

EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM SEUS MÚLTIPLOS CAMINHOS. NOVAS INSTITUCIONALIDADES PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

FERNANDO MUSSA ABUJAMRA AITH

1. INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel entre os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito¹. A Constituição brasileira de 1988 (CF/88) consolidou em seus dispositivos os grandes pactos políticos e sociais realizados pela sociedade no período da redemocratização. Em um momento democrático e participativo da história do Brasil, a sociedade pactuou e positivou um modelo de Estado de direito que reconhece que todo poder emana do povo, consolidando o regime democrático.

Entre os grandes avanços obtidos com a CF/88, destacam-se o reconhecimento tácito de um expressivo conjunto de direitos e garantias fundamentais, a divisão do poder estatal em três poderes harmônicos e independentes entre si e a organização federativa do Brasil como uma união indissolúvel entre Estados, Municípios e o Distrito Federal.

O reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado pela Constituição Federal de 1988 (CF, arts. 6º e 196) foi extremamente significativo, incorporando ao rol de direitos protegidos pelo Estado um direito social de primeira grandeza. Esse reconhecimento expresso do direito à saúde pela Constituição foi fundamental para o desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro, especialmente com a criação constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS) (CF, arts. 196 a 200).

A Constituição de 1988 foi detalhista na conformação do direito à saúde no país. Seus artigos 23, II, e 24, XII, dispõem sobre as competências dos entes federativos em matéria de proteção e defesa da saúde. O artigo 23, II, dispõe ser competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiências”. Pela competência comum fixada na CF/88, todos os entes federativos são responsáveis pela execução de ações e serviços destinados a cuidar da saúde e devem se articular em um federalismo cooperativo. O artigo 24, XII, da CF/88, por sua vez, define a competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal em matéria de proteção e defesa da saúde. Dispõe o texto constitucional: “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre [...] previdência social, proteção e defesa da saúde”. Nesse aspecto legislativo, o papel dos Municípios é suplementar, na medida em que o artigo 30, II, estabelece ser competência dos Municípios “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber”.

A Constituição de 1988 detalhou um sistema de seguridade social abrangente, aliando saúde, previdência e assistência social em um modelo de proteção social moderno e solidário. Foram incorporados à Constituição dispositivos específicos de reconhecimento e proteção do direito à saúde, em especial nos arts. 196 a 200, que fornecem a base jurídico-constitucional da proteção do direito à saúde no país. Referidas normas dispõem sobre os princípios básicos que devem reger as ações e serviços públicos de saúde (art. 198, *caput*, I a III) e sobre os deveres do Poder Público (arts. 196 e 197); organizam o SUS e definem

1 Brasil, Constituição (1988), art. 1º, § único, cit.

suas competências (art. 200); estipulam os patamares mínimos de financiamento das ações e serviços públicos de saúde (art. 198, §§ 1º, 2º e 3º); e definem os critérios da participação da iniciativa privada na assistência à saúde (art. 199). Essas normas oferecem, enfim, ao direito à saúde as grandes bases de sua proteção.

Resultante do processo constituinte brasileiro que pautou a redemocratização do país, a proteção do direito à saúde dada pela Constituição de 1988 representa um pacto da sociedade brasileira em benefício da saúde individual e coletiva. O relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde², publicado em 1986, foi um dos grandes momentos da democracia sanitária no Brasil. Coordenado por Sérgio Arouca, o relatório resume as deliberações tomadas por mais de quatro mil participantes, sendo mil delegados, e apresenta a síntese das demandas sociais em saúde que seriam, dois anos depois, traduzidas pela Constituição de 1988 e pelas leis ns. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

Esse conjunto normativo oferece as bases legislativas de reconhecimento e proteção do direito à saúde no Brasil. Entre outras disposições, apresentam um conceito jurídico de saúde (ainda que seja um conceito aberto), detalham o dever do Estado com relação ao direito à saúde, por meio de dispositivos que estruturam o sistema público de saúde, e tornam claros seus princípios, diretrizes, objetivos, competências e fontes de financiamento, assim como orientam a organização, direção e gestão do sistema e a forma como estão distribuídas as tarefas entre as três esferas de poder. Destaque-se que a Lei n. 8.142/1990 inovou em termos de gestão participativa do Estado e criou instituições participativas e democráticas para atuarem de forma integrada com o Estado, tais como os conselhos de saúde e as conferências de saúde.

A partir dessa proteção constitucional e legislativa dada ao direito à saúde emergem deveres do Estado brasileiro que devem ser cuidados

2 Conselho Nacional de Saúde (CNS), *Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 15 maio 2105.

sobretudo pelo Poder Executivo, por meio de políticas públicas. Não é por outra razão que o art. 196 da CF/88 dispõe que o direito à saúde será garantido mediante políticas sociais e econômicas. Nessa engrenagem jurídico-administrativa que orienta e efetivação do direito à saúde no país destaca-se o papel ativo dos poderes Executivo e Judiciário.

O Poder Executivo ganha relevância na medida em que possui a função precípua de executar as políticas públicas necessárias à efetivação do direito à saúde. Ao Executivo compete, ainda, regulamentar as leis no sentido de dar-lhes maior eficácia, seja organizando a atuação estatal, seja delineando conceitos que ficaram muito abertos na Constituição ou nas leis.

O Poder Judiciário destaca-se sobretudo pelo seu papel de guardião das leis e do Estado de direito, cuidando para que o que está definido em nossa Constituição e nas nossas leis seja de fato cumprido pelos agentes públicos e pelos cidadãos em geral. O Judiciário destaca-se cada vez mais na efetivação do direito à saúde no Brasil na medida em que aumenta a procura, pelos cidadãos, de tutelas judiciais voltadas à proteção concreta e individual do direito à saúde. O fenômeno da judicialização da saúde no Brasil reflete as demandas sociais por bens e serviços ligados ao conteúdo material do direito à saúde. O direito à saúde passa a ser concretizado também pelas determinações do Poder Judiciário, que passam, a partir de demandas judiciais, a obrigar o Poder Executivo a oferecer a indivíduos ou coletividades medicamentos, cirurgias, próteses, órteses, entre outros bens e serviços relacionados ao direito à saúde.

A positivação do direito à saúde nos Estados de direito modernos constitui um fenômeno amplamente difundido, mas que possui variações nas fórmulas e estratégias jurídicas de efetivação utilizadas no momento da positivação do direito à saúde e de suas garantias. O que está atualmente claro é que a saúde é um direito reconhecido para ser levado a sério no Brasil, e que para isso é necessário refletir sobre o seu conteúdo e as suas formas de efetivação. Este artigo apresenta uma análise do atual estágio de efetivação do direito à saúde no Brasil focada nas decisões estatais em saúde.

Analisar a efetivação do direito à saúde no Brasil sob a perspectiva analítica das decisões estatais em saúde representa, para a ciência jurídica, um exercício fundamental que possibilita uma compreensão mais abrangente e resolutiva do problema. Nesse sentido, o presente artigo resgata reflexões realizadas em minha tese de livre-docência³ e tem como objetivo compreender de que forma o direito à saúde é definido e executado pelas decisões estatais e, ainda, de que forma os conflitos decorrentes do direito à saúde são absorvidos e decididos pelo próprio Estado. Para além dos mecanismos clássicos de decisão dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, verifica-se atualmente, com cada vez mais frequência, o surgimento do que aqui denominamos *novas institucionalidades* criadas para aperfeiçoar e democratizar o processo decisório do Estado.

2. DECISÕES ESTATAIS DE SAÚDE E SEU PAPEL ESTRATÉGICO PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

No direito, as decisões possuem um papel estratégico, ao ponto de se chegar a afirmar que o direito é a arte da decisão, da escolha entre diversas soluções que podem ser igualmente legítimas⁴. O constituinte, o legislador, o juiz, as autoridades administrativas, os sujeitos de direito público ou privado etc. decidem de acordo com princípios e regras jurídicas consideravelmente complexas e bastante estudadas.

Ao discorrer sobre a ciência do direito, Ferraz Jr. identifica a decidibilidade como seu problema central. O direito, como ciência, tem nas decisões um problema central na medida em que:

3 Fernando Bussa Abujamra Aith, *Direito à saúde e democracia sanitária: soberania popular e participação nas decisões estatais de saúde*. Mimeo. São Paulo, 2015. Tese de livre-docência defendida junto ao Departamento de Teoria de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 94-108.

4 Didier Truchet, *La decision en droit de la santé*. In: *Les dîners de l'Institut Diderot*. Paris: Institut Diderot, 2014. p. 7-8. (tradução nossa)

toda ciência pretende obter enunciados independentes da situação em que são feitos, à medida que aspiram a uma validade erga omnes [...]. Se o século XIX entendeu ingenuamente a positividade como a relação causal entre a vontade do legislador e o Direito como norma legislada ou posta, o século XX aprendeu rapidamente que o direito positivo não é criação da decisão legislativa (relação de causalidade), mas surge da imputação da validade do direito a certas decisões (legislativas, judiciárias, administrativas)⁵.

A positividade do direito adquire, modernamente, uma natureza de constante transformação, na medida em que passa a decorrer da experiência empírica do direito, atual e corrente, que se modifica a todo instante. O direito passa a se preocupar com a questão da decidibilidade, a querer compreender como se estruturam as instituições, como se organizam os processos e como se validam as decisões juridicamente relevantes.

Ao desenvolver a ideia de *ciência do direito como teoria da decisão*, Ferraz Jr. apresenta com acuidade o papel da decisão no direito moderno. O termo **decisão** está ligado, tradicionalmente, ao ato culminante de processos deliberativos e refere-se a um ato final em que uma possibilidade é escolhida, rejeitando-se outras. Os processos deliberativos são também processos de aprendizagem, iniciados a partir de um impulso, de uma questão conflitiva, de uma situação que apresenta um conjunto de proposições incompatíveis entre elas e que exige uma resposta.

A decisão pode, por mais paradoxal que pareça, ser o impulso a iniciar um novo processo decisório. É o caso, por exemplo, de uma decisão do Poder Executivo que negue determinada prestação de saúde a um cidadão. Essa decisão poderá ser o impulso para o início de um novo processo deliberativo, por meio do qual esse mesmo cidadão poderá recorrer ao Poder Judiciário para que este decida sobre a decisão anterior. O conflito, entendido como conjunto de alternativas que surgem da diversidade de interesses, da diversidade das condições de avaliação, da diversidade de perspectivas de vida, gera uma gama variada de alternativas possíveis, mas não prevê, em princípio, parâmetros qualificados de

5 Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A ciência do Direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1980. p. 43.

solução, exigindo uma decisão que busque e ofereça esses parâmetros. E se o conflito é condição de possibilidade da decisão, na medida em que a exige, a partir dela, ele não é eliminado, mas apenas transformado⁶.

A teoria do direito é pródiga em classificar as decisões: normativas, jurisdicionais, legislativas, administrativas, pública, privada, colegiada, unilateral. As classificações oferecidas pela ciência jurídica constituem um instrumental importante para compreendermos o que são e quais são as decisões estatais de saúde. Como ato final de um processo decisório, as decisões estatais de saúde assumem diversas formas e são determinadas pelo seu processo de formação e pelas suas consequências práticas na conformação do sistema de saúde e da abrangência do direito à saúde no país.

Toda decisão tomada pelo Estado, por meio de seus agentes públicos, de forma individual ou colegiada, é juridicamente relevante em um Estado Democrático de Direito. As decisões estatais em saúde são aquelas feitas por agentes públicos do Estado, no exercício de suas atribuições legais, para fins de proteção e promoção do direito à saúde.

Toda pessoa física que presta serviços ao Estado será potencialmente um agente público apto a decidir em nome dele. O agente público pode estar vinculado à Administração direta ou indireta, por meio de vínculo estatutário ou celetista, ou, ainda, na qualidade de particular em colaboração com o Poder Público, atuando por meio de delegação de poderes estatais. A decisão estatal em saúde será, assim, toda e qualquer decisão tomada por esses agentes públicos, no exercício de suas funções estatais específicas, e pode se referir a decisões legislativas, administrativas ou judiciárias do Estado.

2.1. Decisões estatais administrativas em saúde (ou decisões estatais do Poder Executivo)

As decisões estatais administrativas em saúde encontram-se no campo de estudo do Direito Administrativo acerca dos atos administrativos, que podem ser considerados como

⁶ Ferraz Jr., op. cit., p. 88-90.

manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir ou declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria⁷.

Por serem atos administrativos, as decisões estatais devem sempre observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia, além do princípio básico de supremacia do interesse público sobre o interesse particular. As decisões estatais em saúde podem ser de diferentes espécies, conforme a sua finalidade: atos normativos, quando contiverem um comando geral do Executivo visando à correta aplicação da lei (decretos, portarias, resoluções); atos ordinatórios, quando visam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes (portarias, ordens de serviço, ofícios, despachos); atos negociais, quando a declaração de vontade do Poder Público é coincidente com a pretensão do particular visando à concretização de negócios jurídicos públicos ou à atribuição de certos direitos ou vantagens ao interessado (licença, autorização, permissão, homologação etc.); atos enunciativos, quando declaram ou enunciam determinado estado de coisas (certidões, atestados, pareceres); atos punitivos, quando contêm uma sanção imposta pela Administração àqueles que infringem disposições legais, regulamentares ou ordinatórias dos bens ou serviços públicos (multa, interdição, apreensão, destruição de coisas etc.).

Especificamente no que diz respeito aos atos normativos, a atividade de regulamentação normativa do Poder Executivo ocupa um papel protagonista no campo da saúde pública brasileira e na efetivação do direito à saúde. A regulamentação é a atividade normativa do Estado, de titularidade do Poder Executivo, por meio da qual este edita regulamentos administrativos. No âmbito do Poder Executivo, a regulamentação pode ser feita por diversos órgãos ou autoridades, tais como

⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990. p. 131.

o presidente da República, governadores, prefeitos, ministros, secretários, diretorias colegiadas de agências reguladoras, entre outros. Por meio da regulamentação, o Poder Executivo especifica e torna mais claras normas jurídicas previstas em lei ou em outro instrumento legal superior vigente.

No que diz respeito ao poder regulamentar do Executivo, Coutinho de Abreu resume a sua abrangência ao conceituar regulamento administrativo como sendo a

norma escrita, geral e abstrata por via de regra, subordinada à Lei, emanada por uma autoridade administrativa, ou por uma entidade privada no desempenho de uma função público-normativa⁸ [...]. Estão subordinados ao “bloco de legalidade”, tal como modernamente ele é entendido. Isto é, os regulamentos devem desrespeitar as normas e princípios que lhes forem superiores. Não podem, nomeadamente, modificar, suspender, derogar ou revogar as normas e princípios constitucionais, as normas e princípios de direito internacional vigentes na ordem interna, os atos legislativos e os princípios jurídicos⁹.

A atividade de regulamentação está limitada materialmente pelo instrumento legal superior ao qual o regulamento a ser editado está vinculado. Trata-se de um limite material, que pressupõe que o texto do regulamento fique circunscrito ao texto legal e que o campo de regulamentação obedeça aos limites estabelecidos em lei.

Chevalier, em suas reflexões sobre o que denominou direito pós-moderno¹⁰, mostrou que o direito moderno funda-se sob o signo da razão, com as características da generalidade, sistematização e estabilidade. A partir da racionalização do direito, surgiu a possibilidade de

8 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 45.

9 *Ibid.*, p. 175.

10 Jacques Chevalier. Vers un Droit Posmoderne. In: Jean Clam e Gille Martin, *Les transformations de la regulation juridique de France*. LGDJ, 1998.

se desenvolver dois conceitos centrais: o de Estado e o de nação. Também cresceu, nesse movimento, a ideia do individualismo como núcleo de direitos e a noção de que todos os seres humanos nascem iguais e dotados de direitos e de que o Estado deve preservar as liberdades individuais.

A partir do desenvolvimento do Estado Social, o direito foi perdendo suas características de generalidade e estabilidade. A lei também seguiu esse caminho, tornando-se mais abrangente e multiforme. O princípio da generalidade foi sendo deixado de lado na medida em que a lei passou a ser instrumento de governo para ações sociais. Nesse movimento, também se foi a estabilidade da lei, que passou a ser sujeita a pressões políticas. Até a noção do individualismo sofreu temperanças quando o Estado Social passou a impor uma lógica na qual o indivíduo deve se submeter à lei e ao bem comum. Chevalier sustenta, assim, que o “Estado-Providência” acarretou uma “crise do direito” ao minar suas características gerais iniciais, obrigando a sociedade a repensar o direito à luz da nova realidade.

O denominado direito pós-moderno de Chevalier possui ingredientes de antimodernidade e de hipermodernidade associados à produção normativa do Estado. Os aspectos de antimodernidade apontados são (i) a complexidade: pluralismo das fontes de produção normativa; e (ii) a flexibilidade: produção de leis-quadro que deixam espaços abertos, com abundância de conceitos jurídicos indeterminados (*droit mou*), para que o Poder Executivo possa completar (regulamentar) com larga margem discricionária. Já os aspectos de hipermodernidade no denominado direito pós-moderno podem ser encontrados no reforço do individualismo e do racionalismo que regem o sistema. A razão será mais **prática** e estará presente no conteúdo e na forma de elaboração do direito. A hierarquia normativa tende a ser preservada, para manter a coerência sistêmica, com a constitucionalização dos direitos fundamentais e a paulatina harmonização dos novos elementos do direito, por meio de inovações normativas ou da própria jurisprudência. A racionalização do processo de elaboração das leis e normas, em geral, caminha para o devido processo legal substantivo, que será objeto de um controle mais

rígido por parte da sociedade, que verificará não só os aspectos formais como, principalmente, o conteúdo material da norma produzida e sua adequação aos ditames da Lei Maior (Constituição) e aos demais princípios e valores que regem a sociedade.

A participação democrática dos cidadãos nos processos que levam às decisões estatais de saúde tomadas pelas autoridades do Poder Executivo é um elemento orgânico e integrante do próprio conceito de direito à saúde. A participação democrática, ativa e consciente do cidadão deve estar presente no ato de prescrição de seu tratamento médico exarado pelo profissional de saúde competente (a prescrição do médico que atua na rede pública é uma decisão estatal de saúde com enormes consequências para o sistema); na organização e funcionamento dos equipamentos e serviços públicos de saúde (financiamento, gestão, qualidade); na formulação de políticas públicas de saúde (Política Nacional de Vigilância Sanitária e Epidemiológica, Política Nacional de Assistência Farmacêutica, Política Nacional de Saúde etc.); enfim, em todos os processos que conduzam a decisões relevantes no campo da saúde pública no Brasil. Nesse sentido, democratizar e aperfeiçoar os processos decisórios do Estado mostra-se essencial à efetivação do direito à saúde.

2.2. Inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário e decisões estatais judiciais em saúde

A amplitude de competências decisórias estatais do Poder Executivo brasileiro no que se refere ao direito à saúde não afasta a possibilidade de que essas decisões sejam objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

A inafastabilidade da competência do Poder Judiciário em apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direito figura como uma garantia geral da democracia e do Estado Democrático de Direito (CF/88, art. 5º, XXXV), na medida em que assegura a todos (individual ou coletivamente) a possibilidade de levar ao Poder Judiciário demandas de qualquer natureza, inclusive contra decisões executivas ou legislativas tomadas pelos demais poderes. A proteção constitucional ao direito de

discutir toda e qualquer decisão estatal perante o Judiciário é tão forte que veda expressamente que essa garantia seja limitada por lei. Dessa maneira, toda e qualquer lesão ou ameaça habilita o cidadão a recorrer ao Judiciário. No Brasil, portanto, quaisquer decisões estatais em saúde exaradas pelo Executivo ou pelo Legislativo poderão ser discutidas judicialmente pelos cidadãos. Essa garantia tem sido fundamental para a democracia sanitária brasileira, uma vez que tem permitido ao Judiciário reverter omissões, ilegalidades ou abusos cometidos pelo Poder Executivo e até pelo Poder Legislativo.

As decisões estatais judiciais em saúde são aquelas tomadas pelas autoridades judiciárias por meio do devido processo legal. O processo judicial é requisito de validade da decisão estatal judiciária e deve seguir o rito legal estabelecido, de forma a garantir sempre o contraditório e a ampla defesa. No que se refere à democracia sanitária, a decisão judicial de saúde é fundamental por ser a última salvaguarda do cidadão contra uma lesão ou ameaça a um direito legalmente estabelecido. Conforme sacramentado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Assim, se qualquer cidadão entender que o seu direito à saúde está sendo lesado ou ameaçado, a Constituição assegura o direito de recorrer ao Poder Judiciário para que a lesão ou ameaça seja resolvida. No campo da saúde, tem sido cada vez mais recorrente a participação do Poder Judiciário na construção do direito à saúde brasileiro, por meio de um fenômeno já amplamente conhecido e pesquisado, denominado judicialização da saúde¹¹.

¹¹ Sueli Dallari, Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, jun. 2013. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624>>. Acesso em: 24 maio 2015; Sílvia Badim Marques, Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, jul. 2008, p. 65-72. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920>>. Acesso em: 24 maio 2015; Miriam Ventura et al., Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2015.

Dados do Conselho Nacional de Justiça apontavam que em junho de 2014 existiam 392 mil ações judiciais de saúde no país¹². O ingresso de ação judicial demandando um direito é um importante e típico processo jurídico de democracia sanitária, na medida em que permite ao cidadão pedir ao Poder Judiciário que interceda contra uma lesão ou ameaça de lesão a um direito, no caso, o direito à saúde. Essas demandas contam, em grande parte, com uma atuação ativa de importantes instituições de proteção de direitos no Brasil, como a Defensoria Pública e o Ministério Público.

O direito do cidadão de lutar pelo respeito a um direito seu perante o Poder Judiciário é um elemento extremamente importante na configuração da democracia sanitária brasileira. A justiciabilidade do direito à saúde representa um grande avanço democrático que vem sendo conquistado pela sociedade brasileira com importante contribuição do Poder Judiciário. Embora a participação do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil venha aumentando, verifica-se que, em termos participativos, trata-se ainda de um poder estatal cujas decisões são pouco permeáveis à participação mais ativa dos cidadãos ao longo dos processos que instruem a decisão judicial. Tentativas de abertura têm sido feitas, valendo destacar a ampliação do uso das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com destaque para a audiência pública realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 e destinada a tratar, exclusivamente, do direito à saúde. Convocada pelo então presidente do STF Ministro Gilmar Mendes, a audiência ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS¹³.

12 Brasil, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTRIBUNAIS.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2015.

13 Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública sobre direito à saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienCIAPublicaSaude>>. Acesso em: 24 maio 2015.

Decerto que o reconhecimento da saúde como um direito subjetivo público permite ao cidadão pleitear o direito à saúde perante o Judiciário e representa uma característica essencial da democracia sanitária brasileira, que deve ser sempre louvada. As possibilidades de criação de mecanismos para uma participação mais ampla no âmbito dos processos judiciais que versam sobre saúde encontram-se abertas, e o Poder Judiciário vem se mostrando cada vez mais sensível a elas.

As decisões estatais em saúde, tomadas no âmbito do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, são responsáveis pela conformação real da abrangência do direito à saúde e de suas garantias em uma sociedade. Devem observar os princípios do Estado Democrático de Direito, especialmente, para que sejam legitimadas pela participação popular.

A democracia sanitária impõe o governo do povo sobre as questões relativas à saúde, de modo que a soberania popular deve ser efetivamente exercida para que o direito à saúde seja de fato um direito democrático. Comparato, ao retratar a dinâmica de afirmação histórica dos direitos humanos¹⁴, demonstra que estes se afirmam por meio de um processo histórico pautado pelo seu reconhecimento legislativo, pelo estabelecimento legal de garantias jurídicas e, também, pelas decisões estatais que efetivam os mandamentos legais no âmbito dos poderes Executivo e Judiciário. No que se refere à efetivação do direito à saúde, essas decisões, no direito contemporâneo, são tão importantes quanto a decisão legislativa.

Assim, a legitimação democrática do direito à saúde depende da participação do povo nas decisões estatais de saúde. Nessa direção, o Brasil vem desenvolvendo algumas instituições jurídicas inovadoras, que aqui denominamos novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde.

3. NOVAS INSTITUCIONALIDADES PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM SAÚDE

As normas jurídicas se ordenam e se agrupam de forma hierarquizada e coordenada, formando um todo harmônico que é o sistema

14 Comparato, op. cit.

jurídico. É comum identificarmos dentro do sistema jurídico um conjunto específico de regras que, voltadas ao mesmo fim, organizam os fenômenos sociais, como o Estado, a propriedade ou a família, por meio de instrumentos tipicamente utilizados pelo direito. Assim, com essa organização, as instituições jurídicas dotam a sociedade de instrumental preciso para a produção da justiça. O recurso à teoria das instituições permite um “remembramento racional das regras, corrigindo o que a divisão do Direito em ramos poderia ter de superficial ou de demasiado absoluto”¹⁵.

De acordo com a definição de Carbonnier, “a instituição se define como um composto de regras de direito que abarca uma série de relações sociais tendentes aos mesmos fins”¹⁶. As instituições jurídicas se caracterizam, sobretudo, por sua durabilidade e por seu sistematismo. Instrumentos do direito voltados a oferecer à sociedade uma segurança jurídica eficaz contra os sobressaltos constantes da natureza humana, essas instituições são criadas para durarem longa e indeterminadamente, embora, com certeza, não devam ser eternas (lembrando que a escravidão e o feudalismo eram instituições jurídicas). Sua durabilidade resulta da aplicação do direito objetivo, ou seja, quanto maior a hierarquia das normas que as criam, maior a sua permanência no sistema jurídico. Essa estabilidade resulta, principalmente, das dificuldades impostas pelas leis de maior hierarquia normativa para serem alteradas. Nada impede, no entanto, que a estabilidade também decorra de arranjos políticos e institucionais fracamente normatizados, mas solidamente aceitos e reiterados, como é o caso da Política Nacional de Medicamentos, estabelecida por meio da Portaria MS/GM n. 3916 de 1998, publicada pelo Ministro da Saúde à época e até hoje vigente. Dessa maneira, embora as instituições jurídicas sejam criadas para longos períodos, elas são também flexíveis, maleáveis, pois podem se

15 Jean Dabin, *Théorie générale du Droit*. Paris: Dalloz, 1969. p. 89. (tradução nossa)

16 Jean Carbonnier, *Droit Civil: introduction, les personnes*. 27. ed. Paris: PUF, 2002. n. 1. (tradução nossa)

adequar aos tempos por meio de mudanças do direito positivo. A durabilidade da instituição jurídica permite o seu desenvolvimento e cria as condições para outra característica importante que é o sistematismo. A instituição jurídica representa um conjunto vivo de regras, regras estas que, de forma sistemática, constituem o âmbito dado pelo direito ao desenvolvimento de diferentes fatos da vida social, por exemplo, do Estado, da família, das empresas, da propriedade etc.¹⁷.

Ao desenvolver o seu conceito sobre instituições no campo do direito, Miguel Reale primeiro salienta que o instrumental lógico e linguístico básico da ciência do direito exige conceitos ou “categorias” fundamentais, tais como “competência”, “tipicidade”, “culpabilidade” etc. Para Reale, a

esses conceitos gerais subordinam-se gradativamente outros, cujo conhecimento vamos adquirindo dia a dia, à medida que progredimos no conhecimento jurídico, sem jamais podermos considerar finda a nossa tarefa cognoscitiva¹⁸.

As instituições podem ou não adquirir forma jurídica específica e se configurarem em pessoas jurídicas de direito público ou privado. Para fins de compreensão das garantias jurídicas criadas para a democracia sanitária, adotamos o conceito mais abrangente de instituição jurídica, a fim de podermos incluir todas as instituições criadas pelo direito brasileiro com vistas a ampliar os modelos de participação democrática em saúde. Considerando que o enfoque aqui é a identificação das instituições democráticas participativas inovadoras no campo do direito, este tópico não vai tratar das instituições que constituem os próprios poderes do Estado, como o Congresso Nacional, os parlamentos, os tribunais e a União.

O reconhecimento formal do direito à saúde conduz os Estados a uma nova necessidade jurídica: organizar a estrutura e os recursos públicos para que de fato se garanta o direito assegurado formalmente.

17 Jean-Louis Bergel, *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 237.

18 Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 191.

A organização do Estado se dá pela criação de instituições e órgãos, tais como o Ministério da Saúde, as Agências Reguladoras em saúde, as Comissões Intergestores, os Conselhos de Saúde, responsáveis pela estruturação da rede de serviços públicos necessários à efetivação do direito à saúde.

As políticas públicas, consideradas como programas de ação governamental¹⁹, organizam-se por meio de uma sucessão lógica e encadeada de atos estatais, que o direito vem, cada vez mais, regulando por meio de atos normativos (leis e atos infralegais) ou, na omissão ou falha desses, por meio de decisões judiciais relacionadas com o direito à saúde^{20 e 21}.

Com base no princípio da legalidade, cabe ao direito disciplinar, em normas constitucionais, legais e infralegais, todo o processo de formulação, planejamento, execução, financiamento, supervisão e revisão das políticas públicas de saúde²². Esse aparato normativo, se de um lado define a forma de estruturação do Estado e seu controle jurídico, de outro lado, a depender do tipo de organização, pode se constituir em entrave para a boa execução das políticas, na medida em que consolida ações ineficazes. Além da própria configuração normativa, vários podem ser os entraves na Administração Pública à articulação eficiente entre suas instituições e órgãos, fazendo com que os processos formadores da política pública sejam tortuosos e improdutivos.

19 Maria Paula Dallari Bucci. O conceito de política pública em direito. In: M. P. D. Bucci (Org.), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

20 Fabio Konder Comparato, Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Disponível em: <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

21 Siri Gloppen, *Litigating Health Rights: Framing the analysis*. In: Alicia Ely Yamin e Siri Gloppen (Ed.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health*. USA: Harvard University Press, 2011. p. 17-42

22 Fernando Mussa Abujamra Aith, Institucionalização normativa de políticas públicas de saúde no Brasil: estudo de caso com o programa nacional de controle da dengue – PNCD. *Revista Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. Brasília, v. 7, n. 1, 2013, p. 349-366.

A articulação entre as diferentes instituições e órgãos envolvidos na implementação das políticas públicas é elemento essencial para sua eficácia. Uma decisão estatal final resolutiva depende dessa articulação governamental eficiente.

Algumas experiências nacionais, razoavelmente documentadas, demonstram claramente as vantagens que essas novas institucionalidades podem trazer à atuação estatal na efetivação do direito à saúde.

No Rio Grande do Norte, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads) foi mencionado por dois dos ministros de Estado presentes à Audiência Pública do STF sobre medicamentos, os então ministros da Saúde José Gomes Temporão e da Advocacia Geral da União Luís Inácio Adams, como referencial institucional a ser adotado para a construção de uma solução de conflitos em saúde que não sejam pela via da judicialização. Implantado em 2009 no Estado do Rio Grande do Norte através de um Acordo de Cooperação Técnica, o Cirads reúne Defensorias Públicas da União e do Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Norte, Procuradoria Geral do Município do Natal, Secretaria do Estado da Saúde Pública e Secretaria Municipal de Saúde do Natal. Além desses, integram o Comitê auxiliares técnicos eventuais ou permanentes (farmacêuticos, médicos, juristas, psicólogos, assistentes sociais, servidores públicos da saúde).

A finalidade da parceria foi o estabelecimento de canal de discussões sobre as questões de saúde entre os diversos entes públicos envolvidos nas demandas judiciais. O objetivo último da iniciativa consiste em possibilitar soluções administrativas às potenciais ações judiciais; ou seja, tal modelo propõe-se a ser alternativa à judicialização quando os pedidos tenham por objeto a prestação de medicamentos e tratamentos médicos. O Cirads mostra-se, por seu desenho e objetivos, uma nova institucionalidade criativa e democrática que busca formas alternativas de solução de conflitos relacionados ao direito à saúde.

Na mesma direção podem ser destacados os Núcleos de Assessoria Técnica (NAT) idealizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do

Rio de Janeiro e que tiveram início em fevereiro de 2009. Ferreira e Costa apontam que os Núcleos

têm como finalidade o auxílio aos magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Contudo, mesmo sendo esse o objetivo primeiro dos núcleos, não podemos deixar de visualizar outras finalidades, como: a) melhor atendimento do cidadão, que pode vir a ter sua pendência resolvida em até 48 horas, deixando assim de percorrer todo o trâmite normal do judiciário; ou b) ainda a capacidade de diminuir o inchaço do Judiciário, uma vez que adota uma espécie de filtro [...] ²³.

Os pareceres emitidos pelo Núcleo visam, principalmente, verificar a relação entre a demanda judicial feita e a política pública de saúde oferecida pelo SUS no âmbito do Poder Executivo. Sempre que houver possibilidade de solução não judicial de conflito, esta via deverá ser privilegiada. A articulação entre os poderes Judiciário e Executivo, nesse sentido, mostra-se um importante canal de aprimoramento da ação estatal, no sentido de esses poderes atuarem de forma harmônica e independente, como previsto na CF.

A existência dessas novas institucionalidades, que visam ampliar a capacidade de compreensão e solução de conflitos em saúde pelo Estado, certamente deve ser acompanhada de perto para que signifiquem experiências democráticas e interinstitucionais eficazes para a efetiva proteção do direito à saúde.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetivação do direito à saúde mostra-se complexa e impõe deveres aos três poderes estatais. O Poder Executivo possui, nesse

²³ Siddharta Legale Ferreira e Aline Matias Costa, Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, abr. 2013, p. 219-240.

contexto, uma responsabilidade estratégica na medida em que a garantia do direito à saúde deve dar-se, prioritariamente, por meio de políticas sociais e econômicas (CF, art. 196). As falhas na política pública devem e sempre poderão ser corrigidas pelo Poder Judiciário, mas impõe-se uma atuação harmônica e articulada entre esses poderes para que as demandas individuais e coletivas da sociedade por bens e serviços de saúde sejam satisfeitas com eficácia, economicidade, transparência e resolutividade.

A efetivação do direito à saúde deve ser democrática e mobilizar a sociedade e as instituições de proteção de direitos (Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, associações civis) no sentido de exigirem das autoridades estatais, pelos meios cabíveis, decisões favoráveis ao cumprimento eficaz do direito à saúde individual e coletiva.

Nesse sentido, as novas institucionalidades que articulam os poderes estatais e qualificam as decisões tomadas pelo Estado para a efetivação do direito à saúde representam importantes avanços que devem ser observados atentamente. As novas institucionalidades para a solução de conflitos em saúde têm o potencial de se configurarem nos ambientes adequados para que os direitos individuais do cidadão, no que se refere ao direito à saúde, sejam garantidos pelas políticas públicas já ofertadas pelo Poder Executivo, sem a necessidade de se ingressar com demandas judiciais. A via judicial, nesse cenário, seria o último recurso para se obter do Estado bens e serviços de saúde que, por alguma razão excepcional, não estão sendo ofertados regularmente por meio das políticas públicas já **disponibilizadas** pelo Poder Executivo.

5. REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Sobre os regulamentos administrativos e o princípio da legalidade*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- AITH, Fernando M. A. *Direito à saúde e democracia sanitária: soberania popular e participação nas decisões estatais de saúde*. Mimeo. São Paulo, 2015. Tese de livre-docência defendida junto ao Departamento de Teoria de Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

- _____. Institucionalização normativa de políticas públicas de saúde no Brasil: estudo de caso com o programa nacional de controle da dengue – PNCD. *Revista Tempus – Actas de Saúde Coletiva*. Brasília, v. 7, n. 1, 2013, p. 349-366.
- BERGEL, Jean-Louis. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnoTribunais.forumSaude.pdf>>. Acesso em: 17 mar. 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Saúde (CNS). *Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/relatorios/relatorio_8.pdf>. Acesso em: 15 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência Pública sobre direito à saúde. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 24 maio 2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARBONNIER, Jean. *Droit Civil: introduction, les personnes*. 27. ed. Paris: PUF, 2002. n. 1. (tradução nossa)
- CHEVALIER, Jacques. Vers un Droit Posmoderne. In: CLAM, Jean; MARTIN, Gille. *Les transformations de la regulation juridique de France*. LGDJ, 1998.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/ensaio_sobre_o_juizo_de_constitucionalidade_de_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- DABIN, Jean. *Théorie générale du Droit*. Paris: Dalloz, 1969. p. 89. (tradução nossa)
- DALLARI, Sueli. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, jun. 2013. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624>>. Acesso em: 24 maio 2015.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1980.
- FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias. Núcleos de Assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013.

- GLOPPEN, Siri. Litigating Health Rights: Framing the analysis. In: YAMIN, Alicia Ely; GLOPPEN, Siri (Ed.). *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health*. USA: Harvard University Press, 2011. p. 17-42.
- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65-72, jul. 2008. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117/14920>>. Acesso em: 24 maio 2015.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 191.
- TRUCHET, Didier. La decision en droit de la santé. *Les dîners de l'Institut Diderot*. Paris: Institut Diderot, 2014.
- VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 maio 2015.