento da experiência – mostrando que a especialização no exercício de qualquer função implica mais eficiência – foi associado à interdição

forma
igual
dado
doutri
declar
burgu
ao exé
cia e d
(por i

Insi
mund
terísti
les qu
prime
tanto
mente
tivessa
çaise
que o
aos pr
cio do
sécul
Estad
quent
É imp
forma
possib
cia de
respoi
seguic
iguald
sufrág
ção d
Const
do Be

A e
pação
lei, nã
polític

*. A D
art. 16:
podere



formal de que “aquele que faz as leis as execute” e erigido em verdadeiro dogma.* 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 XIX, 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 tivessem patrimônio ou renda superior a determinado valor (La Constitution française de 1791). 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 tinham as mesmas condições materiais de exercício do direito à liberdade que seus patrões. Assim, as revoluções operárias do fim do século XIX e começo do século XX introduzem o adjetivo “social” para qualificar o Estado de Direito. Buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da ideia 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 – primeiro aos trabalhadores e, em seguida, a todos aqueles que necessitassem – daquelas condições que permitissem a igualdade real de oportunidades. Caracterizam conquistas desse período a adoção do sufrágio universal (garantindo a todos o direito de participar no processo de elaboração das leis por meio da eleição de representantes), a inclusão de um capítulo nas Constituições garantindo direitos trabalhistas e a implementação do chamado Estado do Bem-Estar Social, que presta serviços públicos para garantir direitos, entre outros.

A experiência do Estado Social de Direito revelou, contudo, que ampliar a participação no processo legislativo, de modo a garantir que todos participem na feitura da lei, não “assegurou a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político” (Silva, 1989, p. 105). Verificou-se que a exigência de formalidade combinada

*. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa de 1789, afirmava, no art. 16: “Toda sociedade na qual a garantia de direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”.

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 desempenhada por atos normativos emanados do Poder Executivo. Observou-se, sobretudo, que a forma da lei a afastou de seu conteúdo ético. A lei passou a atender a interesses de grupos, a partes da sociedade e não mais ao grande público. Assim, o papel que os fundadores dos Estados Unidos 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 em que a lei não mais abrigava a ideia 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” (Silva, 1989, p. 105) não se pode adequar a ideia 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, em que o “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária”, como ensina Aristóteles (Aristóteles, s.d., livro III, cap. I, § 8).

SAÚDE E DIREITOS HUMANOS SÃO EXPERIÊNCIAS COMPLEXAS

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 às externalidades que não podem ser internalizadas na avaliação da saúde como bem econômico. Entretanto, nos novos Estados e naqueles radicalmente reformados, assim como nas sociedades mais tradicionais e desenvolvidas, há o interesse inafastável no tratamento da saúde como direito. De fato, a universalização do acesso às ações e aos serviços de saúde, componente essencial do direito à saúde, é tema da pauta de reivindicações populares e de fóruns científicos, tanto nos Estados Unidos* quanto na África do Sul** ou na China.***

*. Apresentada no President's Report to the American People, de outubro de 1993, e finalmente concretizada no *Patient Protection and Affordable Care Act* e no *Health Care and Education Reconciliation Act*, ambos de março de 2010.

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

***. *Guidelines on Deepening the Reform of Health-care System*, apresentado após três anos de intensos debates ao Comitê Central do Partido Comunista, em abril de 2009.

Para
de amb
aparec
respeito
reconhe
ções de
ameaçã
no come
Guerra M
a anterio
nado a p
multiplic
crença n
sobrevive
personific
tivou a ci
direitos c
da Organ
básico pa
povos”.* N
apresenta
mental e s
nhecimen
(bem-esta
experiênci
balhos de
O conce
responde à
sível de al
procuraran
como exer
brio funcio
ambiente n
estado de e
funcioname
não há o es
constante d
que, embor
conceito de
desse com o

*. Cf. Constitu
York de 19 a 22



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 de sua conceituação durante a história da humanidade. Entretanto, o 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 Segunda 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 1945 sentiu a necessidade iniludível de promover um novo pacto, personificado na Organização das Nações Unidas (ONU). 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 (OMS), que a considerou o primeiro princípio básico para a “felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos”.^{*} No preâmbulo de sua Constituição, assinada em 26 de julho de 1946, é apresentado o conceito 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 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” (Berlinguer, 1988, p. 34). Para John Last, saúde é um estado de equilíbrio entre o ser humano e seu ambiente, permitindo o completo funcionamento da pessoa (Last, 1983), e para Claude Dejours, convencido de que não há o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado (Dejours, 1986, p. 7-11). 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.

*. Cf. Constituição da OMS, adotada pela Conferência Internacional da Saúde, realizada em Nova York de 19 a 22 de julho de 1946.

É curioso notar a diferença essencial das declarações de direitos do século XVIII, 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 se tratava mais 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 poder. Esse individualismo permaneceu a característica dominante nas sociedades reais ou 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, como a saúde ou a educação. Justifica-se a reivindicação encetada pelos marginalizados, de seus direitos humanos perante a 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 como 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, reivindicava para o Estado um papel radicalmente oposto. Com efeito, os socialistas do século XIX 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 desenvolvimento* e o direito ao meio ambiente sadio.** 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 XX, supostamente privilegiando os direitos de um povo e, em nome dele,

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

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

ignora
moeda
rais ne
absolut

Apes
respon
ção des
lecimer
para to
de atua
clássica
ordem
gradual
especifi
reconho
Portant
poder p
sem dú
liberais
direitos
derar q
elemen
dade bu
forma d

A ace
parte de
direitos
das nor
afirma
assegura
cidades
Guerra
que enu
dade de
Dessa f
ficou est
nos que
cultural
principa
Em 10
Universa

*. Em 26



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 da 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 positivamente 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 estatal. O Estado de Direito consolida-se na doutrina jurídica clássica como “um Estado cujos atos são realizados em sua totalidade com base na ordem jurídica” (Kelsen, 1959, p. 120). Para a efetivação dos direitos humanos, a gradual positivamente acima referida envolveu, também, a criação de um sistema legal específico para a 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 estiverem submetidas a reais limitações que, sem dúvida, serão estabelecidas pela autoridade política. A partir das revoluções liberais do século XVIII, houve, então, a introdução progressiva das declarações de direitos nos textos constitucionais a ponto de a teoria constitucional passar 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” (Schmitt, 1934, p. 47).

A aceitação da existência de direitos que pertencem a toda a humanidade, ou à parte dela que não está contida em apenas um Estado, fez 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 XX. Szabo (1984, p. 50) 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 Roosevelt* 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 ONU, ficou estabelecida a necessidade de redigir um documento sobre os direitos humanos que deveria expressá-los claramente, inclusive os direitos econômicos, sociais e culturais, e que se deveria criar uma Comissão de Direitos Humanos como uma das principais agências da nova Organização.

Em 10 de dezembro de 1948, a 3ª Assembléia Geral da ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cuja força vinculante decorre de seu reconhecimento

*. Em 26 de janeiro de 1941.

como expressão do costume internacional. Entretanto, apesar da força apenas moral, a Comissão de Direitos Humanos do Conselho Econômico e Social reconheceu a necessidade de redigir um tratado sobre direitos humanos, em que os Estados se comprometeriam a respeitar os direitos declarados, aumentando a força vinculante do conteúdo. Em 1966, a Assembleia 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 Assembleia 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".* 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 da ONU, em que 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:

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 o direito à igualdade, implícito nas ações de saúde de caráter coletivo tendentes a prevenir e tratar epidemias ou endemias, por exemplo.

*. Assembleia Geral da ONU, Resolução n. 543, § 6.

DO DIREIT

Atualme
humano e,
servar as lit
Poder Judic
planejando
-se, então, d
mido inicia
público, um
porque tod
efeito, send
interesse pú
sendo o int
pode trabal
zar. Ora, o i
nido pela so
Assim, o ad
para a satisfi
rios, delimit
serem empre

Contudo,
tanto, não ba
proteção ou
obrigação de
dos por disp
mesmo cont
tem um cará
indivíduos n
faz por meic
quais são ess
seja punido c
expressa em
também text
vimento soci
que devem se
diência é obr
bém desse ní
contidas em t

*. É o que afirm
da lei, as funções



DO DIREITO DA SAÚDE AO DIREITO SANITÁRIO

Atualmente, a humanidade não hesita em afirmar que a saúde é um direito humano e, como os demais direitos, 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, em especial planejando e implementando políticas públicas (Comparato, 1989, p.93-105). 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, uma grande quantidade de textos legais rege a execução desse serviço. Isso porque toda atividade administrativa do Estado moderno é feita sob a lei. Com efeito, sendo a administração pública 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 na forma de textos legislativos que representam a vontade geral. Assim, o administrador público deve agir guiado por uma série de leis orientadas para a satisfação do interesse público que, no que diz respeito aos cuidados sanitários, delimitam os objetivos da atuação do Estado na área da saúde e os meios a serem empregados para atingi-los.

Contudo, como já se viu, a saúde não tem apenas um aspecto individual e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição 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 qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. E o faz por meio de leis. É a própria sociedade, por decorrência lógica, quem 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 socioeconômico 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 pública.* 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.

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

O Direito da Saúde Pública é, portanto, parte do que tradicionalmente se convencionou chamar Direito Administrativo, ou uma aplicação especializada desse ramo. É parte do Direito Administrativo porque se refere sempre a 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 público (Bandeira de Mello, 1980, p. 5). Entretanto, a referência ao Direito Administrativo não é suficiente, uma vez que, na aplicação, se peculiariza 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 povo.

O Direito Sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde como reivindicação de um direito humano, quanto pelo outrora chamado "Direito da Saúde Pública", compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado. Assim, além de cuidar do conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, a prevenção e a recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, tem, também, abarcado a sistematização da preocupação ética voltada para os temas que interessam à saúde. Ele se ocupa, igualmente, do Direito Internacional Sanitário, que sistematiza o estudo da atuação de organismos internacionais que são fonte de normas sanitárias e dos diversos órgãos supranacionais destinados à implementação dos direitos humanos.

Afirmar que o Direito Sanitário é uma disciplina nova não significa negar a existência de legislação desde os períodos mais remotos da história ou a subsunção da saúde nos direitos humanos, de reivindicação imemorial. Significa, porém, reconhecer que, sobretudo a partir da segunda metade do século XX, as relações de direito público no campo sanitário e social foram consideravelmente ampliadas, multiplicadas e enriquecidas. E se, em 1990, se podia afirmar que o direito sanitário era relativamente novo (Moreau & Truchet, 1990, p. 6), na segunda década do terceiro milênio não se pode repetir tal declaração. De fato, ele está presente tanto na estrutura das organizações internacionais quanto nos cursos de pós-graduação das grandes universidades do hemisfério norte e em algumas do hemisfério sul, é objeto de inúmeras publicações, e até se insinua na organização judiciária, como no caso brasileiro.

A evolução do tratamento do tema pelas organizações internacionais do sistema ONU ajuda a compreender o que vem se passando pelo mundo com o Direito Sanitário, seu ensino e a pesquisa nesse campo. Com efeito, em 1977, a 30ª Assembleia Mundial de Saúde preocupava-se apenas com a legislação sanitária, a formulação ou revisão de textos de leis relativos à saúde (World Health Assembly, 30th, 1985). Já em 2000, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Conselho Econômico e Social da ONU emitiu a Observação Geral nº 14, dedicada a ajudar os

Estado.
art. 12.

E, em
Inovação
Equidade
tada para
Estados I
funciona
rio; deser
vas; asse
Health Le
mento a
denomina
compreen
ção desse
finalidade
à saúde, re
tica cotidi
Direito Sai
Evolução
anos 1980,
tivo de Leg
tema (Aub
cursos, tant
tos de nível
de pós-grac
de Direito c
aperfeiçoan

*. <http://dacc
Acesso em: 1 j

** . <http://ww

***. <http://wt

****. <http://w



Estados a cumprirem o pactuado, inclusive explicitando o conteúdo normativo do art. 12. E diz esse documento que:

(...) a saúde é um direito fundamental da pessoa, indispensável para o exercício dos outros direitos humanos (...) A realização do direito à saúde pode ser assegurada por meio de numerosos dispositivos complementares, como (...) a adoção de instrumentos jurídicos específicos. Além disso, o direito à saúde compreende certos elementos cujo respeito é garantido pela lei, como o princípio de não discriminação no acesso aos bens e serviços de saúde que é um direito legalmente garantido em muitas jurisdições nacionais.*

E, em 2010, a estrutura da OMS em Genebra contava com uma área denominada Inovação, Informação, Evidência e Pesquisa (IER), com uma divisão chamada Ética, Equidade, Comércio e Direitos Humanos (ETH), onde trabalha uma equipe voltada para o Direito Sanitário.** Essa equipe tem sob sua responsabilidade assistir os Estados no desenvolvimento de legislação sanitária adaptada às suas necessidades; funcionar como consultor para a sede e os escritórios regionais em Direito Sanitário; desenvolver ferramentas para a cooperação técnica, como diretrizes legislativas; assegurar a transferência de informações por meio do *International Digest of Health Legislation/Recueil international de Législation sanitaire**** Dando cumprimento a suas obrigações, essa equipe já publicou uma história em quadrinhos denominada *O direito à saúde*, acreditando que melhorar a conscientização e a compreensão do direito à saúde é um pré-requisito essencial para a operacionalização desse direito. Ela editou também o vídeo *Saúde, meu direito* com a mesma finalidade, em que três estudantes exploram os principais componentes do direito à saúde, revisando os instrumentos legais e discutindo como isso se aplica na prática cotidiana.**** E, desde 2009, esse grupo vem tentando elaborar um manual de Direito Sanitário.

Evolução semelhante aconteceu com os cursos de Direito Sanitário. No início dos anos 1980, o Escritório Regional para a Europa, da OMS, criou um Comitê Consultivo de Legislação Sanitária, o qual decidiu fazer uma pesquisa sobre o ensino do tema (Auby, 1984). Os resultados dessa enquête apontam a existência de inúmeros cursos, tanto em escolas de formação médica quanto jurídica, e mesmo em institutos de nível superior agregados ou não às universidades. 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 aperfeiçoamento em Direito Sanitário, que, em 1979, originou a Scuola de Perfezio-

*. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 1 jul. 2011.

** . <http://www.who.int/about/structure/who_structure_en.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2011.

***. <<http://www.who.int/hhr/en>>. Acesso em: 1 jul. 2011.

****. <http://www.who.int/hhr/hhr_activities_eng.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2011.

namento in Diritto Sanitario, agregada àquela Faculdade de Direito, que se mantém atuante. Além desse curso que, com a reforma do sistema universitário europeu, se transformou em um mestrado acadêmico,* outras universidades italianas oferecem cursos de mestrado profissional e acadêmico em Direito Sanitário, como Roma** e Camerino*** em suas escolas de Direito. Na França, resultado da mesma reforma do sistema universitário, várias unidades universitárias ofertam programas de mestrado, acadêmico e profissional, em Direito Sanitário. Para citar apenas aqueles mais bem avaliados (que receberam conceito A da Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur****): mestrado em Direito Público, especialidade Direito Sanitário, da Université des Sciences Sociales (Toulouse I); mestrado em Direito Privado e Ciências Criminais, especialidade Direito dos Negócios da Saúde da Université de Saint-Étienne; mestrado em Ciências Jurídicas, Políticas, Econômicas e Administração, especialidade Direito, Saúde e Administração, da Université Rennes I em convênio com a École Nationale de la Santé Publique; mestrado em Direito, Economia e Administração, especialidade Direito e Economia das Empresas Médicas, Farmacêuticas e Dentárias, da Université Nancy 2; mestrado em Direito, especialidade Direito da Saúde no Ambiente do Trabalho, na Université Lille II; mestrado em Direito Público e Ciência Política, especialidade Direito Sanitário, da Université Montesquieu (Bordeaux IV); mestrado em Direito e Ciência Política, especialidade Direito Sanitário, da Université de Picardie, Jules Verne, em Amiens; mestrado em Direito, especialidade Direito Sanitário, da Université Paul Cézanne (Aix-Marseille III). Além das Universidades de Paris 1, 2, 5 e 10.

Nos Estados Unidos, escolas de Saúde Pública começaram a ministrar 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, ainda na década de 1990. Hoje o Direito Sanitário é especialidade em programas de mestrado em universidades como Georgetown***** ou San Diego***** e mesmo em programas de mestrado *on-line* das universidades Loyola, de Chicago***** ou Southeastern University,***** na Flórida. E, mais interessante, no início do século XXI, começam a aparecer programas em Direito Sanitário nas escolas de Direito na China e na Índia, onde existe mesmo um centro de pesquisa em Direito Sanitário, na Jindal Global Law

*. Master di I livello in "Diritto Sanitario", dirigido por Fabio Alberto Roversi Monaco, sob a coordenação científica de Carlo Bottari.

** . Master in Diritto sanitario e farmaceutico di II livello.

***. Master di II livello in "Diritto sanitario e management delle aziende sanitarie".

****. <<http://www.aeres-evaluation.fr/>>. Acesso em: 1 jul. 2011.

*****. <<http://www.law.georgetown.edu/graduate/globalhealth.htm>>. Acesso em: 8 jul. 2011.

*****. <<http://hlaw.ucsd.edu/>>. Acesso em: 8 jul. 2011.

*****. <<http://onlinemj.luc.edu/MJ.html>>. Acesso em: 8 jul. 2011.

*****. <<http://www.nslaw.nova.edu/online/mhl/>>. Acesso em: 8 jul. 2011.



School.* Nessa época é possível igualmente encontrar obras como *Fundamentals of Health Law in Russia*, de 2007,** ou *Public Health Law in South Africa*,*** de 2000.

No Brasil, deve-se reconhecer o pioneirismo de alguns estudiosos do Direito Sanitário (Dias, 1979; Pasold, 1978) e do trabalho de professores e profissionais das áreas do Direito e da Saúde Pública, que introduziram seu estudo sistemático como disciplina do conhecimento na USP, a partir de 1987. Esse grupo deu origem ao Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-Cepedisa**** e trabalhou inicialmente na formulação de um currículo básico para um curso de especialização,***** que, discutido com professores estrangeiros com experiência na área, foi implantado regularmente na USP a partir de 1989. A necessidade de institucionalização de grupos interdisciplinares fez que a USP, 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”*****. Por meio da primeira Resolução do Reitor foi criado o Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário (Nap-DISA),***** destinado a dar apoio à pesquisa em Direito Sanitário.*****

Nos anos 1990 alguns outros grupos foram constituídos para trabalhar especificamente com o Direito Sanitário no Brasil, alguns com caráter mais aplicado, outros ligados a unidades de ensino. Mas foi sem dúvida a partir do início do século XXI que o tema ganhou a academia, sendo objeto de várias teses e outras publicações científicas. Foi nesse momento que o grupo de pesquisadores aglutinados em torno do Cepedisa e do Núcleo de Pesquisa em Direito Sanitário da USP criou a *Revista de Direito Sanitário*,***** reunindo artigos de pesquisa originais e também um ementário da jurisprudência, com comentários sobre aquelas consideradas de maior repercussão acadêmica.

O desenvolvimento do campo científico do Direito Sanitário acompanhou e foi acompanhado, no Brasil, pelo aumento exponencial das demandas por cuidados de

*. <http://jgls.org/jg_cms.aspx?this=3&mid=182>. Acesso em: 8 jul. 2011.

** . Mokhov A. A. Sergeev Yu. D. *Fundamentals of Health Law in Russia*. MIA, 2007.

*** . Sundrasagaran Nadasen. *Public Health Law in South Africa*. Butterworths Law, 2000.

**** . Órgão científico de apoio ao ensino, à divulgação, à pesquisa e à prestação de serviços à comunidade, tanto da Faculdade de Saúde Pública da USP como da Faculdade de Direito da USP (Estatuto do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário-Cepedisa, art. 1º).

***** . 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.

***** . Cf. Estatuto da USP, art. 7º.

***** . Cf. Resolução n. 3.658, de 27 de abril de 1990, do reitor da USP.

***** . Regimento do Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da USP, art. 2º.

***** . Pioneira no Brasil no campo do Direito Sanitário, a *Revista de Direito Sanitário* é uma publicação quadrimestral, lançada no ano de 2000, que pode ser encontrada em <<http://www.revdisan.org.br/>>.

saúde que chegou ao Judiciário. Esse crescimento acabou provocando a convocação de uma audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal (STF) objetivando obter subsídios para o julgamento de ações que tramitam naquela alta corte, em maio de 2009. A partir daquela audiência pública, a Alta Direção do Judiciário brasileiro assumiu oficialmente a preocupação com a formação em Direito Sanitário. Assim, já em novembro de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) externou a necessidade de “criar grupo de trabalho para o estudo e a proposta de medidas concretas e normativas para as demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”, nomeando para compô-lo uma especialista em Direito Sanitário.* Como resultado desse trabalho, somado aos inúmeros argumentos inatacáveis expostos na audiência pública já referida e aceitos pelo ministro-presidente do STF, o CNJ houve por bem recomendar aos Tribunais de Justiça dos estados e aos Tribunais Regionais Federais que “incluam a legislação relativa ao **direito sanitário** como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça”.** Ele recomenda também “à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que incorporem o **direito sanitário** nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados”*** E dando consequência a essas recomendações, em 6 de abril de 2010, por meio da Resolução nº 107, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, que tem como uma de suas missões definir “estratégias nas questões de **direito sanitário**”****. Em suma, não há nenhuma dúvida de que os estudos e as pesquisas, ou seja, que a formação em Direito Sanitário é uma exigência para o adequado desempenho das profissões jurídicas no Brasil do século XXI.

DIREITO SANITÁRIO E ADVOCACIA EM SAÚDE

Já se verificou que, dada a complexidade do conceito de saúde, o estudo do Direito Sanitário envolve, necessariamente, seu exame sob várias óticas. É, então, dessas exigências contemporâneas que se deve discutir sua eventual autonomia 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 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 qua-

*. Portaria do Conselho Nacional de Justiça nº 650, de 20 de novembro de 2009.

** . Recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de março de 2010, I, c.

***. Recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça, de 31 de março de 2010, II, a.

****. Resolução nº 107, do Conselho Nacional de Justiça, de 6 de abril de 2010, art. 2º, IV.

lificativo e
nalmente,
partes ber
nos, que o
que argu
seu objeto
ou privad
privadas”.
que dirigic
humano fe
Universida
tem uma e
fora, teria c
táveis raíze
a unir-se n
é ainda a q
ventura de
conhecime

Por outro
a estrutura
cialistas não
cida pela pr
os conduze
Um dos líd
Bourdieu, q
relativamen
zem, reprod
permite que
necessidade
micas” (Bou
uma evidênc
sua definiçã
afirmar a saú
e, igualmente
pensável que
efetiva do di
um subcamp
agentes e das
(hoje inconve

*. Essa observação (Bourdieu, 2000, p. 24) trata-se de ser citados.



lificativo de falso ou verdadeiro, uma vez que são apenas úteis ou inúteis. Tradicionalmente, os estudiosos dos sistemas jurídicos consideraram útil sua divisão em partes bem discriminadas. A primeira divisão, sempre recordada, data dos romanos, que o dividiram em Direito Público e Privado. Entretanto, os mesmos autores que argumentam 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”.^{*} 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 1960. Em uma conferência na Universidade de Oxford, ele explicou que o crescimento do conhecimento humano tem uma estrutura extremamente diferente, e que sendo obrigado a manter a metáfora, teria de “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” (Popper, 1975, p. 240). 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” (Santos, 1992).

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” (Kuhn, 1983, p. 23). 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” (Bourdieu, 1997). Ora, o Direito Sanitário representa, sem nenhuma 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 subcampo do conhecimento científico, dotado de leis próprias, derivadas dos agentes e das instituições que o caracterizam, que facilita a superação da divisão (hoje inconveniente) entre ciência pura e aplicada.

*. Essa observação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24) tratando do Direito Econômico é apenas um exemplo, entre vários outros que poderiam ser citados.

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 conquistado recentemente sua redemocratização. 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 consequente 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 XX, 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 – tem explicitado entre seus objetivos a realização da advocacia, termo que tem figurado nas resoluções dos últimos grandes encontros de tais organizações, ocorridos paralelamente às Conferências das Nações Unidas.*

Em Saúde, o exercício da advocacia foi recomendado expressamente pela Associação Americana de Pediatria, em 1975. Esse documento (Khan et al., 1973), 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 1996 (Dallari et al., 1996, p. 592-601), no qual se pretende

*. Apenas para exemplificar, informa o sr. Mark Malloch Brown, administrador do United Nations Development Programme (UNDP), que na Conferência do Rio (1992) 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 Conferência sobre o Desenvolvimento Sustentável (Johannesburg, 2002) 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 sustentável (www.undp.org).

sistematizar Saúde”: a ex legalmente material da viabilidade e as consequê político e as de atuação r palmente, pa

Quando s são “Direito campo de in no Brasil, o i mecanismos Advocacia e que definem 1º), implican de Injunção, preceito cons esfera de gov na gestão do tantes eleitos participar de se manifestar Nacional (C.) sindical ou e meio de ação ficou estabele

Também fi legislativo qu direta com o j ticos, das ass financiament laridades aos brar a impor nacionais, cor bleias Legislat mente porque dos municípi deles – faz q responsabilid condições soc mentos, em pi



sistematizar as características que permitem a definição da expressão “Advocacia em Saúde”: a existência de um direito ainda não positivado ou a ineficácia de um direito legalmente reconhecido, seja por falta de regulamentação, seja 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 consequências dele derivadas, 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 inserida 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 STF, o Mandado de Injunção, quando, por falta de regulamentação, não houver aplicação de algum preceito constitucional cujo conteúdo ajude a definir o direito à 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 elegeram, que pode propor projetos de lei (C.F. art. 61, § 2º), participar de audiências para debetê-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, por meio de ação judicial, 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 que, também por meio dos Tribunais de Contas, mantém 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 – denunciar 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 Assembleias Legislativas estaduais e nas Câmaras Municipais de Vereadores, particularmente porque o tratamento simétrico dispensado pela Constituição à totalidade dos municípios e estados-membros da Federação – supondo a homogeneidade deles – faz que na distribuição constitucional de competências e, portanto, de responsabilidades, sejam tratados igualmente entes políticos cuja desigualdade de condições socioculturais e econômicas é óbvia, dificultando o emprego de instrumentos, em princípio, eficazes. Portanto, é necessário que se reafirme a importân-



cia 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 de 1988 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 à 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 n. 8.142, art. 1º). Os Conselhos de Saúde são, precisamente, 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 n. 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 um direito desrespeitado por ato ilegal de 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 pode ser outro instrumento de grande utilidade para os esforços da Advocacia em Saúde, pois permite que qualquer cidadão possa pedir ao juiz que faça 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 estão legitimadas para empregar tal instrumento, é fácil imaginar sua utilidade.

Por outro lado, foram claramente definidas as funções de outro 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
Administração
jurídica e a d
em virtude
revela-se um
efeito, em 4 d
dico nacional
“relevância p
Direito, dirige
Paulo e da Ass
procuradores

A corr
ações
das do
como c

E que tem o .

(...) a f
quais as
prestação

Verifica-se, p
constitucional q
(C. F. art. 6º), di
eficácia, existind
junto ao Poder L
Entretanto, as m
mecanismos que
A capacitação das
ções de advogados
na luta pelo respe
valia para conduzi
de Direito no Bras

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aristóteles. A política.
2. Auby JM. Legislação administrativa. 1984. p.5-7.
3. Bandeira MCA. Eficácia da ação de inconstitucionalidade. 1980. p.5.
4. Berlinguer G. A do



necessárias ao exercício de suas funções, mesmo quando estejam sob a guarda da Administração. E foi, também, instituída a Defensoria Pública para a “orientação jurídica e a defesa, em 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 em 1988. Eminentes 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 art. 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 sequelas, 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. (Dallari, 1992)

Verifica-se, portanto, a partir do exame do campo básico, que é a 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 já 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, serão de enorme valia para conduzir à democracia, instaurando efetivamente o Estado Democrático de Direito no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Aristóteles. A política. Livro III, cap. I, § 8.
2. Auby JM. Legislation sanitaire: programmes et moyens de formation en Europe. Paris: Masson, 1984. p.5-7.
3. Bandeira MCA. Elementos de direito administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p.5.
4. Berlinguer G. A doença. São Paulo: CEBES/Hucitec, 1988. p.34.

5. Bourdieu P. Les usages sociaux de la science. Paris: INRA, 1997.
6. Comparato FK. Direitos humanos e Estado. In: Fester ACR (org). Direitos humanos e... São Paulo: Brasiliense, 1989. p.93-105.
7. Dallari SG, et al. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. Rev Saúde Pública 1996; 30(6):592-601.
8. Dallari SG, et al. O conceito constitucional de relevância pública. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 1992. [Série Direito e Saúde. n.1].
9. Dejours C. Por um novo conceito de saúde. Rev Bras Saúde Ocup 1986; 14(54):7-11.
10. Di Pietro MSZ. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.24.
11. Dias HP. Direito de saúde. Rio de Janeiro: ESESP, 1979.
12. Ferreira Filho MG. Do processo legislativo. São Paulo: Ed. do autor, 1968. p.23.
13. Hatch TD, Holland WJ. Education for health management: a federal perspective. In: Levey S, McCarthy T. Health management for tomorrow. Philadelphia: JB Lippincott, 1980.
14. Kelsen H. Teoria general del Estado. Mexico: Editora Nacional, 1959. p.120.
15. Khan AJ, Kamerman SB, Mac G, Brenda G. Child advocacy: report of a national baseline study. 1973 (DITEW publication N.O. (OCD) 73-18). p.7-95.
16. Kuhn TS. La structure des révolutions scientifiques. Paris: Flammarion, 1983. p.23.
17. La Constitution de 1791, Chapitre premier, Section II, art. 2 & section III, art. 3.
18. Last JM. A dictionary of epidemiology. New York: Oxford University Press, 1983.
19. Moreau J, Truchet D. Droit de la santé publique. 2. ed. Paris: Dalloz, 1990. p.6.
20. Organización Panamericana de la Salud. Desarrollo y fortalecimiento de los sistemas locales de salud: la administración estratégica. Washington: OPS, 1992. p.27.
21. Pasold CL. Estudo evolutivo da legislação sanitária catarinense e suas repercussões na estrutura dos serviços de saúde pública de Santa Catarina [Dissertação de mestrado]. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da USP, 1978.
22. Popper KR. Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária. Belo Horizonte: Itatiaia, 1975. p.240.
23. Rousseau JJ. Do contrato social. São Paulo: RT, s.d. Livro I, cap. VI.
24. Santos BS. Um discurso sobre as ciências. Porto: Afrontamento, 1992.
25. Schmitt C. Teoría de la Constitución. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934. p.47.
26. Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p.105.
27. Szabo I. Fundamentos históricos de los derechos humanos. In: Vasak K (ed.). Las dimensiones internacionales de los derechos humanos. Barcelona: Serbal/Unesco, 1984. v.1. p.50.
28. UNDP. United Nations Development Programme [homepage na internet] Nova York: PNUD, 2004. Disponível em: < <http://www.undp.org> >.
29. WK Kellogg Foundation. Summary and the commission of education for health administration. Michigan: Health Administration Press, 1974.
30. 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.
31. 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.



Sueli Ganu

A Con-
tico-dout
(no fim d
Constitui
dade em
estabeleci
mentam.]
tem sua o
mento, na
mente o d
ou privat
encontrad
governam
Entretanto
tário brasil

O FEDERA

A histó
exigência d
esfera de p
adrede pre
Virgínia, os
quiseram d
Estado que

*. Para o ente
tante elucidati
e Jay, sob o ps
Brasília, 1984)