

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GABRIELLE KÖLLING

O DIREITO À SAÚDE: HISTÓRIA E PERSPECTIVAS

São Leopoldo

2011

GABRIELLE KÖLLING

O DIREITO À SAÚDE: HISTÓRIA E PERSPECTIVAS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

GABRIELLE KÖLLING

Orientadora: Profa. Dra. Sandra Regina Martini Vial

São Leopoldo

2011

K81d

Kölling, Gabrielle

O direito à saúde: história e perspectivas / Gabrielle Kölling -- 2011.

210 f. : il. ; color. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.

Orientador: Profa. Dra. Sandra Regina Martini Vial.

1. Direito - Saúde. 2. Direito sanitário. 3. Sistema político. 4. Sistema jurídico. I. Título. II. Vial, Sandra Regina Martini.

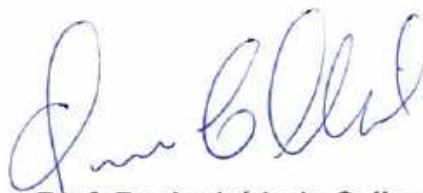
CDU 34:614

Catálogo na Publicação:
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O Direito à Saúde: História e Perspectivas”, elaborada pela mestrandia **Gabrielle Jacobi Kölling**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 07 de outubro de 2011.

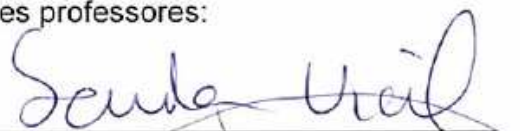


Prof. Dr. André Luis Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

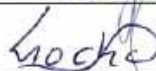
Presidente: Dra. Sandra Regina Martini Vial



Membro: Dra. Taysa Schiocchet



Membro: Dr. Leonel Severo Rocha



Aos meus pais, Sérgio e Ofélia Kölling, pelo apoio incondicional, e aos meus avós, Arthur e Nilza Kölling, *in memoriam*, pelos bons exemplos de vida.

AGRADECIMENTOS

A escolha por cursar um mestrado com tamanho reconhecimento, como o da UNISINOS, demanda-nos dedicação, mas não é uma dedicação “qualquer”, é aquela que nos faz dizer com muito orgulho: “eu jogo nesse time”! No momento em que escolhi cursar o mestrado em direito público, fiz renúncias automáticas, sacrifiquei as pessoas que mais amo, abdiquei de inúmeras noites de sono, disse não, diversas vezes, para vários convites, falhei no quesito “presença familiar”, mas tenho a tranquilidade de dizer que foi por um amor: a academia! Cada aula do mestrado, cada evento, cada café com os colegas têm uma estória que será lembrada e guardada com muito carinho; até os momentos em que contava as moedas e me deparava com a dúvida: “tomar o café ou fazer a fotocópia?” serão lembrados como aprendizado. Hoje eu resumo tudo isso numa única frase: valeu a pena!

Agradeço aos meus pais, Sérgio e Ofélia Kölling, pelo apoio, carinho, sobretudo por fazerem parte da minha vida e por possibilitarem que eu pudesse somente ficar estudando e para isso não mediram esforços: mesmo aposentados, continuaram a árdua caminhada de trabalho! Pai e mãe, essa dissertação é para e por vocês!

À minha orientadora, minha “mãe de direito”, Professora Doutora Sandra Regina Martini Vial, pela fraternidade com a qual sempre fui tratada, pelo carinho, pelo zelo, pelas tantas acolhidas na sua casa, pelos jantares, pelos

cafés da manhã, pelos conselhos, pelas viagens juntas, ou seja, tudo o que uma mãe faz por e com uma filha! Agradeço, ainda, pela sua orientação, disponibilidade e, especialmente, pela presença indispensável durante o percurso até então realizado. Registro aqui o meu agradecimento, a minha gratidão, o respeito e o carinho que tenho pela senhora.

À minha irmã Lisandra Kölling, pela paciência.

Aos meus amigos Denis Rodrigues, Felipe Furlan, Guilherme Massaú, Leonardo Camargo e Paulo Roberto Alves, pela incrível disponibilidade, apoio e amizade sincera. Guris, adoro vocês!

Às amigas Ana Paula Atz, Carolina Fernandez, Cristina Bedenetti, Dulcilene Mappeli, Margareth Bilhalva, Rafaela Giongo, Tatiana Cardoso e Valkiria Sarturi, pela parceria e apoio mútuos. Gurias, sempre unidas pelo mestrado, pelo carinho e pela amizade!

À CAPES, pela bolsa concedida, a qual possibilitou a realização do curso de mestrado junto ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS.

Ao Programa de Pós-graduação em Direito da UNISINOS, pela oportunidade, bem como aos professores que compõem o Programa, em especial aos professores Delton Winter Carvalho, Jânia Saldanha, Leonel Severo Rocha, Vicente Barreto e Wilson Engelmann.

Aos meus colegas de mestrado: Abel, Caio, Clarissa, Dulci, Felipe, Fernanda, Giovani, Guilherme, Gustavo, Igor, Miguel, Paulo, Ricardo, Tati,

Valkiria e Tibério, pelos debates enriquecedores, pelos churrascos e pelas gostosas risadas no “Rapach”!

Ao Antônio Delacy Martini Vial, pela incrível disponibilidade nas correções de italiano.

Às secretarias Vera Loebens, Heloísa Rodrigues e Simone Vidal, pela incansável dedicação ao Programa e aos alunos.

Ao CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo, em especial a todos os membros que compõem a equipe do Centro, pela incansável disponibilidade no auxílio das bibliografias, bem como pelo apoio, especialmente aos amigos Fernando Aith, Marco Aurélio Torronteguy (pela amizade e pelas acolhidas), Adelaide Maria da Silva, Eliane Araújo, Débora Martins, à professora Sueli Dallari e, sobretudo, à amiga Rachelle Balbinot, cujas colaboração, acolhida e amizade sempre foram essenciais.

[...] atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir e ordenar que me desligueis, apertai-me com maior número de laços. (HOMERO.

Odisséia. Rapsódia XII, p. 160-161).

RESUMO

Esse trabalho pretende analisar o contexto do surgimento do direito à saúde no Rio Grande do Sul. As demandas em saúde são crescentes, o que gerou no sistema do direito uma especialização: nota-se isso a partir do “processo de formação” do direito à saúde e do direito sanitário do Rio Grande do Sul. Esse processo passa pelo fenômeno da judicialização da saúde, bem como pela produção legislativa e executiva do direito à saúde, além do reconhecido papel do controle social. Nesse processo de gênese, reconhecimento, afirmação e concretização do direito à saúde e do direito sanitário no Estado, pode-se destacar três “frentes”: poder legislativo e executivo (sistema da política), sistema do direito e controle social. O trabalho busca contextualizar os antecedentes históricos da consolidação desse processo a partir da tríade mencionada. Analisar a consolidação histórica desse direito, na sociedade complexa, contingente e paradoxal, demanda-nos referenciais teóricos que deem conta disso; por isso, a escolha pela Teoria dos Sistemas Sociais e pela Metateoria do Direito Fraternal.

Palavras-chave: direito à saúde; direito sanitário; sistema político; sistema jurídico.

ABSTRACT

This work intends to analyze the context of the emergence of the right to health in Rio Grande do Sul. The health demands are increasing, the result was the specialization of the law system; that is observed from the "shaping process" of Rio Grande do Sul's right to health and the sanitary law. This process involves the phenomenon of judicialization of health, as well as the legislative and executive production of the right to health, besides the acknowledged role of social control. Thus, in this process of genesis, recognition, affirmation and concretion of the right to health and sanitary law (in the state of Rio Grande do Sul), we highlight three "fronts": legislative and executive power (political system), law system and social control. This paper aims to contextualize the historical consolidation of this process based on the mentioned triad. Analyze the history of the consolidation of this right, in the complex society, contingent and paradoxical demand us theoretical references to realize it, so the choice for Social Systems Theory and Metatheory of Fraternal Law.

Keywords: right to health, health law, political system, legal system.

LISTA DE ABREVIATURAS

ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais

AIDS – Acquired Immune Deficiency Syndrome or Acquired Immunodeficiency Syndrome

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AZT – Azidotimidina ou Zidovudina

BNDPJ – Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário

CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário

CES – Conselho Estadual de Saúde

CISS – Centro de Pesquisas e Estudos em Seguro Social

CIST – Comissão Intersetorial de Saúde do Trabalhador

CNDSS – Comissão Nacional de Determinantes Sociais de Saúde

CNPQ – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CONESAN – Conselho Estadual de Saneamento

CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira

DATAUnB – Centro de Pesquisa de Opinião Pública da Universidade de Brasília

DST – Doenças Sexualmente Transmissíveis

FGV – Fundação Getúlio Vargas

FSP – USP – Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo

FMP – Fundação do Ministério Público

GAPA – Grupo de Apoio à Prevenção à AIDS

GLBTT – Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais

IMED – Complexo de Ensino Superior Meridional

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

IPE – Instituto de Previdência Estadual do Rio Grande do Sul

MDB – Movimento Democrático Brasileiro

MPF – Ministério Público Federal

MS – Ministério da Saúde

NOAS – Norma Operacional da Assistência à Saúde

OMS – Organização Mundial da Saúde

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde

PCB – Partido Comunista Brasileiro

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PDS – Partido Democrático Social

PFL – Partido da Frente Liberal

PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro

PNACS – Programa Nacional de Agentes Comunitários de Saúde

PNCD – Programa Nacional de Controle de Dengue

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

PTB – Partido Trabalhista Brasileiro

SES – Secretaria Estadual de Saúde

SIOPS – Sistema de Informação em Orçamento de Saúde

SITECS – Sistema Integrado de Apoio ao Desenvolvimento de Procedimento
Tecnológico em Saúde

SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual

SUS – Sistema Único de Saúde

TAC – Termo de Ajustamento de Conduta

UNISINOS – Universidade do Vale do Rio dos Sinos

WHA – World Health Assembly

INTRODUÇÃO	14
1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO	20
1.1 Fundamentos teóricos metodológicos.....	20
1.2. Contextualização do processo de gênese do direito à saúde	45
1.2.1 O direito à saúde e a sua origem.....	45
1.2.2 As influências da origem italiana e francesa para a consolidação do direito sanitário enquanto disciplina no Brasil.....	57
2. AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA DE POLÍTICA, DO CONTROLE SOCIAL E DOS DETERMINANTES SOCIAIS DE SAÚDE	73
2.1 Evolução legislativa e executiva para a solidificação do direito à saúde	73
2.1.1 O sistema da política e a produção legislativa em saúde: noções preliminares de princípios e regras.....	76
2.1.2 Análise principiológica da lei 8.080 de 1990.....	80
2.1.3 Alguns <i>reflexos</i> na matéria sanitária para efetivar o direito à saúde: legislações, portarias e resoluções.....	89
2.2 O controle social e a municipalização: as suas influências no processo de formação do direito à saúde	106
2.2.1 O controle social e os movimentos sociais	106
2.2.2 A descentralização do direito à saúde: o caso do município de Porto Alegre.....	117
2.3 O direito à saúde no contexto dos determinantes sociais de saúde .	130
3. O SISTEMA DO DIREITO E AS SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO À SAÚDE	144
3.1 A necessária passagem pela judicialização da saúde	144
3.2 As principais contribuições do CNJ para efetivação do direito à saúde e a <i>especialização</i> do centro do sistema do direito no Rio Grande do Sul	160
3.3 As contribuições dos operadores do direito para a construção do direito à saúde no Rio Grande do Sul: análise das entrevistas.....	176
CONSIDERAÇÕES FINAIS	187
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	196

INTRODUÇÃO

Quando Ulisses disse [...] *atai-me com laços bem apertados, de sorte que permaneça imóvel, de pé, junto ao mastro, ao qual deverei estar preso por cordas. Se vos pedir e ordenar que me desligueis, apertai-me com maior número de laços*¹, a intenção dele é resistir ao canto inebriante da sereia. Esse canto certamente é estonteante e sedutor, mas nem sempre aquele que seduz é de fato o melhor caminho. O direito, por vezes, *prende-nos, promete-nos* respostas meramente retóricas. A tarefa de realizar um estudo transdisciplinar na academia é árdua e desafiadora; entretanto, essa foi a escolha para esse trabalho, e sempre que o direito se mostrar *sedutor*, quero que as cordas de Ulisses me mantenham presa ao lastro da transdisciplinaridade, pois é inviável reconstruir uma história e analisá-la só com vistas ao direito.

A dissertação que ora apresentamos tem como foco mostrar os limites e as possibilidades da efetivação de um direito social na sociedade complexa. A saúde sempre foi tema de encontros e desencontros, porém, na modernidade, passa a ser vista como um direito do cidadão e não mais como ato de caridade ou de assistência. Todavia, o caminho para se chegar à constitucionalização desse direito – não somente no Brasil – foi e continua sendo longo e árduo. Basta, para isso, vermos as manchetes diárias de qualquer jornal, em qualquer parte do Mundo. Nota-se que inclusive países que tradicionalmente vivem em um estado de bem-estar social e/ou em países capitalistas, como os Estados Unidos da América, as reclamações sobre saúde são constantes. Isso revela e

¹ HOMERO. **Odisséia**. Rapsódia XII. São Paulo: Scipione, 2008. p. 160-161.

reforça a necessidade de estudos sobre o tema. O que propomos é um estudo fundado não apenas na saúde ou no direito, mas algo que interaja e ultrapasse essas duas áreas, já que a efetivação da saúde como um completo bem-estar físico e mental ou como bem comum da humanidade, ultrapassa e perpassa, ao mesmo tempo, esses dois sistemas sociais.

A discussão da saúde requer essa visão transdisciplinar. Ela é necessária para atravessar as fronteiras da disciplina, pois a disciplinaridade (e a centralidade da saúde) não dá conta de enfrentar a complexidade. Essa, por sua vez, é incapaz de “atualizar”,² de “incorporar” essa complexidade na análise da tomada de decisão. Não se está falando da eliminação da complexidade, pois essa é intrínseca à sociedade. Está-se falando de um modo de enfrentá-la, reduzi-la; porém, na medida em que se reduz, incrementa-se. Eis a relação de paradoxalidade.

É necessário reforçar a ideia de que nada adianta pensar-se nesse novo paradigma da complexidade e da transdisciplinaridade se as ações não estiverem focadas na e a serviço da saúde. Complexidade não nos falta na saúde, no SUS (Sistema Único de Saúde): se temos condições péssimas de saneamento básico (questão sanitária e ambiental), teremos conseqüentemente, um aumento expressivo de determinadas patologias, podendo até ser o caso de uma epidemia. Isso acarretará custo demasiado para o SUS, implicando inúmeras conseqüências danosas. Caso tivéssemos uma ação estratégica e intersetorial dentro do sistema, os diferentes saberes

²ALMEIDA FILHO, Naomar. Transdisciplinaridade e saúde coletiva. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 11, 1997. p. 13.

poderiam colaborar para diferentes tomadas de decisão nesse tema como, por exemplo, uma ação conjunta de prevenção.

Não são somente as estratégias de ação do Sistema Único de Saúde que são transdisciplinares e intersetoriais. Se observarmos a construção do direito sanitário, notaremos que essas duas características fizeram-se presentes no seu processo de formação. No processo de formação do direito sanitário, a questão da descentralização (descentralizar permite a inserção de novos saberes, de novos atores na construção do direito à saúde) é de suma importância, pois é a partir dela que se começa a pensar na municipalização da saúde, e é nesse momento que o município assume um contorno bem específico no que tange ao seu papel na concretização do direito à saúde.

O referencial teórico que utilizaremos é a teoria sistêmica, já que a análise centra-se nos sistemas do direito e da política. Além disso, a metateoria do direito fraterno também servirá de ferramenta de análise. Uma escolha não exclui a outra, são apenas teorias de base para o enfrentamento do tema. Além dessas teorias, trabalharemos, também, com outros atores que contribuirão significativamente no debate, tanto na área da saúde como na área do direito.

Randon³ nos adverte acerca da *disparidade de aceleração entre a evolução humana (do nosso olhar, consciência e atribuição de conceitos) e a evolução tecnológica e científica do mundo que nos deixa em desvantagem*. Atrelado a isso que o autor destaca, temos um agravante: muitas vezes o nosso “território do olhar” está “preso” ao nosso pequeno mundo,

³ RANDOM, Michel. O território do olhar. In: **Educação e transdisciplinaridade II**. BASARAB, Nicolau [et al] (Orgs.). São Paulo: Triom, 2002. p. 34.

especialmente no direito. Entretanto, essa “prisão” não tem espaço quando o assunto é saúde. O nosso território do olhar deve, necessariamente, transcender a análise dos documentos jurídicos; é fundamental percorrer outros caminhos, que possibilitarão um enfoque mais preciso sobre o tema do direito à saúde.

Com o trabalho, pretende-se realizar um processo de reconstrução da história do direito à saúde com enfoque no Rio Grande do Sul, ou seja, contextualizar os antecedentes históricos de consolidação desse direito e do direito sanitário a partir da tríade poder legislativo e executivo (sistema da política), sistema do direito e o controle social. Para isso, é necessário perpassar pelo contexto de gênese dos primeiros estudos acerca do tema, pelo modo como esse tema se institucionalizou na academia enquanto área de estudo e pelas necessidades que deram ensejo a isso. A partir daí, inicia a análise dos efeitos desse processo no Brasil até chegar à pós-constituente de 1988 e à positivação do direito à saúde, para então verificar as contribuições dessa tríade. Os papéis do controle social e da municipalização da saúde também serão analisados no que tange a sua contribuição para a concretização do direito à saúde.

No segundo capítulo, analisar-se-ão as contribuições do controle social na formação do direito à saúde. Observaremos, também, a relevância do processo de descentralização da saúde, cujo caso analisado será o de Porto Alegre, já que o enfoque desse trabalho é o Rio Grande do Sul. Por isso, a escolha da capital, visto que ela apresenta um quadro de organização bastante complexo.

Ainda no capítulo dois, far-se-á necessário observar o aspecto intersetorial do processo de construção desse direito, e isso demanda, necessariamente, uma passagem pelos determinantes em saúde e pela política pública, sua influência e sua relevância para a concretização do direito à saúde.

Após, pretende-se analisar quais foram os avanços do legislativo na construção do direito à saúde e quais as suas implicações no processo de formação desse direito. Integra o objetivo do último capítulo do trabalho, também, observar as contribuições do sistema do direito, especialmente no tocante às primeiras “ações” do centro do sistema do direito e o necessário enfoque na judicialização da saúde no Rio Grande do Sul, além da análise das contribuições do Conselho Nacional de Justiça no enfrentamento do tema. Ainda na observação das contribuições do sistema do direito, examinaremos alguns dados do CNJ sobre a quantidade de demandas existentes no Rio Grande do Sul, comparando-as com as dos demais Estados.

Para a análise do sistema do direito, utilizaremos pesquisa empírica com alguns operadores do direito, tais como membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Para essa fase, realizamos entrevistas semiestruturadas com três operadores do direito, sendo um membro do Poder Judiciário e dois do Ministério Público sobre as contribuições das suas instituições para a formação do direito à saúde. Os entrevistados foram escolhidos segundo o critério “antiguidade”, pois alguns integrantes dessas instituições estão envolvidos com a discussão e ação prática desse tema desde o reconhecimento da saúde como direito. Essas entrevistas serão

contextualizadas e analisadas a partir do referencial teórico escolhido para essa pesquisa.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO

Nesse capítulo, abordaremos o marco teórico que guiará a reflexão desse trabalho: teoria dos sistemas sociais, metateoria do direito fraterno e aportes teóricos do direito sanitário para, num segundo momento, contextualizar o processo de gênese do direito sanitário enquanto disciplina e a sua consolidação no Brasil, como também os seus efeitos na solidificação do direito à saúde.

1.1 Fundamentos teóricos metodológicos

Na perspectiva sistêmica, pode-se observar que a evolução do constitucionalismo pode ter uma leitura sistêmica. Dentro dessa perspectiva, a sociedade como um sistema social composto por subsistemas é constituída por comunicação, uma malha de comunicações. Sem comunicação, não é possível fazer nenhuma seleção, escolha. A necessidade de seleção (escolha) decorre justamente do fato de o sistema não conseguir dar conta desse contingente de possibilidades, dessa complexidade. Esse excesso de possibilidades é proporcional à gama de elementos do interior dele, e as relações entre esses elementos fazem crescer o número de possibilidades. Ao passo que ele não consegue dar conta dessas possibilidades, ou seja, responder a essas relações que se estabelecem, ele torna-se complexo.

As possibilidades não realizadas ficam “sobrestadas”, ou seja, ficam potencializadas como opções para o futuro. Deve-se dizer que as relações entre os elementos ocorrem de modo sucessivo, uma depois da outra, e não simultaneamente.

O sistema seleciona algumas possibilidades, opções, que estejam em consonância com a função que ele desempenha. É a simplificação da complexidade do ambiente como condição de sobrevivência dele, mas isso desencadeia o aumento da complexidade do sistema. O número de possibilidades aumenta internamente, podendo até gerar sua autodiferenciação, resultando em novos subsistemas⁴. O motivo que enseja a evolução dele é a sobrevivência à complexidade, que cria constantemente novas possibilidades. Ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade, há o incremento dela. Esse foi o processo pelo qual a saúde passou até ser constitucionalizada. A constitucionalização do direito à saúde foi uma tentativa de reduzir a complexidade, porquê, na medida em que se positiva um direito, em tese, atende-se à demanda social de redução da complexidade, mas ao positivá-lo, tem-se a complexidade aumentada, pois, a partir disso, teremos um leque de ações que se constituem obrigação para o Estado, e cria-se uma série de direitos advindos desse. Com a positivação do direito à saúde, precisamos construir uma estrutura capaz de dar conta da concretização desse direito;

⁴ Para elucidar tal situação tome-se como exemplo o caso do direito: inicialmente o sistema do direito diferenciou-se em público e privado, entretanto, dado a sua crescente complexidade, viu-se obrigado a autodiferenciar-se em constitucional, administrativo, penal, comercial, e assim sucessivamente. Esse processo revela a evolução do sistema, que é diferente de desenvolvimento, que é passível de controle, sendo que a evolução não é controlável. (LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.)

temos, também, a possibilidade de exigí-lo judicialmente. Ou seja, torna-se mais complexo ainda.

Sabe-se que a imutabilidade não é característica dos sistemas, visto que o ambiente é efetivamente complexo, e isso o influencia internamente. Com a saúde, isso não foi diferente, especialmente se pensarmos na diferenciação funcional do direito até chegarmos no direito à saúde. Deve-se dizer que a diferenciação do sistema não significa decomposição de um todo em partes, mas significa dizer que cada subsistema tem seu próprio entorno. Não existe um agente externo que modifica; é o próprio sistema que, por uma questão de sua sobrevivência no ambiente, realiza essa diferenciação. Justamente em face dessa mutabilidade, ele foi capaz de autoproduzir-se e, assim, alcançamos a expectativa jurídica da saúde. Ele foi irritado suficientemente para fazer a sua seleção e, dentro dessa, a seleção da saúde com o intuito de torná-la expectativa jurídica (regra).

A evolução dos sistemas não ocorre de modo isolado, pois ela depende de irritações do ambiente, e essa irritação, levando em consideração a tolerância dele, pode fazê-lo mudar suas estruturas. Ou seja, é produzir a si mesmo. Sistemicamente, é o que se pode denominar de *autopoiese*⁵. Essa, por sua vez, é responsável pelo aumento constante das possibilidades até que a complexidade atinja um nível extremamente elevado, nível esse não suportado pela estrutura do sistema, levando-o a diferenciar-se. O direito diferenciou-se, sofreu irritações do ambiente ao ponto de autoproduzir-se no tocante à saúde como direito, visto que, a partir das irritações do ambiente, ele processou-as

⁵ Foi assim denominada pelos biólogos Maturana e Varela. Por ser uma teoria transdisciplinar, Luhmann trabalhou também com biologia, matemática e física.

conforme o seu código (binário) e positivou, reconheceu a saúde como direito. Essas irritações foram oriundas, especialmente, do Movimento Sanitarista e de toda a lógica que permeou a mudança de paradigma na saúde: a saúde já não era mais um mero ato de caridade.

Esses aportes teóricos no tocante à constitucionalização do direito à saúde servem para compreendermos a evolução do sistema do direito. A Constituição de 88, em que aparece a positivação do direito à saúde, é fruto de uma malha de comunicações que confluíram para uma finalidade: reconhecer o direito à saúde na via constitucional. O sistema do direito recebeu diversas irritações, tais como aquelas advindas do movimento sanitário, que podem ser observadas nos “fatores” mencionados no começo da análise constitucional. Com a institucionalização dos direitos fundamentais, em especial a saúde, a Constituição acabou por reconhecer a *supercomplexidade*, e é a partir disso que a carta magna pretendia responder aos anseios (exigências) do ambiente, por intermédio da comunicação produzida para que isso ocorresse⁶.

As irritações sofridas pelo sistema, oriundas do ambiente, têm estreita relação com aquilo que Luhmann chamou de acoplamento estrutural. A Constituição funciona como mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o da política. Ele permite a comunicação entre os sistemas que participam desse processo, sem que haja corrupção dos códigos binários. Lembrando: os códigos binários também se constituem numa forma de tentar reduzir a complexidade, pois partem do pressuposto que o sistema fará as

⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 74-75.

suas escolhas, levando em conta o seu código, criado com base nas suas funções.

As irritações sofridas pelo direito, na década de 80, para constitucionalizar o direito à saúde é o que hoje possibilita acoplamentos, pois é a partir dos dispositivos constitucionais (em especial aquele que diz “saúde direito de todos e dever do Estado”) que permeiam o sistema do direito que o sistema da política poderá agir, algumas vezes, por exemplo, por meio de políticas públicas de saúde. Um fator que influenciou essa estreita relação entre esses sistemas é a positivação do direito e a democratização da política. Essa relação é estreita; entretanto, eles são livres de coincidências e fechados no seu operar. Assim, é possível dizer-se que a democratização da política precisa de mais proteção jurídica ao particular, especialmente no que tange ao âmbito do direito constitucional⁷.

A comunicação entre esses dois sistemas foi muito importante, pois o sistema do direito, por si só, não consegue dar conta da efetividade da saúde, tampouco da pretensão de torná-la direito, lá nos anos 80. Diante de um quadro de complexidade do ambiente, contingência, evolução social, foi possível acoplar isso ao direito, ou seja, os anseios político-sociais daquele momento irritaram o direito para que a saúde fosse direito de fato (expectativa normativa).

Todavia, quando acontece o acoplamento estrutural entre dois sistemas, o que ocorre é uma espécie de coordenação estável das operações

⁷ LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1998. p. 483.

respectivas⁸, pois caso ocorresse tal fusão, haveria a corrupção dos sistemas, gerando o caos.

Ainda sobre o acoplamento estrutural, cabe pontuar mais algumas considerações, visto que, como Luhmann⁹ refere, é um *concetto difficile*. Por sê-lo, é oportuno trazer as ponderações do autor acerca deste mecanismo:

Questo concetto pressuppone che ogni sistema autopoietico operi come sistema determinato da la struttura: esso cioè può determinare le proprie operazioni solo attraverso le proprie strutture. L'accoppiamento strutturale allora, esclude che dati esistenti nell'ambiente possiamo specificare, in conformità alle proprie strutture, ciò che accade nel sistema.

O acoplamento estrutural é, então, um conceito de extrema relevância para a matriz sistêmica, pois é o mecanismo que possibilita ao sistema colocar em funcionamento os seus próprios elementos com as estruturas de outro sistema; entretanto, isso não causa confusão nos limites dos sistemas envolvidos no acoplamento¹⁰. Esse mecanismo não significa fusão entre os sistemas, como bem explica Maturana e Varela¹¹, ao dizer que “se durante a interação perdem-se as identidades das unidades interagentes, a consequência disso pode ser a geração de uma nova unidade, porém não se

⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Pérez y Carlos Villalobos. México: Anthropos Editorial del Hombre, 1996. p. 20.

⁹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1996. p. 33. [Tradução livre]: Esse conceito pressupõe que cada sistema autopoietico opera como sistema determinado pela estrutura, ou seja, pode determinar suas próprias operações somente através de suas próprias estruturas. O acoplamento estrutural, então, exclui que dados existentes no ambiente possam especificar, em conformidade com a própria estrutura, o que de fato ocorre no sistema.

¹⁰ Para o direito à saúde, o acoplamento estrutural da Constituição com a Política é extremamente relevante, pois gera reflexos para a saúde.

¹¹ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997. p. 103.

verifica acoplamento”. Luhmann¹² explica acoplamento estrutural da seguinte forma:

[...] referimo-nos a acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características do seu ambiente, confiando estruturalmente nele. O acoplamento estrutural é uma forma, uma forma constituída de dois lados, em outras palavras, uma distinção.

Os acoplamentos estruturais causam irritações ou perturbações ao sistema, e essa irritação é um processo interno dele, que é oriunda de algum evento que ocorreu no ambiente. Ou seja, a irritação é o modo pelo qual ele percebe os eventos ocorridos no ambiente. A limitação do contato dele com o ambiente constitui-se justamente nas irritações. Luhmann¹³ esclarece que:

[...] sistema não pode utilizar suas próprias operações para estabelecer contatos com seu ambiente. Todas as operações do sistema são exclusivamente internas. Todas as informações processadas são seleções produzidas internamente, a partir de um campo de diferenciação de possibilidades, delineado única e exclusivamente no interior.

Nesse sentido, toda comunicação é estruturalmente acoplada à consciência, visto que sem ela a comunicação torna-se impossível. Entretanto, essa consciência não é do sujeito da comunicação, mas sim o substrato da comunicação. Devido a isso, deve-se abandonar a “velha metáfora” segundo a qual a comunicação celebra a transferência de um conteúdo semântico a um sistema psíquico¹⁴.

¹² LUHMANN, *Op cit.*, 1998. p. 508.

¹³ NEVES, Clarissa. B.; SAMIOS, Eva. M. B. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas.** Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997. p. 41.

¹⁴ LUHMANN; DE GIORGI, *Op cit.*, 1996. p.33.

Essa comunicação estabelecida deve ser compreendida como a síntese do processo comunicacional, que se constitui em três etapas indissociáveis: a informação, o ato de informar e a compreensão, que são o produto das seleções de sentidos realizadas não pelos indivíduos isoladamente, mas sim no próprio interior do sistema social¹⁵. A comunicação produzida no âmbito da saúde foi fruto dos diversos “discursos” dos segmentos envolvidos: sanitaristas, profissionais da saúde, acadêmicos, movimentos sociais, dentre outros.

A partir dessas observações, é possível compreender o que Eros Grau¹⁶ quer dizer quando fala que o Direito “não apenas possui uma linguagem, mas é uma linguagem, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas”.

É diante dessa perspectiva que se deve reconhecer a função do direito, bem como a sua racionalidade no seu operar, levando em consideração o código binário próprio do direito, pois esse sistema recebe e processa as informações, influências e demandas externas ao próprio sistema jurídico segundo sua especificidade, trazendo-as para o seu interior hermético de modo a (re)processar, de acordo com o seu fechamento autorreferencial e autopoietico¹⁷. Note-se a relação paradoxal que se estabelece, pois o acoplamento estrutural tem o objetivo de indicar como esses sistemas

¹⁵ LUHMANN, Niklas; NAFARRATE, Javier Torres (coord.); **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker; Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 445.

¹⁶ GRAU, Eros. Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 279.

¹⁷ SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 29.

autopoiéticos (fechados operativamente e abertos cognitivamente) podem existir num ambiente que é essencial para a sua existência, todavia não intervém nessa autopoiese.

Deve-se excluir, de modo definitivo, a premissa de que a política é concebida como uma mera interpretação ordinária de uma Constituição fixada juridicamente. Apesar de as metas políticas, dentre outras coisas, insistirem na produção de “diálogo, conversa” e colocarem isso por meio de artigos constitucionais – como o caso da saúde –, por exemplo, pode-se conceber a efetivação do direito à saúde como uma tarefa estatal, já que as resoluções jurídicas orientam-se pelos fins pretendidos pela política, isso porque o sistema político denomina-se Estado. Essa relação dar-se-á mediante a comunicação, elemento base da sociedade.

A evolução e o processo de diferenciação funcional dos subsistemas da sociedade acabam por aferir à Constituição o papel de generalizadora de expectativas normativas, por meio de seus programas e princípios normativos, papel esse não mais restrito à positivação estritamente legal do direito.

É possível observar que a partir do acoplamento estrutural entre diversos subsistemas sociais no processo histórico de redemocratização do país, após um longo período de ditadura militar, chegou-se a uma nova conformação dos processos de comunicação social, por meio da generalização de novas expectativas normativas comuns, institucionalizadas no nível máximo constitucional. Evidencia-se isso por meio das “vitórias constitucionais”, que resultaram no reconhecimento e tutela do direito à saúde.

Assim, tem-se a força normativa da Constituição no sentido vinculante e obrigatório das disposições nela contidas, visto que representam essa máxima normatização das expectativas com as quais operam os diversos sistemas da sociedade. Pode-se dizer que a Constituição Federal brasileira de 1988 denota os novos meios de comunicação, simbolicamente generalizados, com os quais passam a contar os sistemas sociais, não apenas jurídico e político, mas também econômico, científico, educacional, familiar, entre outros, em seus processos de comunicação internos, delimitando, assim, as suas novas fronteiras e a sua autopoiese¹⁸.

Nesse cenário histórico e constitucional, a área da saúde pode ser compreendida como o resultado desse amplo e democrático processo comunicacional, pois a sociedade brasileira mobilizou os diversos sistemas sociais em torno da redemocratização do país, no final da década de 1980, formando, assim, um singular acoplamento estrutural entre esses sistemas, do qual é fruto a Constituição Federal de 1988, com todas as suas características já elencadas anteriormente, no tocante à saúde.

A partir disso, é possível acentuar o entendimento de que a Constituição é “compreendida” como unidade política de um povo¹⁹, sendo que não se resume aos sistemas político e jurídico, mas, sim, assume “o lugar por

¹⁸ CRUZ, *Op cit.*, 2007. p. 267.

¹⁹ Esse sentido é dado por Bercovici em: BERCOVICI, G. Soberania e constituição: Poder Constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. **RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 262-72, jul./dez. 2007, p. 271.

excelência de ocorrência do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e os demais subsistemas funcionalmente diferenciados da sociedade”²⁰.

No tocante ao direito à saúde, pode-se dizer que as suas expectativas normativas e a própria redefinição das funções do Estado brasileiro, em matéria de políticas públicas de saúde previstas na Constituição de 1988, resultam de um longo período de reordenação dos processos de comunicação e das inter-relações dos diversos sistemas sociais, marcado pela generalização de expectativas em torno da redemocratização e da redução das desigualdades sociais do país, causando um impacto concreto nas novas interações entre diversos atores sociais, na luta pela concretização da saúde.

Esse cenário de lutas e ideários fez-se presente em boa parte das tensões entre o Movimento pela Reforma Sanitária e os Sistemas Econômico e Político, nos embates pela redefinição de uma forma de organização do sistema sanitário brasileiro, com o objetivo de contrapor-se ao modelo biomédico, cuja essência era ser um modelo curativo e mercantilista, modelo esse que vigorava até aquele momento²¹.

A relação desses dois sistemas (político e do direito, por meio do acoplamento estrutural da Constituição) é extremamente nítida, pois de acordo com a função do sistema político – tomar decisões coletivamente vinculantes – pode-se visualizar essa relação (acoplamento) a partir da promulgação de uma lei feita pelo legislativo, que, por exemplo, altere o sistema de funcionamento do SUS (leia-se: legislação posterior à constitucionalização do direito à saúde e

²⁰ SCHWARTZ, *Op cit.*, 2004. p. 117.

²¹ CRUZ, *Op cit.*, 2007. p. 249.

do SUS). Cabe destacar que uma mudança no direito gerará uma mudança efetiva no funcionamento do SUS. Nesse caso, pode ser registrada como “êxito político”. Esse ato vai desencadear, simultaneamente, mudança na situação de vigência do direito, servindo de instrução para os tribunais, bem como para todos aqueles que queiram saber. Na sociedade de rede, um evento pode gerar demandas, consequências em outros sistemas, visto que eles estão conectados, já que a sociedade, para Luhmann, é uma rede, uma malha de comunicações.

Isso dentro da política significou um “diálogo” entre governo/oposição, manobras dentro deste cenário político. Isso é um pouco mais evidente no modelo democrático, pois o que reforça a democracia, dentre outras coisas, é esse “embate/diálogo” entre governo e oposição, dentro da perspectiva de código binário dos sistemas. Essa característica não encontra nenhum ponto em comum dentro do sistema do direito.

Esse diálogo pode ser vislumbrado como um acordo, um pacto. Aqui se faz presente um dos pressupostos da metateoria do direito fraterno, já que os seus fundamentos têm base na teoria dos sistemas. Esse pacto reflete um dos aspectos do direito fraterno, visto que é um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano (de qualquer espécie), mas é *giurato insieme*. É um acordo estabelecido entre partes iguais, é um pacto estabelecido a partir de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por

algum tipo de soberano²². Ainda, conforme Vial²³, *falar em fraternidade implica em um compartilhar, em um romper de poderes, em pactos entre iguais*.

A partir do contexto que expõe o direito à saúde ora como fruto da constitucionalização, ora como fruto de acoplamento estrutural, percebe-se que esse direito deve ser compreendido sob a ótica de um conjunto de deveres do Estado para com o cidadão, sendo que essas obrigações visam não só minimizar ou elidir as enfermidades, mas também garantir o pleno desenvolvimento de uma vida saudável.

Na constituição de 1988, observa-se que o texto faz previsão à saúde, inclusive, no “rol” dos direitos fundamentais²⁴ da pessoa humana. No que tange à nomenclatura direito fundamental, pode-se dizer que essa foi construída a partir da participação, por que não, inusitada, da população, cujo ensejo era a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 80, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político.

²² VIAL, Sandra. Direito Fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE** – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos. Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul-dez, 2007. p. 10-11.

²³ VIAL, *Op cit.*, 2007. p. 15.

²⁴ No tocante aos “direitos fundamentais” e aos “direitos do homem”, deve-se dizer que há quem os diferencie. Esses poderiam ser utilizados em sentido genérico da acepção universal. Já aqueles seriam os direitos do homem positivados, constitucionalizados. Entretanto, Bobbio tece algumas críticas a ambos, pois, segundo ele, “direitos do homem é uma expressão muito vaga, não existem direitos fundamentais por natureza. Aquilo que parece fundamental numa determinada época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras. [...] A expressão direitos do homem pode provocar equívocos, já que faz pensar na existência de direitos que pertencem a um homem abstrato e, como tal, subtraído do fluxo da história”. Nesse sentido, como justificativa ao enfrentamento do problema da saúde, pode-se dizer que, consoante o autor, não se trata tão somente de justificar esses direitos, mas sim protegê-los, ou seja, trata-se de um problema político e não filosófico, pois se tem a necessidade de realização desse direito. Sem esses direitos reconhecidos e protegidos, dentre os quais a saúde, e sem democracia, é inviável termos condições mínimas para a resolução dos conflitos. (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1-32.)

Ainda sobre ser um direito fundamental do ser humano, o direito à saúde é o objeto do direito sanitário. Ele reveste-se de um caráter humano. Sobre isso Dallari diz que²⁵:

O direito sanitário diz respeito tanto ao direito à saúde, enquanto trata de reivindicação de um direito humano, quanto ao direito da saúde pública, “que é um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: direito público e o privado”.

Conforme Dallari²⁶, o direito sanitário é um conjunto de normas jurídicas cuja finalidade maior é a promoção, prevenção e recuperação da saúde coletiva. É um direito regulatório por excelência, haja vista que a saúde pública precisa de regulamentação e proteção.

O texto constitucional recepcionou o conceito de saúde como completo bem-estar, entretanto, não deixou de lado a concepção da saúde como mera ausência de doença. Posto que a saúde e o equilíbrio ambiental consagram o bem-estar do ser humano, a saúde deve ser analisada sob dois prismas: o individual (subjetivo) e o coletivo, no qual é notável a sua interface com a sociedade, em que os limites são impostos ao sujeito para que todos possam

²⁵ DALLARI, Sueli. **Curso de Especialização em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal/Ministério da Saúde**. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 58.

²⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário. Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Editora MS, v. 1, p. 39-64, 2003.

usufruir tal direito. A liberdade individual deve estar em consonância com a igualdade do referido direito social. Veja-se o que Dallari²⁷ diz acerca disso:

A Lei Maior da República estipulou para que a saúde seja corretamente determinada em seu texto. Assim, vinculou sua realização às políticas sociais econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados, não só, a sua recuperação, mas também, a sua promoção e proteção. Em outras palavras, adotou-se o conceito que engloba tanto a ausência de doença, quanto o bem-estar [...]

A saúde como direito social, fruto de uma evolução do constitucionalismo contemporâneo, de comunicações que produziram irritações no sistema do direito, demanda um olhar que transcende a questão de saúde como mera ausência de doença. Nesse viés, deve-se compreender a saúde não só como prevenção à doença ou cura, como também, deve-se transcender uma “perspectiva de vida digna e com qualidade”²⁸.

A saúde é consagrada como um direito de solidariedade,²⁹ visto que há uma divisão de competências para todos os entes da federação. No quadro constitucional brasileiro, pugnou-se por uma adequação conformadora de uma realidade social com metas estipuladas em âmbito constitucional, essas

²⁷ DALLARI, *Op cit*, 2003. p. 49.

²⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado Social e seus limites. Condições e possibilidades para a realização de um projeto constitucional incluyente. In: **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. p. 53. (módulo 5).

²⁹ Esse caráter de “solidariedade” é fruto da divisão constitucional de competências na matéria de saúde, ou seja, a saúde é dever do Estado em todas suas esferas. Paralelamente a isso, não podemos olvidar que a característica da fraternidade está implícita nesses “mandamentos constitucionais”, haja vista que para haver a solidariedade é necessário que haja pacto, pacto entre iguais, e no modelo federativo é essencial que se tenha “igualdade” entra esses, já que a saúde é fruto de *pactuações*, de decisões. Se pensarmos num município que tenha voz suficiente para ser ouvido no tocante às suas demandas de saúde e/ou que não receba as verbas adequadas, como poderemos ter igualdade nessa árdua tarefa de fazer pactos para concretizar a saúde de um modo fraterno?

atreladas à erradicação da pobreza, à organização do trabalho, à dignidade humana, dentre outras coisas. Tudo isso denota o aspecto prestacional do Estado, no intuito de mudança do *status quo*. Esse contexto expressa a preocupação do constituinte em erradicar os determinantes sociais que promovem a desigualdade social no tocante ao aspecto sanitário, haja vista que todos devem ter acesso a essas prestações positivas do Estado, bem como acesso aos meios mais benéficos no que concerne à qualidade de vida³⁰.

Sendo o direito à saúde um direito de solidariedade, ele é também um mecanismo, um ensejo para atingir a igualdade, no tocante à satisfação desse direito garantido constitucionalmente. Nessa perspectiva, “a solidariedade, como princípio, encontra fundamento no artigo 3º, I, da Constituição Federal, no que se refere aos princípios que organizam essa sociedade”³¹.

A perspectiva do direito fraterno é oportuna para analisar o viés solidário do direito à saúde, insculpido na carta constitucional de 1988. Essa metateoria é o oposto do direito paterno, que é imposto por algum tipo de soberano, pois conforme Resta³² [...] *a coniunratio dei fratelli non è contro il padre, o un sovrano, un tirano, un nemico, ma è per una convivenza condivisa, libera dalla sovranità e dall'inimicizia. Esso è giurato insieme, ma non è prodotto di una congiura [...]*. O autor adverte, ainda, que o direito fraterno enfatiza suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum, como *locus* privilegiado. E não há dúvidas quanto à inserção do

³⁰ SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde**. A aplicabilidade da Teoria Sistêmica. Porto Alegre: SAFE, 2003. p. 85-86.

³¹ SILVA, *Op. cit.*, 2006. p. 94.

³² RESTA, *Op. cit.*, 2004. [Tradução livre]: a *coniunratio* desses irmãos não é contra o pai, ou um soberano ou inimigo, é uma convivência compartilhada, soberana e livre de soberania e de inimidade. Esse é um jurado conjunto, mas não é o produto de uma conspiração.

direito à saúde no rol dos direitos humanos. Construir esse espaço mais fraterno está atrelado, também, à distribuição de tarefas do Estado, como se percebe no caso da saúde: a solidariedade entre os entes estatais. A divisão de tarefas e responsabilidades tem, nessa ótica, o intuito de olhar o outro como “um grande irmão” e é essencial para um espaço onde todos possam ser cidadãos de fato e não só de direito.

É oportuno observar o que Resta³³ diz acerca do cerne no direito fraterno:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o “lugar comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão graças à própria humanidade. Bastaria, para tanto, escavar na fenda profunda que corre entre duas diferentes expressões como “ser homem” e “ter humanidade”. Ser homem não garante que se possua aquele sentimento singular de humanidade.

O sentimento de humanidade é extremamente necessário. O *outro eu* na saúde é extremamente presente, pois se a pretensão é fazermos “pactos com o grande irmão”, nada mais palpável do que o próprio *pacto pela vida*. E esse Pacto pela Saúde objetiva, dentre outras coisas, atender os princípios

³³ RESTA, Eligio. **La certezza e la speranza**. 2 ed. Roma-Bari, 1992. p. 09.

constitucionais, dentre os quais a solidariedade. Veja-se o que Vial³⁴ diz a esse respeito:

O direito fraterno se apresenta como uma aposta, em que o *outro eu*, meu irmão, é alguém com quem faço pactos. Não é por acaso que hoje falamos no Pacto Pela Saúde, como observamos pelo próprio enunciado de tal documento, que afirma ser um compromisso público dos setores do SUS com base nos princípios constitucionais. Para que todos tenham direito à saúde, é necessário efetivar o pacto pela vida [...].

O direito à saúde deve ser visto não só como uma maneira de efetivar a democracia no Estado Democrático de Direito, mas também, como meio ou mecanismo de realizar a cidadania, na medida em que só há, de fato, um Estado Democrático de Direito se tivermos cidadania. Isso se dá em função de que esse direito também pode ser visto como um elemento de cidadania, eis que a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 25, fez alusão a esse direito como uma necessidade social do homem. Ademais, por ser esse direito um direito fundamental do homem, considera-se tal direito autoaplicável³⁵, cujo fundamento constitucional encontra-se no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, combinado com o dispositivo da referida declaração.

Ainda no âmbito constitucional, o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o direito à saúde. A partir disso, está na sociedade,

³⁴ VIAL, Sandra R. M. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário** – Saúde e Direito, um diálogo possível. Fernando Aith; Luciana T. M. Saturino; Maria G. A. Diniz; Tammy C. Monteiro. (Orgs.). Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, 2010, p.107-140. p. 110.

³⁵ Quanto à autoaplicabilidade, leia-se como uma espécie de classificação, haja vista que a saúde é um direito fundamental.

que exerce o papel de legitimadora e legitimante, o fundamento que institui de fato tal direito. Esse direito está amparado na autoaplicabilidade, que lhe é conferida a partir do direito concreto ligado ao conteúdo de autonomia, para então desenvolver-se como tal. Seguindo doutrina pátria, ele é uma norma programática, determinável de acordo com a autonomia, que estipula a ligação saúde/prestação estatal³⁶. Acaba por estabelecer-se um binômio, no que tange à aplicabilidade dele.

No que tange à prestação positiva do Estado, uma parte do binômio referido anteriormente, saúde/prestação estatal, o Estado Democrático de Direito absorve parte do *Welfare State* no que se refere à aludida prestação estatal. Essa pretensão (prestação positiva – *Welfare State*) produz, simultaneamente, um processo de inclusão/exclusão, posto que na medida em que visa incluir, ou seja, proporcionar ao maior número de pessoas a universalidade desse direito, gera um processo de exclusão, pois como bem pontua Bolzan de Moraes³⁷:

[...] a fórmula includente do Estado Social vem substituída por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra perigos e riscos, sendo que aqueles outros – os excluídos – não têm chance de se assegurarem contra os mesmos, ficando sujeitos às prestações públicas de caráter subsidiário.

Essa relação de paradoxalidade também pode ser vista sob outro prisma: a relação de prestação (positiva estatal) e a relação de dependência que se estabelece. Ou seja, há a produção de complexidade, no modelo

³⁶ SCHWARTZ; GLOECKNER, *Op cit*, 2003. p. 90-91.

³⁷ MORAIS, *Op cit*, 2008. p. 55.

Welfare State, na medida em que a pretensão era a redução dessa complexidade.

São oportunas as contribuições de Ferrajoli³⁸ no que concerne ao aspecto prestacional da saúde. O autor enfatiza que o direito à saúde é de alto custo, mas é muito mais valioso, ao Estado, propiciá-lo ao invés de negligenciá-lo, pois essa negligência gera exclusão. Veja-se o que o autor diz sobre a “complexidade” do direito à saúde, face à sua abrangência:

Il diritto alla salute si configura peraltro come un diritto tipicamente molecolare. Esso include da un lato un diritto negativo di immunità, garantito dal divieto di lesioni: che l'aria e l'acqua non vengono inquinate, che non si mettano in commercio cibi adulterati, in breve che non si rechino danni alla salute; dall' altro, esso include un diritto positivo, tipicamente sociale, all' erogazione di prestazioni sanitarie.

A proposta do Estado de Bem-Estar Social foi incorporar a *questão social*, o que lhe acarretou um caráter eminentemente finalístico, propondo-lhe um caráter interventivo e promocional. Assim, o Estado Social passa a assumir funções atreladas diretamente ao seu principal ator: o indivíduo. Com o desenvolvimento do Estado de Bem-Estar Social, desaparece essa característica assistencialista, e essas funções assumem o “*status*” de direito, próprios da cidadania, da dignidade humana, integrando assim, a cidadania³⁹.

³⁸ FERRAJOLI, *Op cit.*, 2007. p. 409. [Tradução livre]: O direito à saúde se configura como um direito tipicamente molecular. Este inclui de um lado um direito negativo de imunidade, garantindo a proibição de lesões: que o ar e a água não sejam poluídos, que não se coloquem no comércio alimentos adulterados, rapidamente que não se causem danos à saúde; de outro, esse inclui um direito positivo, tipicamente social, à prestação sanitária.

³⁹ MORAIS, *Op cit.*, 2002. p. 34-35.

Pode-se dizer que esse processo de constitucionalização gerou algumas consequências jurídicas, tais como: abriu-se caminho para que todo indivíduo pudesse gozar do seu direito à saúde, visto que ela é um direito subjetivo, garantido pelo SUS, ao menos em tese; o direito à saúde ganhou uma perspectiva objetiva, sendo que passou a ser protegido não só pelo Estado, mas pela sociedade também, sem qualquer prejuízo do direito subjetivo, pois ainda é possível intentar ação judicial por ação ou omissão do poder público; coube a ele proteger a saúde na seara das relações privadas, no tocante ao legislativo estabelecer regras para disciplinar essas relações, mas em consonância com o texto constitucional⁴⁰.

O que *a priori* era um direito subjetivo originário, transformou-se em um direito subjetivo definido a prestações. Foram criados padrões para a “distribuição” desse direito, sendo que o objetivo era a universalidade e a igualdade. Os direitos a prestações merecem certa atenção, pois se trata de uma alternativa diretamente vinculada à aplicação do princípio da igualdade, nesta dimensão prestacional e de certo modo, passa a exercer a função de direito subjetivo, no que tange ao igual acesso a essas prestações⁴¹.

Se pensarmos na parte final do artigo 196, especificamente a parte “o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”. Isso é viável a partir de certos indicadores de saúde, dentre os quais os determinantes sociais

⁴⁰ MANUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex. **Direito público sanitário constitucional**. Curso de Especialização em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 477- 478.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**: tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 54.

de saúde. Assim, *é preciso ir além da compreensão biológica de doença*⁴². Existem outros condicionantes que devem ser levados em consideração, e os determinantes sociais de saúde nos trazem esses fatores. Os determinantes estão presentes na influência do pensamento do movimento sanitário na conjuntura da história do direito à saúde e se fazem presentes atualmente, demandando um olhar transdisciplinar, pois se tem a previsão legal do direito à saúde, mas, para atender ao disposto na parte final do artigo 196, é preciso ir além, é preciso observar o que a epidemiologia tem a nos dizer, o que os determinantes de saúde nos dizem sobre um dado fenômeno sanitário, ou seja, vamos para além do direito.

Isso reflete a ideia de compreendermos o mundo, no nosso caso, o “mundo do Sistema Único de Saúde”, não mais a partir da unidade do conhecimento (disciplina), mas sim através desse “jogo das disciplinas”, essa interação. Significa, também, transgredir. Vial⁴³ diz que *transdisciplinaridade significa, antes de tudo, transgredir, e ao mesmo tempo, integrar*.

É justamente essa integração que se faz necessária na análise do Sistema Único de Saúde. Pensar na transdisciplinaridade e na intersetorialidade dentro do Sistema Único de Saúde não é algo surreal, pois se pensarmos, por exemplo, nos trabalhadores de saúde, notaremos que há uma ação transdisciplinar. À medida que um usuário do SUS é atendido, ele passa por uma triagem. Nesse “processo de triagem,” alguns profissionais o atendem, tais como: enfermeiro, médico, psicólogo, assistente social. Ou seja, diferentes

⁴² DELDUQUE, Maria Célia. Saúde: um direito e um dever de todos. **Boletim da Saúde**, v. 24, n. 2, jul/dez. 2010. p. 93-97. p. 95.

⁴³ VIAL, Sandra. Direito Fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul-dez, 2006. p. 120.

ramos do conhecimento sendo usados como ferramenta dentro do serviço de saúde. Parece-me que esse é um dos tantos exemplos de transdisciplinaridade dentro do Sistema Único de Saúde.

A complexidade social (característica da sociedade atual) demanda esse percurso de ir e vir, ou seja, é um sair e voltar para nossa área do conhecimento, objetivando, então, realmente estar fazendo uso da ferramenta transdisciplinar, pois saímos da nossa área e entramos em outras. Contudo, para tal “exercício”, precisamos “dominar” o código de operação da nossa área; do contrário, torna-se inviável sair, tampouco retornar.

Maturana⁴⁴ adverte-nos que a transdisciplinaridade é poder olhar o outro lado, é a liberdade de reflexão de olhar esse outro lado e, conseqüentemente, relacionar esses lados e, ao mesmo tempo, aceitar a sua separação. Talvez esse seja o exercício do “ir e vir” mencionado anteriormente.

Castells contribui significativamente para a compreensão da nova forma de sociedade em que vivemos: sociedade de rede. Conforme o autor, são características dessa nova forma de sociedade a globalização, a articulação em rede pelas alterações extremamente exponenciais no fluxo contínuo das informações e os avanços tecnológicos demasiadamente significativos⁴⁵. Essas redes devem estar fundadas na fraternidade; ela deve ser o pressuposto dessa rede⁴⁶. Os avanços da ciência e da tecnologia incrementam a complexidade da sociedade. Há uma verdadeira “complexificação” dos

⁴⁴ MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição. In: Nicolescu Basarab [et al] (Orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000. p. 114.

⁴⁵ CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. A Sociedade em Rede. v. 1. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra 1999. p. 49.

⁴⁶ RESTA, *Op cit.*, 2004.

problemas, e o resultado disso é a necessária aproximação das disciplinas. Isso, na saúde, é demasiadamente forte, pois se tem uma realidade transtomatória: temos a ética, a ecologia, a epidemiologia, a política, o direito, a estratégia⁴⁷.

Piaget⁴⁸ contribui com a questão dessa aproximação quando diz que a transdisciplinaridade *não são só as interações ou reciprocidade entre projetos especializados de pesquisa, mas a colocação dessas relações dentro de um sistema total sem quaisquer limites rígidos entre as disciplinas*. Ou seja, deve haver essa “religação” entre as disciplinas, interação, mas sem limites demasiadamente contornados.

Já que estamos diante dessa “complexificação”, são pertinentes as colaborações de Morin⁴⁹ sobre a complexidade, pois o autor nos diz que ela coincide, em certa medida, com a incerteza; há uma mistura de ordem e desordem, indeterminações. Assim, há uma relação com o acaso que é inegável.

A utilização da ferramenta da transdisciplinaridade, para a análise do tema da saúde implica a utilização dos conhecimentos de diferentes profissionais envolvidos no Sistema Único de Saúde na tomada de decisão referente a ele. Isso qualifica o serviço, bem como o torna mais democrático.

⁴⁷ CHAVES, Mário. **Complexidade e transdisciplinaridade**: uma abordagem multidimensional do setor da saúde. Disponível em: <<http://rho.uesc.br/cpa/artigos/transdisciplinaridade.pdf>>. Acesso em: 08/12/2010. p. 04 e 07.

⁴⁸ PIAGET, Jean. **Aprendizagem e conhecimento**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974. p. 136.

⁴⁹ MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005. p. 35.

Conforme Tanaka⁵⁰, o emprego dessa ferramenta demanda esforço coletivo das capacidades para a aprendizagem e ação (leia-se ação como tomada de decisão), além de possibilitar a recuperação dos vínculos existentes entre as diferentes disciplinas e seus conhecimentos, para então decidir. Ou seja, não é um mero recorte analítico. Essa contínua interação entre esses “saberes” possibilita o enfrentamento dos problemas complexos que surgem no próprio sistema.

Se, conforme a definição de Aith⁵¹, o direito sanitário é um ramo no universo jurídico que está preocupado em disciplinar as ações e serviços públicos e privados de saúde, formado por um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios), faz todo sentido uma análise acerca do que se entende por norma, regra e princípio, visto que esse arcabouço normativo é complexo e demanda-nos uma análise com autores que aprofundem essa questão das normas.

É válido destacar que embora os referenciais teóricos sejam a teoria dos sistemas e o direito fraterno, além dos necessários aportes do direito sanitário, serão, também, utilizadas algumas reflexões dos autores, entre eles Dworkin e Ferrajoli.

⁵⁰ TANAKA, Oswaldo Yoshimi; MELO, Cristina. Uma proposta de abordagem transdisciplinar para a avaliação em Saúde. São Paulo, **Interface, Comunic, Saúde, Educ**, agosto de 2000, p. 113-118. p. 115.

⁵¹ AITH, *Op cit.*, 2007. p . 92.

1.2. Contextualização do processo de gênese do direito à saúde

Nesse subcapítulo, pretende-se analisar a gênese do direito à saúde enquanto disciplina, para então adentrarmos nas influências dessa origem para o Brasil. Ainda no tocante aos efeitos dessa origem, observaremos quais foram os reflexos disso no direito à saúde no Brasil, inclusive até a pós-constituinte.

1.2.1 O direito à saúde e a sua origem

As primeiras reflexões sobre o direito à saúde ocorreram na Itália e foram sistematizadas academicamente através da disciplina do “direito sanitário”, mas antes é necessário tecer alguns breves comentários acerca do panorama do cenário de surgimento dessa temática. Conforme Dallari e Fortes⁵², é relevante destacar que os ideais revolucionários do liberalismo, especificamente no tocante a sua vertente político-econômica, foram mola propulsora da Revolução Industrial. Essa, por sua vez, alterou definitivamente o comportamento da sociedade em relação à saúde.

Em decorrência da urbanização, o século XIX apresenta como característica a industrialização, e é nesse cenário que o Estado assume, de

⁵² DALLARI, Sueli; FORTES, Paulo. Direito Sanitário: inovação e novo campo de trabalho. In: **Saúde e democracia** – a luta do CEBES. Sonia Fleury (Org.). São Paulo: Lemos Editorial, 1997. p. 189.

certo modo, responsabilidade com a saúde do povo, face às reivindicações dos operários⁵³. Alguns indicativos permearam o processo de urbanização no Brasil e, por conseguinte, afetaram as questões de saúde, tais como o crescimento da população, o desenvolvimento econômico e tecnológico, a pobreza, a industrialização e a urbanização em escala ampla e macro. Diversas “pressões” são exercidas, pois há aumento significativo do risco gerado pela industrialização no que tange à qualidade da água, do ar e do solo por causa da poluição; há uma crescente disseminação de patógenos⁵⁴.

Frente à possibilidade de uma grande quantidade de empregados adoecerem, a solução foi o Estado, no final do século XVIII, responsabilizar-se pela saúde dessa parcela da população. As reivindicações feitas aos “empresários” foram repassadas ao Estado, e o contínuo processo de organização da classe operária fez com que esse também assumisse o papel de fiscalizador das condições de saúde do trabalhador. Por esses motivos, em 1791, a Assembleia Constituinte francesa discutiu e concluiu por uma “definição” de saúde muito próxima da atual. A dimensão dada à saúde tinha uma ótica mais subjetiva, no sentido de a pessoa ter liberdade para escolher onde vai morar, em que cidade, em que ambiente e, no caso de doença, qual recurso médico procurará, que tratamento escolherá⁵⁵. Essa perspectiva mostrou-se como um “ideal”.

Essa dimensão de cunho mais subjetivo, no que tange à tomada de decisão individual, vinculada aos aspectos atinentes à liberdade relacionada

⁵³ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p.189.

⁵⁴ PIGNATTI, Marta G. **Saúde e ambiente**: as doenças emergentes no Brasil. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>>. Acesso em: 23/05/2011.

⁵⁵ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p.189.

com a doença, remete-nos a um enunciado da bioética: a autonomia. Nota-se que essa perspectiva tem ligação com o que a bioética chama de princípio da autonomia. Veja-se o que Junges⁵⁶ diz:

O enfermo, devido à sua dignidade como sujeito, tem o direito de decidir autonomamente a aceitação ou rejeição do que se quer fazer com ele, seja do ponto de vista do diagnóstico como da terapêutica. [...] Ser autônomo e escolher autonomamente não são a mesma coisa do que ser respeitado como agente autônomo. Ser respeitado significa ter reconhecido seu direito de autogoverno. É afirmar que o sujeito está autorizado a determinar-se autonomamente, livre de limitações e interferências. O princípio da autonomia expressa esse respeito.

Ou seja, somos livres para escolhermos as condições às quais nos submetemos na área da saúde. Levando em consideração a perspectiva da igualdade (essa extremamente importante, pois sem igualdade na saúde não temos acesso universal e igualitário, e as medidas sanitárias devem atingir todos) vislumbrada no cenário francês, isto é, para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade com saúde, é necessário que as normas jurídicas obriguem a vacinação, o tratamento, o isolamento e a destruição de alimentos deteriorados. Dito de outro modo, essa garantia de cuidados com a saúde demanda, também, a igualdade⁵⁷. Resta⁵⁸ diz que um dos fundamentos do direito fraterno é justamente um conciliar conjunto, coletivo, a fim de mediar os próprios pressupostos de igualdade. Em outras

⁵⁶ JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003. p. 42.

⁵⁷ JUNGES, *Op cit.*, 2003. p. 189.

⁵⁸ RESTA, Eligio. In: **Globalizzazione e diritti futuri**. A cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani, P. Di Vittorio. Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica, Roma, 2004.

palavras, é necessário pensar-se na igualdade de todos para atingir um fim comum: propiciar condições iguais de acesso aos cuidados de saúde.

No patamar de um direito coletivo, a saúde tem uma relação de dependência com o desenvolvimento do Estado, pois só assim será possível propiciar iguais condições de proteção e de recuperação da saúde da população (população de trabalhadores)⁵⁹.

Diante desse quadro de mudanças (especialmente a partir da Revolução Industrial) a complexidade das demandas sociais (e aqui as demandas por saúde são um belo exemplo) aumentou. Não é preciso ficarmos tão somente presos à literatura jurídica ou à sociológica para percebermos que a complexidade nos rodeia. Dostoiévski⁶⁰, com a beleza de sua produção, nos mostrou o quão complexas são as relações de um sujeito com o outro, ou seja, as “instabilidades do eu”.

Sem dúvida, para falarmos em complexidade, seja de Luhmann⁶¹ (que “define” a complexidade como a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido), Beck ou Dostoiévski, dentre outros, necessariamente precisamos perpassar um dos fatores que “impulsionaram” o incremento da complexidade.

Essa complexidade do sistema só aumenta, pois sempre que escolho uma possibilidade para tentar reduzir a complexidade, acabo por incrementá-la,

⁵⁹ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p.189.

⁶⁰ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2001.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 12.

porque ao escolher uma, deixo várias outras de lado, face à seletividade. Veja-se o que Luhmann⁶² diz a respeito:

O sistema opera de maneira seletiva, tanto no plano das estruturas como no dos processos: sempre há outras possibilidades que se possam selecionar quando se busca uma ordem. Justamente porque o sistema seleciona uma ordem, ele mesmo se torna complexo, já que se obriga a fazer uma seleção da relação entre seus elementos.

Conforme Morin⁶³, a partir da revolução científica, cuja mola propulsora foi a termodinâmica e a conseqüente desintegração da concepção de mundo, temos a minoração do “princípio determinista”. Passamos a lidar com o paradoxo ordem e desordem, concomitantemente. Essa “revolução” foi objeto de diversas indagações acerca da racionalidade científica, tais como as obras de Bachelard, Piaget, Popper, Kuhn, dentre outros. Tudo isso serve, dentre outras coisas, para nos dizer que a incerteza desembocou com força vital na biologia, na autopoiese desse sistema que permeia a vida, e essa incerteza perpassa os demais sistemas⁶⁴. Interessa-nos, em especial, o sistema social, o qual contempla o sistema do direito, pois aí está, também, o “bem jurídico” (vida) cuja proteção está intimamente ligada ao direito à saúde.

A arquitetura social e dinâmica da política dos potenciais de autoameaça civilizatória, isso é evidente no período industrial, produz as situações de ameaça e o potencial político da “sociedade de risco”. O conhecimento adquire uma nova relevância política e, por isso, esse potencial tem de se desdobrar e

⁶² LUHMANN, Niklas. **Introdución a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996. p. 137.

⁶³ MORIN, Edgar. **Cabeça bem-feita**. Trad. Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008. p. 56.

⁶⁴ MORIN, *Op cit.*, 2008. p. 56-57.

ser analisado numa sociologia e numa teoria do surgimento e da disseminação do conhecimento sobre os riscos. O risco merge, de modo mais latente, na sociedade industrial, em pequenos e em grandes saltos – em alarmes de níveis intoleráveis de poluição, em casos de acidentes tóxicos. Nesse contexto, o risco mostra-se bastante presente; sua prevenção e seu manejo podem até envolver uma reorganização do poder e da responsabilidade. Essa é uma sociedade catastrófica. Nela, o estado de exceção ameaça transformar-se em normalidade⁶⁵. Nesse contexto de risco, a saúde já não pode mais ser analisada como a mera ausência de doença.

O impacto ambiental da indústria e a destruição da natureza, com seus diversos efeitos sobre a saúde e a convivência das pessoas, surgem originalmente nas sociedades hiperdesenvolvidas⁶⁶. Esses impactos impulsionaram as exigências dos trabalhadores no que tange às necessidades/exigências de saúde e, paralelamente a isso, demandaram da sociedade um “novo olhar” e uma nova preocupação sobre o tema.

Ainda sobre a gênese do direito à saúde, é oportuno destacar a contribuição de Bursón⁶⁷. Em que pese haja escritos atribuindo as origens do direito sanitário à Itália, o autor atribui à doutrina germânica a primeira manifestação sobre a definição da expressão direito sanitário, especialmente ao autor Stein, que denominou o direito sanitário como *Gesundheitswesen*⁶⁸ em meados do século XIX. Tal definição estava atrelada ao direito político-

⁶⁵BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010. p. 27.

⁶⁶BECK, *Op cit.*, 2010. p. 28-32.

⁶⁷ BURSÓN, José María Sánchez. Aproximación a un concepto de derecho sanitario: noción y sus fuentes. **Revista de trabajo**, n. 94, 1989, p. 45-74.

⁶⁸ A tradução dessa expressão é *Gesundheit* é saúde e *wesen* é essência.

administrativo do ordenamento sanitário (reunião das disposições da “vontade” do Estado com olhos à saúde pública).

Na doutrina italiana, destaca-se a contribuição de Lessona⁶⁹, que em 1914 disse que o direito sanitário era o complexo de leis que atendiam à tutela da saúde pública, aqui compreendida como prevenção e tratamento de moléstias que representassem perigo social. Todavia, o autor não enfrentou o que de fato seria esse “perigo social”. Nota-se que o direito sanitário vai assumindo um caráter de heterogeneidade e complexidade cada vez mais evidente.

Em 1958, Zanobini⁷⁰ inova essa conceituação, pois abarca a conduta dos profissionais da saúde. Para ele, então, o direito sanitário é esse complexo de normas jurídicas voltadas à realização (concretização) de um fim da saúde pública, seja no viés de disciplinar as atividades e condutas dos profissionais de saúde, seja na investida de funções específicas para esse fim. Nesse momento, denomina-se “profissionais de saúde”; atualmente, essa “classe” recebe o nome de “trabalhadores de saúde”. Talvez a denominação atual seja mais ampla, a ponto de inserir inclusive os médicos nesse rol.

Diante desse quadro desencadeado pela Revolução Industrial, pela complexidade e pelo risco da sociedade, cabe destacar, ainda, o tratamento dado à saúde pela OMS (Organização Mundial da Saúde) em 1970, por meio da resolução WHA 23.41⁷¹, que declarou *que o direito à saúde é um direito fundamental do homem*. Sem dúvida, esse foi um avanço, mas não parou aí.

⁶⁹ LESSONA, Silvio. **Trattato di diritto sanitario**. Milano: Fratelli Bocca, 1914.

⁷⁰ ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritti Administrativi**. v. V. Milano: Dotta Giuffré, 1958.

⁷¹ WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 23.41**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

Logo em seguida, editou a Resolução WHA 23.61⁷², que expressou o anseio da Organização, no sentido de os povos obterem o melhor estado de saúde. Já a resolução WHA 30.44⁷³ deu ênfase para a relevância da legislação sanitária dos estados para apoiar as ações de saúde, bem como “proteger e melhorar” a saúde do indivíduo e da coletividade. O escopo dessa resolução é uma indicação para os países revisarem suas legislações no sentido de promover a difusão da discussão e da tutela da saúde, bem como de ampliar a discussão e o ensinamento das “normas” aprovadas pela OMS.

Uma das marcas do fim do século XIX, especialmente nos seus últimos 50 anos, são as relações mais estreitadas, multiplicadas, entre o direito público e a área sanitária e social⁷⁴. Outra contribuição relevante é a de Primicerio⁷⁵, Itália, que em 1974 define o direito sanitário como um corpo de normas jurídicas cuja finalidade é regular os órgãos e as funções diretivas para a realização da saúde pública, protegendo a saúde do sujeito ou perseguindo a tutela à saúde (ou sanitária).

Na França, o direito sanitário é denominado como *Le Droit de la Santé*. Auby entendeu que esse ramo do direito compreendia um conjunto de normas aplicáveis às questões de saúde. Dentro dessa concepção, segundo o autor,

⁷² WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 23.61**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

⁷³ WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 30.44**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

⁷⁴ MOREAU, J. ; TRUCHET, D. **Droit de la santé publique**. Paris: Daloz, 1990. p. 06. Pode-se dizer que um dos reflexos disso é o legado sanitário de 1990 no Brasil, tais como Lei 8.142, de 28/12/1990 (que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências); Lei 8.080, de 19/9/1990 (Lei orgânica da Saúde que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências); Lei 8.689, de 27/7/1993 (que dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) e dá outras providências), dentre outras.

⁷⁵ PRIMICERIO, Bruno. **Linemamenti di Diritto Sanitário**. Roma: Lougitrozzim, 1974. p. 12.

há três categorizações, quais sejam: I) o direito à saúde assume um papel de poder de polícia, pois a esse ramo competiam ações de cunho proibitivo; determinação de obrigações, cuidados atrelados a uma polícia de produtos nocivos à saúde, bem como uma polícia de profissões, a fim de regulamentar o acesso e as condições de trabalho dos profissionais de saúde; II) o direito à saúde assume a tarefa de regular a administração dos serviços públicos de saúde; e III) regulação contratual das matérias de saúde (relação profissional da saúde x doentes)⁷⁶.

Só no ano de 1977 é que a OMS, na 30ª Assembleia Mundial de Saúde, decide e reconhece que *uma legislação sanitária, adaptada aos imperativos nacionais e que tende a proteger e melhorar a saúde do indivíduo e da coletividade*, torna-se necessária. A partir daí, a Assembleia solicitou ao Diretor Geral da OMS que tomasse medidas para auxiliar os Estados-membros a colocar em prática a formulação de textos legais voltados à proteção da saúde⁷⁷.

Em decorrência disso, em 1977, a OMS criou um escritório na Europa; tratava-se, pois, de um Comitê Consultivo de Legislação Sanitária. Além de auxiliar na política sanitária, esse comitê realizou um estudo sobre o tema sanitário no ensino europeu e descobriu que vários cursos (escola de médicos e de juristas), vinculados ou não a alguma Universidade, tratavam da temática

⁷⁶ AUBY, Jean-Marie **Le Droit de la Santé**. Paris: PUF, 1981. Nota-se, aqui, que há a gênese do poder de polícia sanitária, o que hoje pode ser vislumbrado nas funções da Agência Nacional de Vigilância Sanitária do Brasil (ANVISA). Observa-se, também, o início das regulações atinentes à esfera privada da prestação de serviços de saúde, na medida em que, para a doutrina francesa, tocava ao direito sanitário regular as obrigações contratuais advindas disso.

⁷⁷ WAH, World Health Assembly, 30 th, May, 1977. Resolução WAH 30.44. In: **World Health Assembly and Executive Board**. Geneva, 1985. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 30/04/2011.

sanitária. O avanço foi rápido. Em 1984, o direito sanitário era ensinado em diversos Estados da Comunidade Europeia. Os programas de pós-graduação nos quais o estudo do direito sanitário era realizado com afinco situavam-se na França e na Itália. Em 1982, na Faculdade de Direito da Università Degli Studi di Bologna, organizou-se um curso de aperfeiçoamento na área do direito sanitário. Esse curso deu ensejo à criação da Scuola de Perfezionamento in Diritto Sanitario, que era agregada à faculdade de direito. O curso tinha duração de dois anos, com uma carga horária de 110 horas-aula. Esse número de horas mostra-se pertinente, haja vista que é um curso de dois anos, mas com uma extensão temporal bastante diferente da habitual, pois, via de regra, esses cursos duram menos tempo e têm jornada de horas maior. Atualmente, no Brasil, os cursos de aperfeiçoamento contam com 180, mas a especialização conta com uma jornada de 360 horas. Esse curso era destinado aos graduados nas mais diferentes áreas, tais como: direito, veterinária, ciência política, medicina, farmácia, engenharia, dentre outras⁷⁸.

Vemos que desde o surgimento desses cursos tínhamos a possibilidade de usar a ferramenta da transdisciplinaridade, pois os cursos envolviam as mais variadas áreas do conhecimento no aperfeiçoamento. Isso não significa abandonar a disciplina. Essa, por sua vez, é necessária, pois é uma espécie de categoria que organiza o conhecimento, divide-o e especializa-o. O mundo organizado pelas disciplinas surge, aproximadamente, no século XIX, com o surgimento das universidades. As disciplinas passam pela fase de *nascimento, institucionalização, evolução e esgotamento* (esgotamento no sentido de que

⁷⁸ DALLARI; FORTES, *Op cit*, 1997. p. 198.

sozinhas não dão conta de analisar os fenômenos). Esse “esgotamento” nos faz perceber que é necessário algo a mais, e esse “algo a mais” pode ser a transdisciplinaridade. Há a necessidade de abertura. Não se trata, pois, de abolir a organização da disciplina, mas sim, de *concebê-la e introduzi-la para englobar disciplinas parciais*. Trata-se, pois, de esquemas cognitivos que podem atravessar as disciplinas ⁷⁹.

Assim, de que nos adiantariam e para que serviriam todos os saberes parciais, senão para atender a nossa expectativa, por meio de uma configuração que desse conta desse conjunto (*configuração*)?

É diante disso que se percebe a presença dos fundamentos da transdisciplinaridade na própria formação do direito sanitário enquanto disciplina. Ela pode ser vista como um mecanismo, uma abordagem que tem o objetivo de compreender, através das diversas disciplinas, a complexidade do mundo. Dar um conceito ou uma definição acerca da transdisciplinaridade é uma “afronta” a ela própria, conforme se pode observar na própria Carta de Transdisciplinaridade⁸⁰:

Artigo 1 – Qualquer tentativa de reduzir o ser humano a uma mera definição e de dissolvê-lo nas estruturas formais, sejam elas quais forem, é incompatível com a visão transdisciplinar.

Artigo 3 – A transdisciplinaridade [...] é uma nova visão da natureza e da realidade. A transdisciplinaridade não procura o domínio sobre as várias outras disciplinas, mas a abertura de todas elas àquilo que as atravessa e as ultrapassa.

⁷⁹ MORIN, *Op. Cit.*, 2008. p. 105-106 e 114-116.

⁸⁰ BASARAB, *Op cit.*, 2000. p. 178-179. Essa Carta foi adotada no Primeiro Congresso Mundial da Transdisciplinaridade, Convento de Arrábida, em Portugal, realizado entre os dias 2 a 6 de novembro de 1994.

Com a transdisciplinaridade, não se pretende “uma nova disciplina”, pois conforme Nicolescu⁸¹, o próprio prefixo “trans” aponta para aquilo que está efetivamente, *ao mesmo tempo, entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina.*

Na França, especificamente na Universidade de Bordeaux I, havia um Centro de Direito Sanitário que possibilitava a titulação de especialista em direito sanitário, para mestres ou graduados em medicina, farmácia, odontologia, direito. O curso durava 145 horas, um ano. Transcorridos dois anos, era possível obter o título de doutor, desde que uma tese fosse apresentada⁸².

No continente americano, a iniciativa foi na Faculdade de Saúde Pública da Columbia University, na década de 70. Os temas abordados eram direitos humanos e aspectos atrelados ao aborto, à esterilização compulsória e ao acesso à contracepção. Nessa faculdade, mantêm-se, ainda, disciplinas como legislação em saúde, aspectos da legislação dos serviços de saúde, etc., de modo regular. Recentemente, a OPAS (Organização Pan-Americana de Saúde, da OMS) montou um escritório regional, nos Estados Unidos, para contribuir nas questões atinentes à reorientação do setor da saúde⁸³.

No Brasil, a consolidação do direito sanitário enquanto disciplina iniciou-se na Universidade de São Paulo. O histórico de formação desse processo será analisado no próximo subcapítulo.

⁸¹ BASARAB, Nicolescu. Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade. In: BASARAB, Nicolescu [et al] (Orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000. p. 15.

⁸² DALLARI; FORTES, *Op cit.*, 1997. p. 198.

⁸³ DALLARI; FORTES, *Op cit.*, 1997. p. 199.

1.2.2 As influências da origem italiana e francesa para a consolidação do direito sanitário enquanto disciplina no Brasil

Babaglietti, em 1973, considerou que o direito sanitário ainda não poderia ser considerado como um ramo cientificamente autônomo do direito; todavia, pondera que há sim uma autonomia “didática” do direito sanitário. O autor destaca alguns argumentos para corroborar essa ideia. Segundo ele, em que pese ainda não possa ser um ramo cientificamente autônomo do direito, o direito sanitário possui qualidade e quantidade na análise da matéria. Ademais, a estrutura do Estado, enquanto organização política e administrativa, está recebendo o direito sanitário como ramo autônomo da administração pública. Entretanto, há a necessidade de adequação dos institutos jurídicos à realidade social da saúde, ou seja, o direito precisa recepcionar essa “atualização da saúde” a partir da medicina e da realidade social da higiene. Assim, o direito vigente, naquele momento (1973), ainda carece de aperfeiçoamento e complemento, há um atraso na relação da ciência com o direito⁸⁴.

Nota-se que o autor, ao reduzir essa relação Estado/saúde à medicina e à realidade social, de certo modo, restringe a saúde ao sistema médico. A saúde pública fica “deslocada” ou “esquecida”, bem como a transdisciplinaridade, pois os mecanismos de aferição e essa atualização ficam

⁸⁴ BABAGLIETTI, G. **Diritto Sanitário**. Bologna: Patron Editore, 1973. p. 15-17.

restritos praticamente à medicina, e ela não é saúde pública. Esse pensamento não contempla um conceito de saúde mais alargado; ele é restritivo.

Em que pese os estudiosos de Bologna não terem conferido ao direito sanitário o *status* de ramo cientificamente autônomo do direito, os argumentos utilizados para fundamentar essa observação contribuíram para o fortalecimento do direito sanitário no Brasil, especialmente no tocante a essa “independência” científica enquanto ramo do direito, visto que a partir das influências no pensamento brasileiro, a academia passou a refletir sobre o tema especialmente no pós-88, quando a saúde passou a ser direito.

Não podemos olvidar que a partir do “despertar” acerca da relevância do tema e das constantes reivindicações sociais, no Brasil, um grupo de docentes (na sua maioria da FSP USP [Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo]), tais como Sueli Gandolfi Dallari⁸⁵ e outros, na década de 80, reuniu-se com profissionais da saúde na tentativa de aperfeiçoar e discutir os instrumentos normativos da saúde pública, visto que, naquele momento, a preocupação era latente:

Despertamos para a importância social da reivindicação do direito à saúde e convencidos da necessidade de aperfeiçoar os instrumentos normativos do direito da saúde pública um grupo de profissionais da saúde e do direito [...] começou a se reunir em setembro de 1987 para discutir o tema⁸⁶.

⁸⁵ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p. 199.

⁸⁶ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p. 199.

Dallari destaca que, inicialmente, as diferentes linguagens (face às distintas origens de formação e pesquisa desse grupo) foram um fator negativo para a discussão. As discussões centraram-se em torno do conceito de saúde e de direito. A partir de então, os encontros foram contínuos e destacaram-se como Reuniões Científicas que, de certo modo, caracterizaram e marcaram o começo do CEPEDISA (Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo/USP)⁸⁷.

A partir da sistematização e da organização desse grupo, definiu-se um currículo básico. Uma das organizadoras do grupo, Sueli Dallari, registra que naquele momento decidiu-se realizar um seminário internacional (ocorreu em 1988 e desde então é realizado a cada dois anos) que contou com a presença de diversos docentes da área do direito sanitário para avaliar esse currículo proposto. Os temas que o permearam foram a reivindicação da saúde enquanto direito, a ética na saúde, filosofia e sociologia no direito sanitário. Dallari aponta que, naquele dado momento, houve certa resistência, por parte desses especialistas estrangeiros, à ideia de incluir o direito à saúde (enquanto “direito sanitário”) dentro dessa discussão do direito da saúde pública. Todavia, a proposta apresentada pelos brasileiros foi essencial para a reforma curricular de alguns centros de estudos na França, e essa aposta dos pesquisadores nacionais foi adimplida pela Universidade de São Paulo no ano de 1989⁸⁸.

Esse grupo de professores que formou as mesas de debate do I Seminário Internacional de Direito Sanitário (1988) era bastante vasto, com representantes das mais variadas instituições e países, dentre os quais:

⁸⁷ DALLARI; FORTES. *Op cit.*, 1997. p. 199.

⁸⁸ DALLARI; FORTES, *Op cit.*, 1997. p. 200.

Eugênio Montoro (FGV), Hélio Pereira Dias (representando o Ministério da Saúde, Alaor Café Alves (USP), Frank Grad (Columbia University, EUA), Maurice Torrelli (Universidade de Nice, França), Didier Truchet (Bordeaux, França), Aldo Tinoco (USP), Dalmo Dallari (USP). Esse evento foi coordenado pela professora Sueli Dallari e foi financiado pelo CNPq (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico). Os temas foram inovadores naquele momento, e o seminário foi uma prova de ousadia, pois o evento pretendia “conjuguar” diferentes formações e falas, mas com objetivo comum: direito à saúde. Naquela época, na USP, Sueli Dallari trabalhava com um grupo de aproximadamente 70 profissionais que entendia como necessária a interligação entre direito e saúde⁸⁹.

É válido destacar que desde o processo de formação desse grupo de discussão, que ficou institucionalizado na USP, diversas reuniões, encontros, palestras e seminários ocorreram com diferentes atores, quais sejam: a Organização Pan-Americana da Saúde; Núcleo de Estudos e Pesquisas de Sistemas de Saúde; Comissão Justiça e Paz; Institute of Latin American and Iberian Studies-Columbia University (EUA); Consulado do Brasil em Nova Iorque; Centro de Pesquisas e Estudos em Seguro Social – CIESS (México); Parlatino (Parlamento Latino-Americano); Associação Brasileira dos Profissionais em Vigilância Sanitária; Comissão de Assuntos Jurídicos Institucionais do Conselho Estadual de Saneamento - CONESAN e da Câmara Técnica do CRH - Secretaria de Recursos Hídricos, Saneamento e Obras do

⁸⁹ BRASIL, Universidade de São Paulo. I Seminário Internacional de Direito Sanitário. **Anais do I Seminário Internacional de Direito Sanitário**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública. Disponível nos registros internos do CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário. Acesso em 31/05/2011.

Governo do Estado de São Paulo; Associação dos Juízes Federais; Ministério da Saúde – Programa Nacional de Controle da Dengue – PNCD; e Ministério Público do Estado de São Paulo⁹⁰.

Desde então, no Brasil, com a influência de Sueli Dallari, houve grande produção para reconhecer o *status* à saúde, efetivamente, de um direito. A partir disso, a produção voltou-se para o aspecto da concretização do direito à saúde, e isso se tornou pauta de discussão. Essas discussões auxiliaram o processo de construção e solidificação desse ramo do direito e, inclusive, fomentaram a criação de uma disciplina nas grades curriculares de algumas instituições, tais como a FMP (Fundação do Ministério Público do RS) e a IMED (Complexo de Ensino Superior Meridional). Na FMP, a professora titular da disciplina é Sandra Vial. Desde o ano de 2010, quando foi inserida na grade, ela recebe o nome de direito sanitário. Na IMED, a professora titular, inicialmente, foi a professora Janaína Machado, que foi orientanda da professora Sandra Vial; a faculdade institucionalizou a disciplina no ano de 2009, aproximadamente. Ela está no 10º semestre e recebe o nome de "Novos direitos e direitos humanos – ênfase em Direito da Saúde". Cabe destacar, ainda, os cursos de especialização em direito sanitário organizados e desenvolvidos pela Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul, em parceria com a Universidade do Vale do Rio dos Sinos e com a Universidade de Roma Tre. Esses cursos são tradicionais e já estão na quinta edição.

⁹⁰ Essas informações são oficialmente noticiadas pelo BRASIL, Universidade de São Paulo. I Seminário Internacional de Direito Sanitário. **Anais do I Seminário Internacional de Direito Sanitário**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública. Disponível nos registros internos do CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário. Acesso em 31/05/2011.

No tocante à produção acadêmica sobre o tema, cumpre destacar que nosso recorte neste estudo foi o Rio Grande do Sul, embora haja realizações renomadas e qualificadas em outros Estados da Federação. Dentro dessas obras, pode-se fazer um recorte temporal (1988 – 1999, aproximadamente) como sendo a primeira leva desse trabalho. Nesse momento, o objeto da produção e da discussão era a categorização do direito à saúde como um direito fundamental social. Como destaques daquele momento, temos: Os direitos transindividuais, Bolzan; Eficácia dos direitos fundamentais, Sarlet; A eficácia dos direitos sociais, Rushel; Os direitos do homem e o neoliberalismo, Bedin, dentre outros.

No período de 1999 a 2006, começa-se a construir a dogmática do direito à saúde, e é bem nesse recorte temporal que estávamos diante do momento “judiciário não nega nada”; havia a clara necessidade de solidificar uma dogmática que fosse capaz de instruir esses decididores.

Schwartz lança o livro *Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica* em 2001; em 2003, organiza o livro *A Saúde sob os Cuidados do Direito*. Ainda no mesmo ano, ele e Gloeckner publicam o livro *Tutela Antecipada no Direito à Saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Em 2004, Schwartz publica *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*.

A partir de 2006, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul organiza-se para traçar estratégias de defesa para as demandas judiciais de saúde e inicia-se o diálogo de modo mais efetivo com os demais operadores envolvidos na temática. A discussão da “reserva do possível” (discussão de origem alemã) fica latente face à questão orçamentária. No período de 2006 a

2010, Sarlet publica uma série de artigos com base nas discussões dos problemas processuais em saúde. Araken organiza o livro Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição à saúde em 2007; Figueiredo lança, em 2008, o livro Direito à saúde; Tim e Sarlet organizam, em 2008, o livro Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível.

A consolidação do direito sanitário enquanto disciplina é extremamente relevante, pois foi nesse processo que se fortaleceu, também, o entendimento de que o direito à saúde é um direito fundamental. A Constituição de 1988 não declarou o caráter de direito fundamental da saúde; esse reconhecimento e essa solidificação deram-se na academia. Para que isso ocorresse, foi essencial a positivação do direito à saúde, no artigo 196, da Carta Magna de 1988. Sendo assim, é oportuno analisarmos a saúde enquanto direito, os seus principais antecedentes e a pós-constituente.

1.2.3 A saúde como direito: precedentes, influências e a pós-constituente no Brasil

O reconhecimento da saúde como direito foi um dos fatores oriundos do amadurecimento das bases democráticas que influenciaram o constitucionalismo brasileiro a reconhecer o direito à saúde como um direito social fundamental, e isso é plausível, pois era preciso passar por um processo de amadurecimento das próprias bases “democráticas” para o reconhecimento

desse direito. Assim, faz-se necessário perpassar por esses fatores, pois eles foram essenciais para a consolidação da saúde como um direito na Carta Magna de 1988. Esse processo não foi imediato, foi lento e tímido. Esses fatores podem ser observados por diferentes óticas, diferentes “territórios do olhar”⁹¹. Primeiramente, a pretensão é enfocar a via do constitucionalismo (não só o brasileiro), para depois analisar como esse processo ocorreu num viés de observação sistêmica.

A carta constitucional italiana (1948) reconheceu o direito à saúde, fulcro artigo 32⁹², reconhecendo o direito à saúde como direito do indivíduo e de interesse da coletividade. Em seguida, Portugal, Espanha e Guatemala seguiram o mesmo caminho. Todas essas cartas constitucionais relacionaram o direito à saúde com a seguridade social, o que denota claramente que o reconhecimento, por si só, não basta; é necessário que haja preocupação com a sua implementação⁹³. O constitucionalismo, após as cartas constitucionais do México (1919) e de Weimar (1917), passa por uma transformação. Essa é global: várias cartas começam a consagrar direitos sociais e, no Brasil, essa preocupação não foi diferente, em que pese tal processo ter sido mais lento, visto que o direito à saúde não era pauta do Estado brasileiro.

⁹¹ A expressão é usada por Michel Randon in: RANDON, Michel, Território do olhar. BASARAB, Nicolescu [et al]. **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000.

⁹² Redação do artigo 32 da Constituição Italiana: “La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana. [Tradução livre]: A república tutela a saúde como um direito fundamental do indivíduo e de interesse da coletividade, e garante atenção gratuita aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário senão por disposição de lei. A lei não pode, em nenhum caso, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana. Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 10/02/2011.

⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, SP: Malheiros, 2006. p. 309.

No âmbito constitucional brasileiro, o direito à saúde passou por uma longa trajetória. As constituições de 1824 e 1891 não trataram de tal temática; entretanto, o cunho social do texto constitucional de 1934 expressou preocupação com a questão do direito à saúde, eis que fez previsão de medidas legislativas e administrativas referentes à diminuição da mortalidade infantil, além de higiene social⁹⁴.

Entretanto, a preocupação do texto constitucional de 1934 não era com a saúde propriamente dita, enquanto direito fundamental, mas sim com o combate às doenças, visto que isso poderia causar prejuízos aos negócios de exportação do Brasil, ou seja, era uma preocupação meramente econômica. A referida constituição também incumbiu a União, os estados e os municípios de adotarem medidas protetivas, tendentes a impedir a propagação de doenças transmissíveis e a cuidar da higiene mental, incentivando a luta contra os venenos sociais⁹⁵. Ou seja, os doentes passaram a ser uma “ameaça” ao crescimento nacional, mas mesmo assim a saúde só era garantida a quem pudesse pagar. Isso é fora do contexto histórico, mas é bem atual essa situação. Recentemente, vivenciamos o paradoxal caso de Giruá⁹⁶, que retrata

⁹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988.

⁹⁵ REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Manual de Atuação Jurídica em Saúde Pública e Coletânea de Leis e Julgados em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, p. 13-18, 2003.

⁹⁶ No dia 13 de maio de 2010, no processo de execução de sentença contra a Fazenda Pública nº 2003.71.05.005440-0/RS, o Juiz Federal Substituto Laudemiro Dors Filho intimou, face ao resultado da apelação, o município de Giruá a: [...] a) permita o acesso do paciente à internação pelo SUS e o pagamento da chamada diferença de classe, para obter melhores acomodações, pagando a quantia respectiva, quer ao hospital, quer ao médico; b) abstenha-se de exigir que a internação só se dê após exame do paciente em posto de saúde (outro médico que não o atendeu), e de impedir a assistência pelo médico do paciente, impondo-lhe outro profissional. (BRASIL. Justiça Federal. Processo de execução de sentença contra Fazenda Pública nº 2003.71.05.005440-0/RS. Publicado no Diário Eletrônico de 19 de maio 2010. Disponível em:

essa questão de a saúde ser garantida para quem detém condições de pagar por ela.

As constituições posteriores (1937 e 1946) não fizeram qualquer alusão ao tema, tornando-se nítido o descaso com essa temática. A carta promulgada por Vargas, em 1937, disciplinou, no artigo 16, a competência da União para legislar sobre normas de defesa da saúde, com ênfase na saúde das crianças. Estabeleceu também a possibilidade, via delegação, de os Estados-Membros legislarem sobre a referida matéria⁹⁷. É notável a característica de paradoxalidade, bem como de complexidade do Governo Vargas, pois “realizou” o reconhecimento desse direito, mas, em contrapartida, não fez alusão alguma aos meios de implementação dele.

Bolzan de Morais⁹⁸ entende que foi no contexto do pós-guerra que a saúde começou a sua evolução, surgindo a visão “coletivizante da realidade” em que o Estado assume o papel de propiciar aos cidadãos os serviços de saúde, no intuito de prevenir doença:

<http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?selForma=NU&txtValor=200371050054400&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&hdnRefId=&txtPalavraGerada> Acesso em: 22/05/2010.) Essa decisão refere-se ao “pagar a diferença”, mas não é uma demanda isolada, é apenas uma decisão dentro do poder judiciário. Cumpre destacar que se está diante de uma verdadeira “enxurrada” de demandas como essa. O trecho da decisão supracitada refere-se à apelação cível nº 2003.71.05.005440-0, que tramitou no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, na qual o Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul (CREMERS) pleiteou o pagamento da diferença de classe dentro do Sistema Único de Saúde, sendo o apelado o município de Giruá. Para maiores esclarecimentos, consultar: VIAL, S. R. M.; KÖLLING, G. J. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul X Município de Giruá. *Boletim da Saúde*, v. 24, p. 13-24, 2010.

⁹⁷ REZENDE; TRINDADE, *Op cit*, 2003. p. 19-21.

⁹⁸ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 188.

Percebe-se, então, que a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva, na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social, como direito coletivo, bem como se alarga o seu conteúdo. Tem-se a prevenção da doença.

No texto constitucional de 1967, encontrou-se menção à saúde por meio dos planos nacionais de educação e saúde e manteve-se como garantia dos trabalhadores a higiene e a segurança no trabalho, bem como a assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva. Em 1988, a carta inovou no sentido de prever que os municípios deveriam aplicar 6% (seis por cento) do valor que lhes era creditado em decorrência do Fundo de Participação dos Municípios nos Programas de Saúde. Em que pesem as mudanças, as políticas públicas em saúde continuaram focadas no tratamento de doenças e não na promoção da saúde como um todo.

Durante o período da última ditadura vivida pelo Brasil, a Europa passava por um processo de Reforma Sanitária, em especial na Itália, um verdadeiro modelo de reversão de pensamentos, enquanto o Brasil vivia um verdadeiro déficit democrático e de cidadania. No Brasil, a principal preocupação dos regimes ditatoriais era justamente manter a ausência de doenças, bem como a necessidade de garantir que os trabalhadores continuassem com as mínimas condições de trabalho, a fim de manter a mão de obra e, fundamentalmente, a ausência de contaminação em relação aos patrões. Nota-se que a saúde estava atrelada a um sistema social nos moldes de seguro, visto que somente poderiam ter acesso a esse sistema os trabalhadores formais que contribuía regularmente.

O processo de Reforma Sanitária vivido na Europa⁹⁹ teve reflexos no Brasil na década de 80. Frente à articulação do Movimento Sanitário brasileiro e ao processo de legitimação pelo qual esse movimento passou, outros atores sociais integraram-se a ele, tais como sindicatos e centrais sindicais, movimentos populares da saúde e alguns parlamentares. As principais reivindicações eram referentes à construção de uma política de saúde eminentemente democrática, face ao momento histórico vivido na época: saída de um regime ditatorial e transição para um processo de (re)democratização.

Nesse movimento sanitário, no Brasil,

[...] se verificou, na luta pela redemocratização da saúde, já que, ainda que oriundo de um grupamento de profissionais e intelectuais da área da saúde, o movimento sanitário propunha incorporar em sua luta as demandas da sociedade como um todo, partindo da consideração de que as condições de exercício profissional estão submetidas às mesmas determinações que se responsabilizavam pela precariedade da saúde da população¹⁰⁰.

⁹⁹ Esse processo denota um momento relevante para a temática da saúde, visto que se tem como marco a primeira metade do século XIX, momento em que a Inglaterra passava por uma ascensão da burguesia ao poder político, o que se deu por meio de uma série de reformas políticas, delegando à nobreza uma função meramente figurativa no aparato estatal. Concomitantemente a essa ascensão, surge também a preocupação da burguesia com as condições sanitárias da população, prevendo nessas um fator de tensão social e de deterioração da força de trabalho. O expoente desse grupo foi Chadwick, o “autor” da reforma sanitária implantada em meados do século passado. Ele era ligado a amplos contatos com os líderes da burguesia da época, que contavam com um projeto político bastante claro, que passou a permitir a inclusão de uma reforma sanitária. Era político e administrador, e sua obra e atuação refletem toda uma maneira de “enfrentar” o processo saúde-doença. Com sua orientação filosófica, notadamente positivista, ele e seu grupo visualizavam a doença não como fruto das contradições do capitalismo, mas sim como resultante de inadequações desse, na estruturação de seus centros urbanos e de suas fábricas. RINGEN, K. Edwin Chadwick, the market ideology and sanitary reform: on the nature of the nineteenth century public health movement. *Int. J. Hlth Serv.*, n. 9, p. 107-20, 1970. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reflinks.php?refpid=S00348910198500040001000012&pid=S0034-89101985000400010&lng=e>>. Acessado em: 12/03/2010.

¹⁰⁰ FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. In: **Saúde e Democracia** – A luta do CEBES. Sonia Fleury (Org.). São Paulo: Lemos Editorial & Gráficos Ltda., 1997. p. 25.

Esse pleito (política de saúde democrática) estava focado na participação popular por meio da sociedade civil organizada, além da descentralização e universalização das ações e serviços de saúde. Ou seja, surgia aí a proposta de uma verdadeira reforma no setor, centrada em uma nova concepção de Estado, especialmente focada em alguns aspectos, tais como: cooperação, integração e solidariedade, redefinindo, assim, as tarefas das esferas de governo.

Durante o período de ditadura militar, nas décadas de 60 e 70, ocorreu um processo de privatização da assistência médica, que foi institucionalizada por meio da captura de despesas sociais, por determinados grupos sociais, motivados por interesses econômicos. Esse processo de privatização era oposto à ideia de um sistema público de saúde, descentralizado. A privatização consistia, também, no aumento de espaço da atuação privada na saúde e na diminuição da atuação estatal. Esse pleito atendia aos interesses de segmentos privados, tinha um viés fortemente econômico e não social. Pode-se dizer que se operou uma verdadeira “compra e venda” dos serviços médicos, na qual o vendedor era o Estado e o comprador era o Setor Privado. Como consequência, o direito à saúde, com a pretensão de ser universal, ficou adstrito às possibilidades econômicas, dificultando, efetivamente, o acesso a esses serviços.

Como consequência desse contexto, surgem novos atores sociais, com objetivo distinto do movimento de privatização da saúde. Esses atores pleiteavam influências na organização da saúde pública no Brasil. Eis o Movimento Sanitarista! A relação entre esses dois grupos de atores – grupos

privados e os integrantes do Movimento Sanitarista – representava oposição de um ao outro, pois se tratava de políticas antagônicas, que passariam a influenciar fortemente o desenvolvimento da política de saúde brasileira.

Os grupos privados contavam com médicos e empreendedores da área hospitalar cujos objetivos eram a eficiência econômica e a técnica dos procedimentos médicos de assistência à saúde. O Movimento Sanitarista contava com a colaboração de médicos sanitaristas reformistas e vários outros trabalhadores da saúde, com ligações políticas de oposição ao regime militar, como o MDB – Movimento Democrático Brasileiro – e o PCB – Partido Comunista Brasileiro, além de manter ligação com a Fundação Oswaldo Cruz¹⁰¹. A proposta desse movimento era a redefinição das relações entre os setores privado e público, bem como a universalização do acesso aos serviços de saúde, com o intuito de superar a dicotomia da assistência médica individual e ações coletivas de saúde. Também era objetivo do movimento a descentralização do sistema de saúde¹⁰².

O ano de 1986 é um marco histórico no processo de universalização da atenção à saúde, pois iniciou a luta por esse processo. Houve a pré-Constituinte da Saúde, que se realizou por meio de uma Conferência Nacional de Saúde, a oitava conferência, especificamente. Nessa, foram consagrados os princípios que norteiam a organização do Sistema Único de Saúde. Diante de

¹⁰¹ COSTA, Ricardo C. da. Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990. **Revista de Sociologia e Política**, n. 18, p. 50-51, jun. 2002.

¹⁰² ELIAS, Paulo Eduardo. Políticas em Saúde. In: ARANHA, Márcio; TOJAL, Sebastião (Orgs.). **Curso de Especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura**. Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, FIOCRUZ/REFORSUS, Ministério da Saúde. Brasília, p. 96.

tal quadro é que se estabeleceram os principais eixos, inter-relacionados, objetos de discussão política acerca da saúde no Brasil, especialmente na década de 80. Os eixos foram: privatismo x sanitarismo, centralização x descentralização e universalização x segmentação.

O processo constituinte de 1988 que criou o Sistema Único de Saúde é fruto de uma aliança política entre partidos, tais como: PMDB, PSDB, PT, PDT, PCB, PTB, PDS e PFL, em que pese a existência de *lobby* do setor privado, que pretendia resultados políticos, tais como a possibilidade de participação privada dentro das prestações de saúde por meio de contratos e convênios. Paralelamente a essa vitória parcial, a criação do SUS trouxe para a política algumas questões, dentre elas a provisão de recursos para o orçamento da saúde e a implementação da descentralização, o que, paradoxalmente, deixou a saúde “engessada” como um todo.

A década de 80 também foi marcada por uma transição política, pois Fernando Collor propôs algumas rupturas, dentre as quais romper com um modelo implementado pelo Governo Vargas, cujo modelo paradigmático era econômico-desenvolvimentista. Essa ruptura e o conjunto de medidas-estratégias utilizadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), visando implementar políticas públicas, acabaram por ensejar uma nova estrutura da política de saúde do Brasil¹⁰³. Ou seja, mais uma vez, demonstrase a relação e a relevância existentes entre os sistemas do direito, da política e

¹⁰³ BRAGA, Ialê Falleiros. A Sociedade Civil e as Políticas de Saúde no Brasil dos anos 80 à primeira década do século XXI. In: MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães Cardoso; REIS, José Roberto Franco (Orgs.). **Sociedade, estado e direito à saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 97-99. Disponível em: <<http://www.bvseps.epsjv.fiocruz.br/lildbi/docsonline/8/7/1078-005915.pdf>>. Acesso em: 12/03/2010.

sanitário, visto que essa mudança deu-se em função do movimento sanitário, da conjuntura política e do direito que recepcionou isso.

É notável uma certa lentidão no constitucionalismo brasileiro para reconhecer o direito à saúde como um direito fundamental e elemento da cidadania do povo brasileiro, mas vale destacar que era necessário criar bases para a construção e o amadurecimento (ainda incipiente) da democracia.

Foi necessário que a sociedade brasileira levasse quatro décadas para visualizar a saúde como direito após o reconhecimento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que já positivou a saúde como um direito. Entretanto, por mais que essa positivação da saúde enquanto direito tenha sido lenta, foi um grande ganho democrático para o país. Talvez esse longo período tenha sido favorável para o amadurecimento e a solidificação das bases democráticas brasileiras.

2. AS CONTRIBUIÇÕES DO SISTEMA DE POLÍTICA, DO CONTROLE SOCIAL E DOS DETERMINANTES SOCIAIS DE SAÚDE

Abordaremos os avanços da produção legislativa e executiva na matéria sanitária, para então observarmos quais foram as colaborações do controle social para o direito à saúde no Rio Grande do Sul. Pretende-se visualizar como ocorreu o processo de municipalização da saúde, no município de Porto Alegre, para verificarmos quais foram os efeitos disso no direito à saúde. Por fim, analisaremos o direito à saúde na perspectiva dos determinantes sociais de saúde e sua contribuição e relevância para o direito à saúde.

2.1 Evolução legislativa e executiva para a solidificação do direito à saúde

Nesse capítulo, pretende-se tratar do sistema da política de modo amplo, mas a partir de teoria dos sistemas. O sistema político tem a função de tomar decisões coletivamente vinculantes. Assim, desempenha um papel de extrema importância, especialmente sob a ótica do direito à saúde, no tocante a sua efetivação. Por isso, é necessária a análise da sua relação para com a sociedade. Nesse ponto, abordaremos as contribuições do poder legislativo e do poder executivo na normatização do direito à saúde.

É notório que, em última análise, a função dos sistemas é reduzir a complexidade do ambiente. Quando falamos em sistema político, é até

plausível pensarmos que o Estado corresponde ao sistema político¹⁰⁴. Entretanto, tal premissa é errônea, pois o Estado corresponde a um subsistema de um único sistema político. Ao tentar reduzir a complexidade, o sistema da política diferenciou-se em diversos subsistemas, tais como: a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, e é nesse contexto que devemos observar a relevância da tomada de decisão do sistema da política coletivamente vinculante, pois conforme Delduque¹⁰⁵,

O processo legislativo, portanto, torna-se de extrema importância, pois é por intermédio dos procedimentos para a criação das espécies normativas que a norma jurídica ganha legitimidade e constitucionalidade. Com a legislação sanitária se dá o mesmo. Para atender ao consagrado direito à saúde, é preciso a criação de um arcabouço normativo que dê materialidade ao ditame constitucional. A lei terá essa tarefa [...]

Os limites do sistema político são determinados por uma rede de comunicação que trata de temáticas relacionadas à sua função, como por exemplo, a saúde. As decisões do sistema político, que são comunicações, podem ser aceitas ou recusadas pelo ambiente. Para que o êxito na aceitação seja mais provável, o sistema político faz uso de um meio simbolicamente generalizado: o poder. Esses meios de comunicação, simbolicamente generalizados, fazem com que as chances dessa comunicação ser aceita,

¹⁰⁴ LUHMANN, *Op cit.*, 1983.

¹⁰⁵ DELDUQUE, Maria Célia. Observar para participar: a *word wide web* como instrumento para acompanhar a produção legislativa em saúde no Brasil. DELDUQUE, Maria Célia; ROMERO, Luiz Carlos. (Orgs). **Estudos de Direito Sanitário: a produção normativa e a saúde**. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, p. 157-162. p. 158.

aumentem, ela tem maior aceitação devido ao poder exercido pelo sistema político.

O poder, enquanto meio simbolicamente generalizado, está presente em quase todas as comunicações do sistema político. Entretanto, não está presente no debate acerca de um projeto de lei que vise implementar melhorias no Sistema Único de Saúde, por exemplo, pois tal debate ainda não é uma decisão coletivamente vinculante, prescindindo da aceitação do ambiente.

Assim, o sistema político selecionará informações no ambiente para manter o governo, ou seja, que façam com que as decisões políticas continuem sendo obedecidas. Entretanto, o sistema político não pode ignorar as comunicações do ambiente, tais como as necessidades da saúde pública no Brasil, que hoje são inúmeras. Infelizmente, tem-se, na atualidade, uma rede de serviços públicos de saúde que se comunica de modo deficitário com os demais sistemas da sociedade.

É a partir dessa perspectiva de “sistema da política” que se pretende analisar os reflexos das decisões tomadas por esse sistema.

2.1.1 O sistema da política e a produção legislativa em saúde: noções preliminares de princípios e regras

O direito à saúde já foi reconhecido e firmado como um direito, quanto a isso não há dúvidas. A preocupação de demonstrar esse reconhecimento da saúde, enquanto direito, já foi concretizada na literatura jurídica na década de 90 e no começo dos anos 2000. Alguns autores no Rio Grande do Sul escreveram sobre o tema ¹⁰⁶.

Atualmente, a questão é a concretização desse direito. Entretanto, entre a saúde ser um direito de todos e a sua efetividade, há uma enorme distância. Para o preenchimento dessa, o aparato do legislativo e do executivo toma decisões com base nos mecanismos previstos pelo direito, para então termos subsídios para a concretização do direito à saúde. A prestação positiva do Estado almeja conformar o ideal constitucional à realidade social; essa, por sua vez, é detentora de enorme complexidade. Essas atividades estatais buscam mudança e melhoramento do *status quo*¹⁰⁷. Nessa esteira, Canotilho define que esse direito prestacional significa, em sentido estrito, o direito de o indivíduo obter a referida prestação através do Estado¹⁰⁸.

Para o preenchimento desse vácuo, tem-se como recurso a norma jurídica em seu sentido amplo, regras, princípios, dentre outras fontes do

¹⁰⁶ Algumas pessoas já refletiram e fizeram todo um trabalho às voltas do reconhecimento da saúde como direito, tais como: Bolzan de Moraes, Ingo Sarlet, Sandra Vial, Humberto Medeiros, Paulo Leivas, Germano Schwartz, Liton Pilau Sobrinho (esses dois últimos foram orientandos do professor Leonel Severo Rocha) dentre outros.

¹⁰⁷ SCHWARTZ; GLOECKNER; *Op cit.*, 2003. p. 94.

¹⁰⁸ CANOTILHO, *Op cit.*, 2004. p. 402.

direito. Arelado a isso, têm-se, ainda, os recursos do executivo, tais como: portarias, resoluções, dentre outros. Sendo o direito sanitário um conjunto de normas destinadas a auxiliar a regulação do direito à saúde, cabe darmos um enfoque às ponderações de Dworkin e Ferrajoli acerca do que se entende por norma jurídica. Esse capítulo priorizará algumas considerações preliminares acerca desse processo de evolução, especialmente no tocante à norma e regra, bem como sobre a lei orgânica do SUS. No próximo subcapítulo, adentraremos nos avanços mais específicos.

Cumpra observar as reflexões de Dworkin acerca das regras jurídicas. De modo geral, o autor nos diz que a regra social de reconhecimento não funciona para princípios. Ele pondera que esses não têm caráter de *tudo-ou-nada* (*all-or-nothing*), diferentemente das regras, que têm. Assim, a ideia de validade ou invalidade, que norteia a regra social de reconhecimento, não se aplica aos princípios, pois enquanto aquela transmite uma ideia categórica, de tudo ou nada, os princípios são dotados de peso¹⁰⁹.

A partir dessa lógica, seria possível que um princípio não fosse aplicado em um caso concreto em detrimento de outro, sem que deixasse de figurar como um princípio legal/jurídico. Os princípios, nesse caso, não são capazes de determinar um resultado particular, pois podem ser subordinados a outros, de maior peso (no caso do direito à saúde, o princípio da dignidade poderia sobressair em detrimento de outro, por exemplo). Entretanto, tudo isso não elimina os princípios subjugados da esfera legal. É importante destacar que, conforme o Dworkin, há a possibilidade de identificá-los como lei, a partir de

¹⁰⁹DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 36; 39-45.

critérios de validade postos pela regra social, e a partir disso seria possível questionar a existência da possibilidade de identificá-los pelo critério da aceitação. Esse seria, todavia, um critério menor. Dworkin diz que ele está presente em qualquer sociedade, mesmo nas primitivas. O critério que, de fato, distingue sociedades juridicamente primitivas de sociedades juridicamente complexas é o da validade. A validade passa a ser o paradigma dessa distinção¹¹⁰.

Levando em consideração o que Dworkin afirma, não há possibilidade de ponderar entre o peso de duas regras, ou entre o peso de uma regra e o peso de um princípio. No que concerne à ponderação entre regras e princípios, ele ressalta que se pondera, de fato, apenas eles, mas que esses poderão indicar a aplicação de uma ou de outra regra jurídica. A tentativa de ponderação de regras, frente a eles, é uma grande ilusão. Isso fica claro quando o autor afasta, definitivamente, o argumento de que os princípios não categóricos (ou seja, aqueles relevantes para a questão da discricionariedade) e as regras diferem-se por outros critérios que não o do peso¹¹¹.

Ainda sobre a norma jurídica, cabe destacar a contribuição de Ferrajoli quando ele diz que diferentemente do conceito de “ato”, de “situação”, de “pessoa” e de “bem”, o conceito de “norma” é naturalmente uma categoria geral da teoria do direito. Veja-se o que o autor diz a respeito:

¹¹⁰ DWORKIN, *Op cit.*, 2001. p. 35 e 41.

¹¹¹ DWORKIN, *Op cit.*, 2001. p. 73-78.

[...] Il concetto di “norma” è stato definito e usato, nella letteratura giuridica, nei sensi e nei contesti più svariati, ma seconda dei diversi approcci – imperativistici, normativistici, logico-analitici, linguistici o realistici – volta a volta prescelti e dei diversi elementi o riferimenti da questi privilegiati: come comando, o come regola o come relazione di dover essere, o come schema o criterio di comportamenti, o come testo precettivo, o come significato giuridico-prescritivo, o come pratica sociale¹¹².

Diante dessa multiplicidade de conceitos, apontada por Ferrajoli, diz o autor que devido às ambiguidades que isso pode gerar, é mais razoável adotar-se tão somente a expressão *norma jurídica*. O autor identifica, ainda, elementos essenciais ao conceito de norma, quais sejam: as normas são regras e como são de natureza linguística, a sua efetividade depende de uma dimensão pragmática. Essa dimensão estará relacionada à dimensão social e à dimensão interpretativa. Outro elemento é o caráter geral e abstrato da norma dentro do sistema jurídico. A positividade também é um elemento da norma¹¹³. O autor adverte, ainda, que a efetividade do direito à saúde não pode se limitar somente à perspectiva de uma simples predisposição de cura, mas deve, também, abarcar a prevenção dentro de um modelo público e gratuito¹¹⁴.

Ainda sobre as fontes do direito, dentre as quais estão as fontes do direito sanitário que “fomentam”/possibilitam a ação do legislativo e do executivo, no que concerne às ações voltadas à efetivação do direito à saúde,

¹¹²FERRAJOLI, *Op cit.*, 2007. p. 415. [Tradução livre]: O conceito de "norma" foi definido e utilizado na literatura jurídica de diversas maneiras e em diferentes contextos, mas com diferentes abordagens: imperativa, normativa, lógico-analítica, linguística ou realista - de tempos em tempos, foram escolhidos os diferentes elementos ou referências contemplados como um comando ou regra; como um relatório; como um padrão de comportamento ou como texto prescritivo, substantivo ou prescrito pela lei ou como uma prática social.

¹¹³FERRAJOLI, *Op cit.*, 2007. p. 415-417.

¹¹⁴FERRAJOLI, *Op cit.*, 2007. p. 411.

não podemos olvidar que Herkenhoff¹¹⁵ diz que *a lei é uma forma de comunicação humana [...] forma imperativa e a hermenêutica jurídica é um processo de comunicação*. Ainda, o autor traz uma sistematização quanto à divisão dos tipos de legislação, em sentido amplo: a Constituição Federal, em nível federal, estadual e municipal; as leis complementares; as normas ordinárias, que são aquelas baixadas pelo Poder Legislativo como sendo sua função típica; e as normas regulamentares, baixadas pelo Poder Executivo, cuja finalidade é explicitar normas ordinárias¹¹⁶.

2.1.2 Análise principiológica da lei 8.080 de 1990

O Brasil precisou de um longo período (aproximadamente 15 anos; talvez esse tempo tenha sido, de fato, necessário para o amadurecimento da discussão da saúde), para iniciar a tentativa de enfrentar o problema do orçamento da saúde, por meio da emenda constitucional 29, do ano de 2000, que até hoje não foi implementada. É um ganho, democrático e social, a edição da lei 8.080 no ano em 1990, pois o direito à saúde, estancado na via constitucional, não teria operacionalidade efetiva. Em que pese a Constituição da República ter utilizado a denominação “diretriz”, o que é notável a partir da

¹¹⁵ HERKENHOFF. João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 6.

¹¹⁶ HERKENHOFF. João Baptista. **Fundamentos de Direito**. Visão panorâmica do universo jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 32.

leitura do artigo 198 da Constituição Federal de 1988¹¹⁷, pode-se, a partir dos ensinamentos de Dworkin, compreender essas “diretrizes” como princípios, e é a partir desse dispositivo que se pensou no conteúdo da lei orgânica da saúde. Tal lei é, sem sombra de dúvida, um dos primeiros passos do legislativo para organizar as questões de saúde. A sua sistematização principiológica é fruto do artigo 198 da Constituição Federal. Veja-se:

CAPÍTULO II

Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência [...]

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde [...]

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo [...]

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população [...]¹¹⁸.

¹¹⁷ Redação do artigo 198 da Constituição Federal de 1988: “As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I – descentralização [...]; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades protetivas [...]; III – participação da comunidade [...]. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

¹¹⁸ BRASIL, **Lei 8.080** de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 24/05/2011.

Face à importância dessa legislação, não só como um avanço, mas também como condição de possibilidade para o entendimento e alcance dos avanços posteriores, faz-se necessário analisar parte do prisma principiológico dessa lei ordinária.

O *Princípio da Competência Concorrente* tem previsão constitucional no artigo 23, inciso II; no artigo 24, inciso XII; no artigo 30, incisos I, II, e VII; e no artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, sob a denominação de *descentralização*. Faz-se necessário recorrer ao conceito de descentralização dado por Di Pietro¹¹⁹:

A descentralização administrativa ocorre quando as atribuições que os entes descentralizados exercem só têm valor jurídico que lhes empresta o ente central; as suas atribuições não decorrem, com força própria, da Constituição, mas do poder central. Já a descentralização política mencionada no inciso IX, do artigo 7º da lei n. 8.090/90, ocorre quando o ente descentralizado exercer atribuições próprias que não decorrem do ente central; é a situação dos Estados-membros da federação e, no Brasil, também dos Municípios.

Ainda sobre a descentralização, Bandeira de Mello diz que a atividade administrativa é descentralizada quando é exercida, em uma das formas mencionadas, por pessoa ou pessoas distintas do Estado¹²⁰.

Assim, o que ocorre, após o exame dos conceitos de descentralização, é que se pode concluir que o caso em tela (previsões constitucionais já elencadas) é uma repartição de competências, o que, no dizer de Dallari, é um compartilhamento organizado entre as competências administrativas e

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 296.

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 139.

legislativas¹²¹. Tal situação não é propriamente uma descentralização entre os entes federativos com a “distribuição” de poderes, sejam administrativos e/ou legislativos.

É por meio dessa concorrência constitucional que é possível “justificar”¹²² a construção atual do Sistema Nacional de Saúde, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal. É extremamente elucidativa a explicação dada por Dallari¹²³:

[...] conforme o disposto na nova ordem constitucional instaurada no Brasil em 1988, a proteção, a defesa e o cuidado da saúde estão sob a responsabilidade das três esferas de governo, cujas ações e serviços devem construir um sistema que represente apenas uma direção em cada uma dessas esferas.

Assim, a redação dos artigos 1º, 4º e 7º, incisos IX, XI e XII, da Lei número 8.090/90 é no sentido de que, por meio do princípio da competência concorrente, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios podem executar serviços sanitários de controle ou assistência, de forma conjunta e organizada, também no sentido dado pelo artigo 194 da Constituição Federal, que conceitua a seguridade social como um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com a finalidade de assegurar os direitos relativos à saúde¹²⁴.

¹²¹ DALLARI, *Op cit.*, 1995. p. 40.

¹²² Essa “justificativa” é apenas legal (no tocante à repartição das competências), visto que a verdadeira justificativa para a construção do Sistema Único de Saúde foi a luta da população através do movimento sanitário.

¹²³ DALLARI, *Op cit.*, 1995. p. 79.

¹²⁴ ELIAS, *Op cit.*, 2008. p. 54.

Cabe salientar que, em consonância com os artigos 24, inciso XII e 30, inciso I, ambos da Constituição Federal, os entes federativos têm também competência concorrente para legislarem sobre o assunto, nos termos dos dispositivos constitucionais¹²⁵. Sendo assim, ocorre a repartição de competências entre os entes federativos dentro do sistema exposto anteriormente, de modo que compartilha de forma subsidiária, do “menor” para o “maior” ente federativo, fruto da obrigação imposta por dispositivo constitucional¹²⁶.

Pelo *Princípio da Unicidade*, entende-se que, como a própria palavra “unicidade” já diz, ele deve ser um serviço único, pois as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, com organização dos serviços públicos, de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos¹²⁷. Tal princípio concede ao Sistema Nacional Sanitário a característica da auto-organização, necessária à consecução do seu fim. O referido princípio também decorre da autonomia do Sistema Sanitário. Pode-se

¹²⁵ Sobre isso, deve-se dizer que, no tocante à hierarquia, essa não é real, e sim subsidiária, pois todos os entes públicos têm o dever da prestação de serviços de saúde, conforme o referido artigo 196 da Constituição Federal e consoante o artigo 1º da Lei n. 8.090/90, que dispõe que “esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”. Ademais, existe a chamada competência concorrente não-cumulativa ou vertical (artigo 24, § 2º da Constituição Federal). Inexiste qualquer imposição entre os entes federativos, mas existe sim uma forma compartilhada e organizada, cujo fim essencial é a saúde pública. Ou seja, todos os envolvidos nesse sistema têm o dever constitucional de executar o serviço dentro de uma forma institucionalizada e organizada, com previsão nas leis de organização do Sistema Único de Saúde e legislação esparsa. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

¹²⁶ Artigo 196 da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

¹²⁷ Artigo 198 da Constituição Federal de 1988 e artigo 7º, XIII, da Lei nº 8.080/90 (Lei orgânica da Saúde). (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

dizer que, na realidade atual do Brasil, não há outro modo de “proteção” à saúde, senão sob o manto do Sistema Único de Saúde¹²⁸.

Segundo esse princípio, as ações e os serviços de saúde devem ser operacionalizados por diversos subsistemas dentro do grande sistema. Esses subsistemas são ministérios, fundações, autarquias e agências, vinculados a cada uma das esferas de governo.

O *Princípio da Participação da Sociedade* conta com a participação social que tem previsão constitucional, bem como infraconstitucional¹²⁹. A participação da sociedade dentro do sistema sanitário já tinha sido contemplada em 1937¹³⁰; todavia, foi com o advento da Constituição de 1988¹³¹ que se teve, efetivamente, a participação dos conselhos na política nacional de saúde. A consolidação de tal participação também foi corroborada pela Lei Orgânica da Saúde. Atualmente, existe o Conselho Nacional de Saúde, o Estadual, o Distrital e o Municipal. Nota-se que esse princípio denota um enorme avanço social, eis que, a partir de então, a sociedade participa das políticas de saúde.

A democratização da discussão do processo saúde/doença, estimulada pela participação social, que pode se dar por meio dos Conselhos de Saúde, nas esferas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, colabora para o desvelamento e o enfrentamento desse paradigma de saúde como mera

¹²⁸ ELIAS, *Op cit.*, 2008. p. 55.

¹²⁹ Ver a Lei Orgânica da Saúde - Lei n. 8.090/90, especialmente os artigos 12 e 13. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

¹³⁰ Ver Lei n. 378/37. (BRASIL. Lei n. 378/37, de 13 de janeiro de 1937. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/L378.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2009.)

¹³¹ Ver artigo 198, inciso III da Constituição Federal. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

ausência de doença. É necessária essa discussão, visto que a saúde é para a sociedade e da sociedade, é um bem da coletividade e, justamente por sê-lo, é essencial que haja a participação dela.

Faz-se necessário pontuar que o texto constitucional faz alusão à participação da iniciativa privada¹³²; entretanto, impõe algumas condições para tal participação na execução desses serviços, bem como para a produção de produtos atrelados à saúde.

O Princípio da Universalidade refere-se ao artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado. É possível extrair desse dispositivo o princípio da universalidade, visto que a universalidade encontra correspondência na efetiva distribuição dos serviços e produtos, para a garantia da saúde pública, com livre e igual acesso para todos os indivíduos.

Uma das limitações é a financeira¹³³, no que tange ao Estado, atendendo ao que é definido no sistema de arrecadação, bem como em consonância com o que os Conselhos de Saúde decidem¹³⁴. Outra questão relevante é a não solidificação dos Fundos de Saúde. A não efetivação e a manutenção dos fundos atrapalham, financeiramente, a gestão de saúde nos âmbitos estadual e municipal. Quaisquer outras limitações são consideradas inconstitucionais e ilegais, na perspectiva de um sistema constitucional que protege o direito à saúde. Esse princípio refere-se à possibilidade de atenção à saúde a todos os brasileiros, de acordo com a necessidade. O que é

¹³² Ver artigos 199 e 200 da Constituição Federal. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

¹³³ Ver artigo 31 da Lei Orgânica da Saúde, que prevê a receita estimada para o orçamento anual de fim social. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007). Os índices de investimento serão vistos, ainda, mas em outro ponto.

¹³⁴ Fundamento constitucional: artigo 198, §§ 1º e 2º. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, *Op cit.*, 2007).

estabelecido é que a Administração Pública deve adotar instrumentos técnicos para o planejamento, de modo a apresentar respostas efetivas às demandas da sociedade, no que tange à saúde.

De acordo com o conteúdo do *Princípio da Preservação*, o Estado deve prever, antever as situações, com o objetivo de evitar malgrados à saúde pública, pois, no âmbito do direito sanitário, não são descritas as consequências de determinadas circunstâncias que o direito irá tutelar. Com efeito, faz-se necessário que, de regra, haja ato fiscalizatório, repressivo, com uso do poder de polícia do Estado, objetivando evitar toda e qualquer ocorrência, de fato, nociva à saúde. Isso ocorre em função de que é impossível, no âmbito da saúde, reconstruir o referido direito, o que acontece com a maioria dos direitos sociais¹³⁵.

O princípio da prevenção está fortemente atrelado ao risco, seja ele biológico, do trabalho, ou até mesmo accidental. A prevenção encontra respaldo constitucional no artigo 198, inciso II da Constituição Federal.

O surgimento do *Princípio da Subsidiariedade* deu-se quando o Estado percebeu que não teria condições de prestar os serviços de saúde, tampouco produzir os produtos necessários sem o auxílio da iniciativa privada. Essa ficou encarregada da saúde daqueles que optaram por uma assistência privada¹³⁶. O próprio constituinte destacou a necessidade da “complementação”, como é visível nos artigos 199, § 1º e 200, da Constituição Federal. Contudo, essas

¹³⁵ ELIAS, *Op cit.*, 2008. p. 57.

¹³⁶ ELIAS, *Op cit.*, 2008. p. 59.

atividades ficam atreladas à fiscalização do Estado, que se dá mediante as Agências Reguladoras, que não são o objetivo do presente estudo.

Parece que a pretensão inicial, ou seja, um sistema que fora criado para atender a todos (princípio da universalidade) acabou por perder lugar e atuação, face a sua precariedade, o que faz com que o acesso universal à saúde não seja tão universal assim. Isso ocorre em função da relação de paradoxalidade que se estabelece, pois a pretendida inclusão/universalização de atendimento, de acesso à saúde, acaba por gerar uma grande exclusão, na medida em que só terá acesso à saúde, de modo efetivo, quem puder pagar, ou seja, aqueles que não podem pagar ficam à mercê de um sistema de saúde deficitário. Tal situação denota claramente o processo de privatização da saúde no Brasil e suas danosas consequências¹³⁷.

Uma legislação como a do Sistema Único de Saúde, tão rica no tocante ao aspecto principiológico, aqui analisado, mostra-se como um avanço na construção e na consolidação do direito à saúde, pois os princípios se constituem na base, e uma lei com bases bastante sólidas é salutar para o SUS.

¹³⁷ É possível notar tal realidade no seguinte caso: privatização de hospitais, ao passo que o SUS (Sistema Único de Saúde) acaba pagando aos referidos hospitais valores pelos serviços prestados. Note-se que o Estado paga ao setor privado para que este realize as suas funções preponderantes, ou seja, atendimento hospitalar, realização de exames médicos, por exemplo. É o que se pode chamar de “indústria da saúde”. Enquanto temos uma medicina estética considerada referência no mundo, temos altas taxas de mortalidade infantil. Apesar de inegáveis avanços na produção de serviços e dos princípios de universalidade e equidade que regem o SUS, como visto anteriormente, ainda se verificam relevantes desigualdades na oferta de recursos e serviços, assim como uma forte influência da posição social dos indivíduos no acesso, utilização e qualidade dos serviços de saúde.

2.1.3 Alguns reflexos na matéria sanitária para efetivar o direito à saúde: legislações, portarias e resoluções

O contexto de 1988 marca um momento importante para a história democrática do país: há um verdadeiro contexto de transformação no Estado e na sociedade; temos um fortalecimento democrático e um avanço social, e a carta magna é um pouco o reflexo disso. Na primeira parte desse subcapítulo, a análise não será cronológica, mas num segundo momento será, especialmente a partir do momento em que se adentra na produção mais pontual e específica do legislativo e do executivo.

A Constituição de 1988 pressupunha uma reconfiguração do papel das três esferas de governo no tocante à saúde. Na esfera do legislativo federal, esse projeto demandava uma imediata definição das bases legais para a organização desse sistema, e a lei orgânica da saúde é o reflexo disso. Na esfera do executivo federal, esse projeto pressupunha uma integração institucional com formulação de uma política nacional de saúde, novas relações entre o gestor federal e os demais atores governamentais e não-governamentais, além de uma verdadeira mudança nas funções da União na saúde¹³⁸.

Essa nova configuração da carta magna de 1988 pretende, dentre outras coisas, uma maior inclusão, visto que a positivação e a regulamentação do

¹³⁸ BAPTISTA, *Op cit.*, 2009. p. 831.

direito à saúde almejam incluir e, para que esse fim seja atendido, é necessária uma adequada divisão constitucional, repartição de competências. É inegável que quando queremos incluir, acabamos por excluir. O direito fraterno possibilita essa compreensão, visto que ele *coloca em questionamento a ideia de cidadania, já que essa, muitas vezes, apresenta-se como excludente; por isso, o direito fraterno centra suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum*¹³⁹. Nota-se que o direito à saúde, cuja uma das finalidades é incluir, acaba por excluir. Aqui o ponto “acesso” é basilar, pois quem de fato não consegue ter acesso a uma das portas de entrada do Sistema Único de Saúde acaba sendo excluído.

Para a análise da produção legislativa e executiva pós-88, é necessário fazermos algumas divisões, especialmente nos primórdios dos anos 90. Num primeiro momento, a análise não será cronológica, seguirá uma divisão por eixo de atuação, conforme Baptista sugere, visto que desse modo é possível traçar alguns aspectos voltados “às preocupações” do executivo e do legislativo em determinados marcos temporais, no tocante ao direito à saúde. De 1990 a 1993, foi o momento de definir as bases institucionais do SUS e, para isso, o legislativo atuou na formulação da Lei Orgânica da Saúde (lei 8.080 de 1990) que foi de autoria do executivo, bem como a Lei Complementar 8.142 de 1990; a Lei da Seguridade Social de 1991; a Lei de Extinção do INAMPS de 1993, todas de autoria do executivo.

A década de 90 mostrou-se como um período de fragilidade para a saúde no tocante ao aspecto financeiro: frágil porque ainda não se tinha um

¹³⁹ VIAL, *Op cit.*, 2007, p. 127.

mínimo a ser investido na saúde; entretanto, mesmo com a emenda constitucional 29, ainda vivenciamos esse momento de fragilidade, visto que os estados, em especial o Rio Grande do Sul, ainda não investem o mínimo constitucional; conflitos na economia, investimentos federais baixos e significativas restrições ao aspecto descentralização, bem como à divisão dos recursos. Em que pese, posteriormente, haver sido aprovada uma fonte de financiamento para a saúde – a CPMF (Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira) em 1996 – isso não deu estabilidade ao sistema público de saúde. Entretanto, o Plano Real, com seu êxito, em 1994, permitiu um novo arranjo político no Brasil, mas reafirmou o liberalismo enquanto política. Os governantes eleitos, em 1995, tentaram elidir os resquícios da política do Governo Vargas, pois a pretensão era construir novos modos de regulação do mercado. Isso teve fortes contornos na saúde, pois, no período de 1995 a 2002, o cenário brasileiro passou por uma reconfiguração de interesses, novos problemas a serem enfrentados. Esse período, conduzido por Fernando Henrique Cardoso, marcou a saúde, em especial, pelo modo de condução das políticas públicas sociais e de saúde, visto que a proposta era uma reforma administrativa, cujo vértice era a redução do tamanho do papel do Estado no tocante ao seu papel¹⁴⁰.

De 95 a 97, temos uma produção de legislação voltada a políticas mais técnicas e a políticas específicas de saúde, ou seja, a preocupação daquele momento era a operacionalização do SUS, tais como lei 9.313 de 1996

¹⁴⁰ BAPTISTA, *Op cit.*, 2009. p. 833-834. Essa divisão temporal é apontada pelo autor e mostrou-se conveniente para a análise.

(iniciativa do legislativo), que define a distribuição de medicamentos para AIDS; lei 9.263 de 1996 (também de iniciativa do legislativo), que definiu o planejamento familiar; lei 9.431 de 1997 (de iniciativa do legislativo), que define o programa de controle das infecções hospitalares, dentre outras de cunho mais técnico.

No período de 1998 a 2002, a produção legislativa está focada na regulação de um mercado de saúde (intervencionismo regulatório) e na definição de algumas ações específicas. Em 1998, cria-se a lei 9.656, que regula os planos e seguros privados de saúde; em 2000, cria-se a lei 9.961, que institui a ANS; ambas de iniciativa do legislativo e, em 2002, a lei 10.507 institucionaliza a profissão do agente comunitário (isso foi um ganho para a saúde pública), de iniciativa do executivo.

De modo geral, pode-se dizer que a produção legislativa desse período, de 1995 a 1997, estavam focadas nas demandas mais latentes, e essas eram de ordem técnica e social; havia a necessidade de aprimoramento do direito à saúde previsto na constituição. O paradigma muda de 1998 em diante: nesse momento, o Estado passou a focar o aspecto regulatório da saúde, numa perspectiva da lógica de consumidor. Entretanto, a aprovação da lei da AIDS, em 1996, mostra o quão frágil o Estado brasileiro era (é), pois havia uma impossibilidade de responder à demanda por medicamentos, e isso fez com que grupos específicos buscassem caminhos alternativos para pleitear a busca dos seus direitos¹⁴¹; um desses caminhos foi o ajuizamento de ações.

¹⁴¹ BAPTISTA, *Op cit.*, 2009. p. 834-835.

O Ministério da Saúde passou por um momento de fragilidade, de engessamento, visto que, no período de 1990 a 2002, as limitações na tentativa de concretização do direito à saúde eram grandes: uma na área de recursos humanos (formação profissional e gestão do trabalho) e a outra no que diz respeito a insumos para a saúde¹⁴². Ambas são nítidas, todavia, nota-se que, após 2002, há um esforço para consolidar uma política de humanização no SUS, formação e capacitação dos recursos humanos disponíveis.

No ano de 2000 (tardamente)¹⁴³, consegue-se aprovar a emenda constitucional 29, que prevê o mínimo de investimentos em saúde por parte dos entes federados, mas ainda se está na espera da legislação para a regulamentação disso. Em 2003, as políticas públicas tomam outro rumo. Com o Governo Lula, tem-se um projeto político voltado à mudança do papel do Estado; tem-se a retomada das políticas a longo prazo e a pretensão de redução de desigualdades. Nesse momento, fica mais palpável a construção de uma política de recursos humanos para o SUS, bem como de políticas para orientar a produção de insumos para a saúde. Em 2004, o Ministério da Saúde

¹⁴² MACHADO, C. **Direito universal, política nacional**: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002. Rio de Janeiro: Editora Museu da República, 2007. p. 36.

¹⁴³ É extremamente tarde aprovar só no ano 2000 a aprovação da emenda constitucional 29, que tratou do financiamento da saúde. A temática do financiamento é essencial, visto que é condição de possibilidade para o bom funcionamento do sistema público de saúde termos as responsabilidades de investimento bem definidas. Cabe destacar a notícia trazida pelo Deputado Federal Osmar Terra no seu site (<<http://www.osmarterra.com.br/noticia.php?idnoticia=153>>): deputado acompanhou, recentemente, o presidente da Comissão de Seguridade Social e Família, Saraiva Felipe e outros integrantes da comissão em audiência com o presidente da Câmara, Marco Maia, quando foi informado de que há acordo com o governo para votar a proposta de regulamentação da Emenda Constitucional 29, que amplia os recursos para a área de saúde. O governo concordou em retirar do texto a criação da Contribuição Social para a Saúde (CSS), que seria cobrada nos moldes da extinta CPMF, com alíquota de 0,1% sobre as transações financeiras – depósitos, saques e transferências.

consegue implementar o programa Farmácia Popular, com medicamentos subsidiados pelo governo federal. Nota-se, em última análise, que o legislativo tornou-se um palco de negociações entre governo e setor de saúde¹⁴⁴.

No tocante à evolução da regulamentação na área da saúde, é relevante destacar que a evolução não se aterá, tão somente, à produção legislativa; a produção do executivo também será analisada. Sendo assim, já que boa parte da regulamentação e da normatização do direito à saúde dá-se mediante resolução e portaria, é oportuno esclarecer que resolução é ato decidido por órgão colegiado; portaria é ato decidido por uma só pessoa (exemplo: uma portaria do ministro da saúde).

A análise dessa evolução dar-se-á mediante alguns recortes para facilitar a observação, ou seja, só as principais produções serão objetos da análise e, a partir de então, seguiremos um critério cronológico. Os atos mais singelos do executivo não serão objetos desse ponto. O esgotamento da produção legislativa e executiva não é a pretensão desse tópico; assim, serão analisados somente os principais avanços. Para essa parte, foram duas as principais fontes de pesquisa no tocante à legislação e normatização por parte do executivo: site do Planalto (<http://www.planalto.gov.br/leg.asp>) e do Ministério da Saúde (<http://portal.saude.gov.br/portal/saude/default.cfm>).

Em 1988, foi criado, pelo Ministério da Saúde, o Conselho de Hemoterapia, através da portaria 725 do MS, de 1988. Em 1989, a portaria 16 do MS aprova o regimento da vigilância sanitária nacional. Ainda nesse mesmo ano, a portaria 582 do MS cria o Sistema Integrado de Apoio ao

¹⁴⁴ BAPTISTA, *Op cit.*, 2009. p. 834-835.

Desenvolvimento de Procedimento Tecnológico em Saúde - SITECS. Em 19 de setembro de 1990, é aprovada a lei nº 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes. Em 28 de dezembro de 1990, é aprovada a lei nº 8.142, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e abordou as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Ainda em 1990, MS edita a portaria 1259, que objetivava realizar pesquisa de caráter nacional, destinada a produzir um diagnóstico antropométrico e levantar dados biossociais dos adolescentes.

Ainda em 1990, o MS edita a portaria 36, que versava sobre saneamento básico, aprovava normas e o padrão de potabilidade da água destinada ao consumo humano, a serem observados em todo o território nacional. Em 1992, o MS edita a resolução 258, que tratava da aprovação da norma operacional básica/SUS 01/91, a qual trata da nova política de financiamento do Sistema Único de Saúde.

O MS, em 1991, edita a resolução 13, que regulamentava a implantação da municipalização, fixa requisitos de que os municípios deverão dispor para receber, automática e diretamente, os recursos de custeio do SUS. Em 1992, o MS edita a resolução 25, que aprovava o documento do Programa Nacional de Agentes Comunitários de Saúde (PNACS). Em 1993, o MS edita a portaria nº 545, que estabelecia normas e procedimentos reguladores do processo de descentralização da gestão das ações e serviços de saúde, através da norma operacional básica - SUS 01/93.

Ainda em 1993, o Estado do Rio Grande do Sul, diante das reiteradas demandas, aprova a lei estadual nº 9.908/93, que previa o dever de fornecer medicamentos de uso contínuo e para o tratamento de doenças graves aos doentes que não tivessem condições de arcar com os seus custos. Essa lei foi um avanço na medida em que servia de fundamento para o judiciário deferir medicamentos importados, não registrados no Brasil, mas que, na época, mostravam-se como sendo os únicos medicamentos capazes de atender aos casos mais graves de AIDS, visto que o SUS não contemplava esse medicamento e não tínhamos uma política pública voltada à AIDS, como temos nos dias de hoje.

Em 1994, o CNS aprova a resolução nº122, que propunha ao Ministério da Saúde que promovesse, juntamente com as demais esferas gestoras do SUS, estudos para identificar novas formas e bases de financiamento do sistema de saúde, de acordo com a legislação em vigor, respeitando a intransferibilidade da gestão de serviço público a terceiros e determina que, feitos os estudos, esses devem ser submetidos à apreciação do CNS.

Em 1995, o MS edita a portaria nº 1565, que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, sua abrangência, esclarece a competência das três esferas de governo e estabelece as bases para a descentralização da execução de serviços e ações de vigilância em saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde. No ano de 1996, o MS edita a portaria nº 2203, que aprovava a NOB 1/96, no sentido de redefinir o modelo de gestão do Sistema Único de Saúde, constituindo, por conseguinte, instrumento imprescindível à viabilização

da atenção integral à saúde da população e ao disciplinamento das relações entre as três esferas de gestão do sistema.

Em 1996, depois que o Poder Judiciário recebeu inúmeras demandas solicitando medicamentos para o HIV/AIDS, é aprovada a lei nº 9.313/1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Em 1997, o CNS, por meio da resolução nº 258, solicita ao Ministério da Saúde que proceda à normatização e à regulamentação do atendimento nos casos de aborto legal pelo SUS. No ano de 1997, temos a edição de duas leis extremamente pertinentes ao direito à saúde: a lei nº 9.434, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências; e a lei nº 9.431, que dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de programa de controle de infecções hospitalares, pelos hospitais do país.

Até 1998, nota-se que havia uma preocupação em instrumentalizar o Sistema Único de Saúde por meio de resoluções, portarias e legislação. A normatização e a regulação do SUS deram-se, na sua maior parte, por meio de atos mais singelos, tais como portarias e resoluções. O cerne da questão era “organizar” estruturalmente o SUS.

Em 1998, o MS edita as resoluções 259, 263 e 264, que autorizavam os estabelecimentos credenciados à retirada de rins, fígado e córneas. Essa normatização foi essencial para que o SUS operacionalizasse de modo mais concreto a questão dos transplantes. Ainda em 1998, a portaria 486 constituiu uma comissão de descentralização com a atribuição de implementar o

processo de descentralização das ações e dos serviços de saúde, da Fundação Nacional de Saúde, em articulação com a Secretaria de Assistência à Saúde do Ministério da Saúde. Dez anos depois da constitucionalização do direito à saúde e da repartição desse dever, ainda se está tentando concretizar a descentralização.

O MS edita a portaria 3925, em 1998, com o objetivo de aprovar o manual para a organização da atenção básica no Sistema Único de Saúde. No mesmo ano, o CNS estabelece a política de medicamentos genéricos, integrada à política nacional de medicamentos, a promoção da disponibilidade do medicamento genérico no mercado brasileiro e o seu acesso às diferentes camadas da população. Definiu o medicamento genérico. Aprovou as diretrizes da política de medicamentos genéricos e estabeleceu os instrumentos e mecanismos para a sua implementação. Recomendou a convocação da primeira conferência nacional de assistência farmacêutica e vigilância sanitária, proposta pela décima conferência nacional de saúde, a ser promovida no ano de 1999.

A resolução 291, do MS, de 1999, aprovou o regimento interno do Conselho Nacional de Saúde em sua versão final, após parecer da consultoria jurídica do Ministério da Saúde, 11 anos depois da previsão constitucional dos conselhos. A portaria 221 do MS determinou que, a partir de 1º de julho de 1999, todas as unidades hospitalares situadas no território nacional, públicas e privadas, integrantes ou não do SUS, passem a informar ao Ministério da Saúde, por intermédio do gestor local do SUS (Secretaria Estadual de Saúde/SES ou Secretaria Municipal de Saúde/SMS), a ocorrência de todos os

eventos de internação hospitalar, independentemente da fonte de remuneração dos serviços prestados. Esse foi um grande avanço, pois é um mecanismo inteligente para que se tenha um acompanhamento acerca das internações hospitalares, e isso evita, de certo modo, as “duplas portas de entrada” para internação nos hospitais.

A lei nº 9.797 de 1999 dispôs sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS – nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer. Esse foi um grande avanço, pois a partir disso nota-se que o velho conceito de saúde como mera ausência de doença está superado, visto que uma cirurgia de recuperação de mama transcende o aspecto da doença, haja vista que essa recuperação está atrelada ao bem-estar psicológico da mulher. No mesmo ano, temos a aprovação da lei nº 9.782 que definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, essa lei criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária. A criação do Sistema de Vigilância Sanitária é outro avanço, visto que a partir da Vigilância Sanitária estabelece-se um policiamento de cunho fiscalizatório sobre as atividades atinentes à saúde.

Em 2000, temos a emenda constitucional nº 29, de 13 de setembro, que alterou os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao ato das disposições constitucionais transitórias para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Edita-se, ainda no ano de 2000, a lei nº 10.098, que estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas

portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Em 2001, o MS edita a portaria 181, que versava sobre a aprovação do plano de trabalho de apoio às ações de saúde, objetivando a produção e a distribuição de *kits* de medicamentos para atendimento do programa farmácia popular - Programa Saúde da Família.

No período de 2002 a 2005, com base na produção verificada nesse momento, nota-se uma preocupação com a instituição de algumas políticas públicas, por meio da legislação: a lei nº 10.439, de 30 de abril de 2002 instituiu o dia nacional de prevenção e combate à hipertensão arterial; a lei nº 10.449, de 9 de maio de 2002, dispôs sobre a comercialização de preservativos masculinos de látex de borracha; a lei nº 10.456, de 13 de maio de 2002, instituiu o dia nacional de combate ao glaucoma; a lei nº 10.465, de 27 de maio de 2002, instituiu o dia 25 de outubro como dia nacional da saúde bucal.

Temos, ainda, a lei nº 10.507, de 10 de julho de 2002, que criou a profissão de agente comunitário de saúde. A portaria do Ministério da Saúde nº 373, de 27 de fevereiro de 2002, aprova a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002, que ampliou as responsabilidades dos municípios na atenção básica e estabeleceu o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade, criou mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do Sistema Único de Saúde e procedeu à atualização dos critérios de habilitação de estados e municípios.

A portaria do Ministério da Saúde nº 221, em 15 de fevereiro de 2005, instituiu a política nacional de atenção de alta complexidade em trauma-

ortopedia. Já a portaria do Ministério da Saúde nº 486, de 31 de março de 2005, instituiu a política nacional de procedimentos cirúrgicos eletivos de média complexidade. A portaria do Ministério da Saúde nº 843, de 2 de julho de 2005, criou a rede brasileira de produção pública de medicamentos.

Nota-se que, mesmo com a portaria do Ministério da Saúde, as demandas referentes à cirurgia na área da traumatologia e ortopedia ainda são latentes, veja-se alguns exemplos de julgados:

Ementa: AGRAVO. APELAÇÕES CÍVEIS DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. AVALIAÇÃO E CIRURGIA NA ESPECIALIDADE DE TRAUMATOLOGIA E CIRURGIA PLÁSTICA A NECESSITADO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E PELO MUNICÍPIO. LEGITIMIDADE PASSIVA. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público o medicamento necessário. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. O Estado e o Município possuem legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de tratamento e cirurgia a necessitado, devendo responder pelos medicamentos pleiteados no processo. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRS, STJ e STF. DEFENSORIA PÚBLICA. MUNICÍPIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Em relação ao Município, sendo a Defensoria Pública um órgão do Estado do Rio Grande do Sul e a ação ajuizada também contra Município, ausente confusão entre credor e devedor. Agravo desprovido¹⁴⁵.

Essa ementa é apenas um exemplo das demandas de cirurgia de traumatologia. É uma realidade constante, a qual o Sistema Único de Saúde ainda não atende de modo satisfatório. Sendo assim, resta a via judicial para

¹⁴⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo Nº 70039339064**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 11/11/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cirurgia+de+traumatologia+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 26/07/2011.

efetivar o direito à saúde, direito esse altamente complexo, pois vai desde um procedimento singelo (consulta médica) até uma cirurgia de traumatologia.

Ementa: DECISÃO MONOCRÁTICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MOLÉSTIA: FRATURA DO TETO ACETABULAR COM DESLOCAMENTO À DIREITA. TRATAMENTO: CIRURGIA EM HOSPITAL DE ALTA COMPLEXIDADE EM TRAUMATOLOGIA E EQUIPE ESPECIALIZADA EM CIRURGIA DE BACIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. O Município é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda que visa disponibilizar tratamento médico, independentemente de qual seja este, tendo em vista que o art. 23 da CF prevê como competência comum da União, Estado, Distrito Federal e Município, cuidar da saúde. PLANO ORÇAMENTÁRIO, PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E PRINCÍPIO DA IGUALDADE. Não há nos autos prova de que o Município não tenha condições de custear o tratamento postulado pelo autor ou que existam outras prioridades que com o custeio do tratamento acabariam por ficar desatendidas, prejudicando a comunidade. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO¹⁴⁶.

As demandas apresentadas são posteriores ao ano da regulamentação do Ministério da Saúde, ou seja, mais uma vez, só a regulamentação não foi eficiente o suficiente para *minimizar* e/ou suprir a demanda dos usuários. Entretanto, é salutar destacar que há o entendimento de que é dispensável a exaustão na via administrativa. Todavia, isso pode gerar uma demanda judicial desnecessária, visto que é condição de possibilidade para o melhor funcionamento do Sistema Único de Saúde o usuário pleitear o seu pedido em

¹⁴⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70033685462**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 03/12/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cirurgia+de+traumatologia+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=> Acesso em: 26/07/2011.

alguma das portas de entrada do sistema e, se isso não for suficiente, parece oportuno tentar a via administrativa, ou seja, a Secretaria de Saúde.

No ano de 2006, temos mais um avanço: a operacionalização e o planejamento do SUS. A portaria 251 criou o comitê de operacionalização do sistema de planejamento do SUS. No mesmo ano, na resolução 349, a intersetorialidade aparece novamente: foi aprovada a criação da comissão intersetorial de comunicação e informação em saúde. Outro avanço considerável foi a portaria 399, de 2006, que divulgou o Pacto pela Saúde, consolidação do SUS, e aprovou as diretrizes operacionais do referido pacto.

Só no ano de 2006 é que a população idosa foi objeto de uma política específica: a portaria 2.528 aprovou a política nacional de saúde da pessoa idosa. No Rio Grande do Sul, tem-se a política pública “RS Amigo do Idoso”¹⁴⁷, que foi coordenada por Sandra Vial, fruto desse avanço.

Para o Rio Grande do Sul, 2007 foi um ano importante para a questão dos transplantes, visto que o MS editou a portaria 394, que autorizou, no âmbito do estado do Rio Grande do Sul, o Hospital da Cidade de Passo Fundo (HCPF) e o Hospital de Caridade Nossa Senhora Auxiliadora de Rosário do Sul

¹⁴⁷ Levando em consideração que o estado do Rio Grande do Sul é o segundo estado brasileiro em número de idosos e o primeiro em expectativa de vida, o RS instituiu uma política pública para propiciar condições e estruturas sociais capazes de dar respostas às necessidades dos idosos e de suas famílias. O Programa RS Amigo do Idoso é um conjunto de ações articuladas e intersetoriais a serem desenvolvidas pelos órgãos públicos estaduais, a fim de tornar o envelhecimento e a pessoa idosa prioridade no Estado na gestão 2008-2010. Durante esse processo de construção, representações de idosos foram ouvidas e envolvidas, o que gerou indicativos de ações prioritárias para responder às demandas mais emergentes. A pretensão era desenvolver ações que propiciassem a inclusão social das pessoas idosas, respeitando a heterogeneidade, a diversidade cultural, regional, étnica, racial, de orientação sexual, potencialidades e habilidades, assim como a questão de gênero, estimulando a emancipação, autonomia e independência nas atividades cotidianas, como forma de garantir o exercício da cidadania. Maiores informações consultar o sítio da Escola de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Sul: <<http://www.esp.rs.gov.br/default.asp?mostra=3&id=351>>.

a realizar os procedimentos de busca ativa e captação de múltiplos órgãos e tecidos.

No tocante à participação social, em 2007 foi editada pelo MS a portaria 3027, que aprovou a política nacional de gestão estratégica e participativa no SUS - Participasus.

Em 2008, é editada a portaria 727, MS, que instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo *transexualizador*, a ser implantado nas unidades federadas, face à ação judicial proposta no estado do Rio Grande do Sul pelo Ministério Público Federal. Para cumprir a determinação judicial, o ministério editou essa resolução.

No dia 14 de maio de 2009, tem-se o decreto do poder executivo para convocar a 1ª Conferência Nacional de Saúde Ambiental, mais de vinte anos depois da constitucionalização do direito à saúde e do direito ao meio ambiente saudável.

Ainda em 2009, a portaria nº 2.048 aprova o regulamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Em 2010, a portaria nº 480 incluiu na tabela de procedimentos do Sistema Único de Saúde medicamentos, órteses/próteses e materiais especiais (incluiu tratamento para usuários de drogas; para portadores de doença mental), essas temáticas foram/são objeto de fortes demandas judiciais.

Além da legislação, das portarias e das resoluções para a efetivação do direito à saúde, o controle social também se mostra relevante nesse processo. A participação popular é vital para o processo de concretização desse direito. O

próximo capítulo tratará, especificamente, desse elo “controle social e direito à saúde”.

2.2 O controle social e a municipalização: as suas influências no processo de formação do direito à saúde

Nesse, ponto abordaremos a relevância e o papel do controle social, no tocante aos conselhos de saúde e aos movimentos sociais, para a concretização do direito à saúde. Além disso, analisaremos o processo de municipalização da saúde em Porto Alegre e a suas interfaces no direito sanitário gaúcho, visto que o enfoque, nesse aspecto, é o Rio Grande do Sul. Esse é um momento de mudança de paradigma na construção desse direito, pois se transita pela descentralização e pela municipalização do direito à saúde. Além disso, analisaremos o impacto do controle social no Rio Grande do Sul no que diz respeito à concretização da saúde.

2.2.1 O controle social e os movimentos sociais

Dentro da história do direito à saúde no Rio Grande do Sul, o controle social exerceu um importante papel por meio dos movimentos sociais. A concepção de movimento social aqui usada é aquela atrelada à expressão das forças interessadas e capazes, de algum modo, em exigir ou potencializar a viabilização das políticas públicas, ou seja, a ação do Estado no setor saúde. A discussão é orientada por estratégias de mobilização com olhos à

transformação do *status* desse direito. Trata-se, pois, da complexa relação entre Estado e Movimento Social, enquanto processo político de verdadeira interação entre esses polos¹⁴⁸.

No tocante à questão da participação popular, de usuários nos fóruns de discussão institucionalizados, é relevante destacar que isso já foi, de certo modo, redesenhado por Offe (1984)¹⁴⁹ e Habermas (1987)¹⁵⁰, visto que é concedido um espaço importantíssimo a esses “atores” na construção de um novo tipo de hegemonia política.

O movimento sanitário foi um exemplo, pois foi de fato um movimento, uma “reunião de interesses socialmente aceitos”. Não podemos olvidar que os conselhos de saúde representam, também, uma articulação de ações sociais que conseguem ocupar um espaço legitimado pelo Estado. Isso ocorre com a inserção constitucional dos conselhos de saúde na Constituição de 1988.

O movimento sanitário, entendido como *um conjunto organizado de pessoas e grupos partidários ou não, articulados ao redor de um projeto*¹⁵¹, tinha na sua base de articulação diversos saberes envolvidos, o que possibilitava o questionamento ao Estado, envolvendo as mais diversas demandas de saúde. Era um modo de influenciar a própria dinâmica do Estado.

¹⁴⁸ COSTA, Nilson do Rosário [et tal] (Orgs). **Demandas populares, políticas públicas e saúde**. v. 11. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 11; 14-15; 23.

¹⁴⁹ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

¹⁵⁰ HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. **Cadernos CEBRAP**. São Paulo, setembro de 1987, n. 18, p. 103-114.

¹⁵¹ PAIN, Jairmilson Silva. Bases conceituais da reforma sanitária brasileira. FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. In: **Saúde e Democracia** – A luta do CEBES. Sonia Fleury (Org.). São Paulo: Lemos Editorial & Gráficos Ltda., 1997. p.11.

Pode-se dizer que o Movimento Nacional da Luta Antimanicomial, que se desencadeou em meio ao processo de redemocratização do país, teve relevante papel no Rio Grande do Sul, visto que a partir desse movimento, que pleiteava elidir o tratamento excludente dado ao portador de doença mental e a mercantilização da psiquiatria. O objetivo era a reorientação do modelo assistencial ao doente psiquiátrico. No dia 30 de junho de 1992, foi aprovada a lei estadual 9.716, projeto apresentado pelo então deputado estadual Marcos Rolin e pelo atual vice-governador, Beto Grill. O projeto foi pauta de discussão no Fórum Gaúcho de Saúde Mental. Naquele ano, essa era a instância estadual do Movimento Nacional da Luta Antimanicomial. O estado foi inovador no tocante a essa produção legislativa. O movimento irritou o sistema da política e, a partir disso, teve-se a produção da lei. Depois da edição dessa, outros estados brasileiros seguiram o modelo¹⁵².

O papel dos conselhos, enquanto controle social, é extremamente relevante, como é nitidamente visível na discussão, construção e efetivação do direito à saúde.

Quando se pensa em controle social, é extremamente oportuno lembrarmos a frase de Berlinguer¹⁵³ em que ele define conscientização sanitária como a *tomada de consciência de que a saúde é um direito da pessoa e um interesse da comunidade*. Para um controle social efetivo, é condição de possibilidade que haja tal conscientização.

¹⁵² CUNHA, Renoir. Direito Sanitário, Ministério Público e Reforma Psiquiátrica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 5, n. 1, março de 2004, p. 87-106. p. 86 e 101.

¹⁵³ BERLINGER, G. **Medicina e Política**. Tradução de B. Giuliani. São Paulo: Cebes /Hucitec, 1978. p. 05.

Quando pensamos em participação, é inviável escaparmos do viés da participação comunitária, que na saúde é compreendida como

[...] um canal importante de relação entre o Estado, os trabalhadores e a sociedade na definição e no alcance de objetivos setoriais de saúde, ao mesmo tempo orientada para a modificação favorável dos determinantes sociais de saúde tendo em vista a conquista de maior autonomia da comunidade em relação a tais determinantes ou aos próprios serviços de saúde e ao desenvolvimento da sociedade¹⁵⁴.

Essa participação foi prevista na esfera constitucional e institucionalizada de modo mais específico pela legislação infraconstitucional, por meio da lei 8.142, artigo 1º, alíneas I e II, que estabelece que o Sistema Único de Saúde (SUS) terá, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, as seguintes instâncias colegiadas: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde.

O próprio controle social é pauta de discussão dentro dele próprio; em especial no Conselho Nacional de Saúde, ele ainda está em processo de construção e sofisticação. A discussão é anterior, e ao mesmo tempo, contemporânea, como se vislumbra na tabela a seguir:

¹⁵⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009. p. 143-144.

CNS	Ano	Temas
8ª	1986	1. Saúde como direito. 2. Reformulação do Sistema Nacional de Saúde. 3. Financiamento do setor.
9ª	1992	Tema central: Municipalização é o caminho. Temas específicos: 1. Sociedade, governo e saúde. 2. Implantação do SUS. 3. Controle social. 4. Outras deliberações e recomendações.
10ª	1996	1. Saúde, cidadania e políticas públicas. 2. Gestão e organização dos serviços de saúde. 3. Controle social na saúde. 4. Financiamento da saúde. 5. Recursos humanos para a saúde. 6. Atenção integral à saúde.
11ª	2000	Tema central: Efetivando o SUS – Acesso, qualidade e humanização na atenção à saúde com controle social.
12ª	2003	Tema central: Saúde direito de todos e dever do Estado, o SUS que temos e o SUS que queremos. Eixos temáticos: 1. Direito à saúde. 2. A Seguridade Social e a saúde. 3. A intersetorialidade das ações de saúde. 4. As três esferas de governo e a construção do SUS. 5. A organização da atenção à saúde. 6. Controle social e gestão participativa. 7. O trabalho na saúde. 8. Ciência e tecnologia e a saúde. 9. O financiamento da saúde. 10. Comunicação e informação em saúde.
13ª	2007	Tema central: Saúde e qualidade de vida, políticas de estado e desenvolvimento. Eixos temáticos: 1. Desafios para a efetivação do direito humano à saúde no Século XXI: Estado, sociedade e padrões de desenvolvimento. 2. Políticas públicas para a saúde e qualidade de vida: o SUS na Seguridade Social e o pacto pela saúde. 3. A participação da sociedade na efetivação do direito humano à saúde.

Título: Conselho Nacional de Saúde: temas de discussão. FONTE: BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos**. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009. p. 150.

Reclamar por participação e querê-la de modo efetivo não é querer um Estado paternalista, é sim exercer cidadania, exercer o direito de participação e

o de ter um serviço público de saúde de qualidade, é querer que o Sistema Único de Saúde efetivamente dê certo. Nesse sentido, são oportunas as palavras de Boaventura¹⁵⁵:

A sociedade civil é o local da solidariedade, da busca coletiva, do diálogo entre interesses, dos valores éticos. A reforma democrática do Estado deve reconhecer e garantir o poder da sociedade civil. As políticas públicas devem valorizar a legitimidade dos postos eletivos, a capacidade política dos governantes, a responsabilidade pública dos servidores e o trabalho comunitário. Os usuários dos serviços públicos não devem ser definidos e tratados como clientes, mas como cidadãos com direitos, inclusive o de participação. Desses posicionamentos deve decorrer o conceito de qualidade total do serviço público.

Se partirmos da premissa de que a saúde é um bem cuja relevância é pública, é mais do que justificável o fato de que as leis e as tomadas de decisão atinentes à saúde devam passar pelo controle social sim. O controle social é fruto da própria reforma sanitária, visto que é nesse contexto que temos a consciência e a participação da população após um período ditatorial, durante o qual sequer a participação da sociedade era permitida. É o momento em que os movimentos sociais ganham mais espaço. Os conselhos acabam por ser o modo, a ferramenta pela qual os movimentos comunicam e tentam irritar os sistemas sociais. O próprio SUS é fruto de uma conquista popular dos brasileiros.

¹⁵⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. A participação popular na administração da justiça no Estado capitalista. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). In: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público (Org.). **A participação Popular na Administração da Justiça**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982. p. 83-98.

A participação da própria comunidade tem previsão constitucional, artigo 198, I, II e III da carta magna. Aith¹⁵⁶ entende que a gestão governamental de ações e serviços públicos de saúde deve acontecer num espaço de uma *democracia sanitária*, cuja característica essencial seja a participação, pois o poder político deve ser exercido pelo povo.

Interessam-nos, no âmbito da participação popular, em especial nos conselhos, as “pactuações” realizadas no Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. Conforme Vial¹⁵⁷, *a fraternidade que foi esquecida, retorna hoje com seu significado originário de compartilhar, de pacto entre iguais, de identidade comum* e, na participação popular, temos esse “pacto entre iguais”; há igualdade e não hierarquia no conselho, ao menos em tese, e há “identidade comum”, que é justamente a fruição do *status* de cidadão exercida por meio dessa participação popular. Essa igualdade não está se referindo tão somente a uma igualdade formal, de direito, mas sim à igualdade que garanta aos indivíduos a possibilidade de serem livres para realizarem escolhas. No CES do Rio Grande do Sul, nota-se que uma das principais pactuações foi e é o orçamento e o investimento em saúde, conforme será visto *a posteriori*. A pactuação mor do CES tem sido refutar o orçamento estadual de saúde face a sua falta de comprometimento com a efetividade da emenda constitucional 29.

Essa é uma análise do controle social. Para tecermos um outro olhar, é necessário levarmos em conta que os sistemas de comunicação se auto constituem mediante a distinção *médium/forma*. Essa distinção é extremamente pertinente, pois a comunicação só é possível diante dessa

¹⁵⁶ AITH, *Op cit.*, 2007. p. 155.

¹⁵⁷ VIAL, *Op cit.*, 2006. p. 119-120.

diferença. A comunicação na sociedade desenvolve diferentes meios e formas, e isso varia conforme o problema¹⁵⁸.

No caso do Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, pode-se dizer que ele tem observado e tem tentado comunicar, mas essa comunicação nem sempre é compreendida pelo Estado, já que a compreensão é um evento altamente improvável.

Ainda sobre a participação popular, cabe destacar a contribuição de Vial¹⁵⁹, no tocante à ideia de que a exclusão social pode ser um fator que gera uma baixa participação da sociedade na tomada de decisão, e isso tem algumas peculiaridades. Veja-se o que a autora observa:

[...] a dramaticidade desse problema que leva a entender a participação como um fator decisivo para a vida política brasileira. Assim, pensa-se que há de se fazer tudo para acessar a vida pública, facilitar a comunicação, formar e difundir idéias coletivas. Porém [...] os instrumentos que podem ser utilizados para favorecer a participação são relativamente poucos: associação, partidos, instituições de mediação e de comunicação pública e outras formas do mesmo gênero [...] a forma organizacional é sempre uma forma muito seletiva: nem todos podem fazer parte e não podem decidir como desejam [...] Temos uma forte personalização da discussão pública, pouca legitimação dos órgãos administrativos e baixa especificação funcional – e exatamente nesses contextos que se reclama maior participação!

Esse contexto apresentado pela autora situa-nos numa realidade paradoxal e crucial: a participação popular encontra diversas barreiras para se concretizar e nota-se que há dificuldades em publicizar a discussão que

¹⁵⁸ LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Nafarrete. México: Herder, 2007. p. 145; 149; 155 e 156.

¹⁵⁹ VIAL, Sandra R. M. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. STRECK, L; MORAIS, J. L. B. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-216. p. 213-214.

deveria ser pública; há uma *personificação* nessas discussões. É essencial alargarmos os canais de comunicação no tocante à participação popular, pois esse é um caminho para termos mais participação.

Sabe-se que *cada comunicação contribui basicamente para a construção da realidade naquilo que ela pode aproveitar*. Dentro dessa perspectiva, *a esfera pública pode ser definida como o ambiente social interno dos subsistemas sociais –, isto é, de todas as suas interações e de suas organizações –, mas também dos movimentos sociais*. Assim, a opinião pública é o ambiente interno do sistema político das organizações e das interações políticas. É um saber de fundo, que continua a se desenvolver¹⁶⁰, e nesse contexto a constante atualização do CES, por meio das conferências, é essa “atualização da observação”.

O Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul até poderia ser visualizado como médium da própria sociedade, o modo pelo qual a participação popular tenta comunicar. Entretanto, não podemos olvidar que além das características que Luhmann cita para demonstrar improbabilidade da compreensão da comunicação, devemos levar em consideração que a própria sociedade é comunicação, e essa, por si só, não pode comunicar. Como ela não é possível, a própria sociedade depende da construção de estruturas capazes de levá-la adiante, ou seja, entrelaçando-a com outras comunicações, já que a sociedade é uma malha de comunicação. Essas estruturas são identificadas como organizações.

¹⁶⁰LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005. p. 167-169.

As organizações, então, caracterizam-se como estruturas formadas por decisões e que podem tomar decisões. Nota-se, aqui, que o Conselho de Saúde pode ser visto como uma organização capaz de tomar decisões atreladas à saúde. Nesse contexto, nenhuma intervenção é possível diretamente nos sistemas sociais, mas tão somente em suas organizações. Por isso, penso que qualquer a análise dos conselhos de saúde deva partir, em primeiro lugar, de uma “sociologia organizacional”, buscando contextualizá-los enquanto uma forma de sistema social capaz de decidir e produzir comunicações sobre uma temática específica: direito à saúde.

A partir disso, visualizo o conselho como estrutura, pois me parece que médium não seria o mais adequado, face à improbabilidade da comunicação. Nessa perspectiva, o conselho de saúde poderia ser visto como uma forma do sistema social (organizacional) tematizar decisões mediante uma lógica específica.

Um dos possíveis problemas é justamente a operacionalização dessa comunicação no meio social, a qual assumiria a forma de “pressão” ou “controle social”. O maior problema seria justamente superar as improbabilidades dessa comunicação, possibilitando que outras instâncias sociais (sistemas) “entendessem” as decisões do conselho enquanto organização, para que essas decisões tivessem, inclusive, efetividade. Para o direito, isso é um problema, pois a pressão social apenas adquire relevância jurídica quando o próprio direito consegue estabelecer (por seu fechamento) critérios de abertura para que tais perturbações/irritações possam ser operacionalizadas juridicamente.

O maior problema é justamente conseguir essa aceitação política da comunicação produzida pelos conselhos. Por isso acho improvável a utilização da expressão “controle social”. Talvez “participação popular” fosse mais oportuno, visto que, na sociedade atual, não é possível qualquer forma de controle ou determinação. Ainda que isso possa ser um problema meramente semântico, a ideia de “controle” escapa da realidade da autopoiese proposta por Luhmann, eis que somente seria possível falar em comunicações produzidas com o objetivo de provocar/irritar a política e o direito, e não determiná-los.

A *observação* da participação popular (aqui compreendida como o Conselho de Saúde do RS) *observou* o Relatório da Auditoria de nº 8236, realizada pelo Departamento Nacional de Auditoria do SUS/SGEP/MS sobre a Gestão do SUS pela Secretaria Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul e foi possível contatar, segundo as anotações¹⁶¹ referentes à observação do CES, que as suas informações e conclusões demonstram nitidamente aquilo que o CES/RS vem observando e tentando comunicar há muitos anos: o Gestor Estadual do SUS não prioriza as Ações e Serviços Públicos em Saúde - ASPS no RS, e os prejuízos à saúde pública dos cidadãos gaúchos são inegáveis.

Essa auditoria compreende o período de 2006 a 2007 e analisou os recursos mínimos constitucionais que deveriam ser aplicados na saúde, o que todavia não acontece. O CES/RS vem observando o descumprimento da Emenda Constitucional 29, pelo Governo do Estado, desde o ano de 2003.

¹⁶¹DUARTE, Carlos Ebeling. **O Conselho Estadual de Saúde na defesa do SUS**. Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.saude.rs.gov.br/wsa/portal/index.jsp?menu=organograma&cod=1981>>. Acesso em 14/07/2011.

Conforme o sistema de informação SIOPS – Sistema de Informação em Orçamento Público de Saúde –, o Rio Grande do Sul é o estado brasileiro que menos investe em ASPS no Brasil. O CES/RS, na resolução CES/RS 07/2009, reprovou o relatório de Gestão 2008, justamente por compreender que a prestação de contas do Estado não atinge a meta (dever) da emenda 29. Isso agrava uma série de problemas, e a saúde pública recebe essas mazelas: aumento da incidência de AIDS, dos números de tuberculose, das contratualizações de hospitais realizadas de modo desmedido. O que se almeja é um SUS como política de Estado, e não como política de governo¹⁶².

2.2.2 A descentralização do direito à saúde: o caso do município de Porto Alegre

Os problemas complexos da sociedade atual fazem-se presentes dentro do SUS, em especial no ponto “descentralização”. Esse aspecto é relevante na construção do direito sanitário, pois ele rompe com um paradigma de prestação de serviços de saúde (centralizado) e implementa a característica da descentralização. A escolha do município de Porto Alegre justifica-se pelo fato de a análise centrar-se no Rio Grande do Sul, e nada mais plausível do que escolher a capital gaúcha para observar o *fenômeno da descentralização*.

¹⁶² DUARTE, *Op cit.*, 2011.

Medeiros adverte-nos acerca da relevância da análise da descentralização dentro do Sistema Único de Saúde em relação ao nosso modelo Federativo. Inicialmente soa-nos como algo antagônico falar-se em “Sistema Único” e “modelo Federativo”, visto que um sistema único pode nos remeter à centralidade. Entretanto, trata-se de compatibilizar essas ideias, visto que teremos uma repartição de competências pela via do texto constitucional que possibilitará a descentralização, bem como essa “compatibilização”¹⁶³.

A descentralização do SUS nada mais é do que criar diversos *centros decisórios*. Assim, descentralizar não é só dividir e delegar o trabalho e as tarefas e controlá-los¹⁶⁴, é, também, união federativa dentro do grande pacto do modelo Federativo. Essa união demanda, além disso, “união” de saberes, o que se reflete na aceitação e na “adoção” da ferramenta transdisciplinar nesses processos decisórios de gestão do sistema.

A descentralização é uma repartição de competências, o que no dizer de Dallari é um compartilhamento organizado entre as competências administrativas e legislativas¹⁶⁵. Tal situação não é propriamente uma descentralização entre os entes federativos com a “distribuição” de poderes, sejam administrativos e/ou legislativos.

O compartilhamento organizado, apontado por Dallari, refere-se ao dever imposto aos entes federados e à União de disciplinar sobre a matéria, bem como a atuação na sua aplicação, independentemente se é uma lei

¹⁶³ MEDEIROS, Humberto Jacques. Sistema Federativo e Saúde: descentralizar o SUS. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al] (Orgs.). **O direito achado na rua – Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD, 2008. p. 321-322.

¹⁶⁴ MEDEIROS, *Op cit.*, 2008. p. 322.

¹⁶⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995. p. 40.

federal, e o administrador é municipal ou vice-versa, nos termos do artigo 24 e seus parágrafos, da Constituição Federal.

Levando em consideração essa característica do Sistema Único de Saúde – descentralização –, é possível dizer que a sua gestão será levada adiante por diferentes sujeitos/atores, face à repartição de competências e ao artigo 196, que insculpe o dever a todos os entes federativos. Dito de outro modo: os municípios, por exemplo, assumem a atenção básica em saúde e, face à realidade local, esse ator precisará, necessariamente, estar apto (competente) a lidar com isso. Essa competência (não no seu sentido legal) pode ser fornecida pela ferramenta transdisciplinar.

Na construção do direito sanitário, notamos que a descentralização fez-se presente. Nesse processo, observa-se que descentralizar permite inserir novos saberes, novos atores na construção do direito à saúde, e isso é extremamente relevante, pois é a partir disso que se começa a pensar na municipalização da saúde. E é nesse momento que o município assume uma função específica no que concerne à concretização do direito à saúde.

A municipalização da saúde é uma mudança de paradigma no campo da efetividade, pois o ente municipal assume e se compromete com a atenção básica da saúde, e isso, no tocante ao aspecto prático de acesso a serviços de saúde, é relevantíssimo, pois só com os investimentos dos estados, a população ficaria num situação de “desamparo”. Sabe-se que o estado do Rio Grande do Sul, historicamente, é um dos que menos investe, ou seja, estamos abaixo do mínimo legal. O investimento do Estado deve ser de, no mínimo, 12%, entretanto, os investimentos no estado têm sido em torno de 7%. Há que

destacar que dentro desse ínfimo montante de 7%, entra o valor que é destinado à previdência estatal (IPE), ou seja, o que resta, de fato, para a saúde pública é em torno de 4%, aproximadamente. A tabela abaixo mostra essa característica que é marca da história dos investimentos em saúde no Rio Grande do Sul:

HISTÓRICO DO PERCENTUAL MÍNIMO E APLICADO PELOS ESTADOS DE ACORDO COM A EC-29

Estados	2000		2001		2002		2003		2004		2005	
	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado
11 – Rondônia	7,00	7,79	8,63	10,64	9,47	9,47	10,32	10,54	12,00	11,42	12,00	12,11
12 – Acre	7,00	18,49	12,00	14,77	12,00	13,46	12,00	12,96	12,00	12,48	12,00	12,05
13 – Amazonas	7,00	14,58	12,00	21,15	12,00	25,11	12,00	20,37	12,00	21,15	12,00	20,78
14 – Roraima	7,00	11,51	11,61	14,92	11,71	10,14	11,80	13,26	12,00	11,53	12,00	12,77
15 – Pará	7,00	7,33	8,26	8,88	9,20	9,88	10,13	10,31	12,00	12,04	12,00	12,41
16 - Amapá	7,00	10,16	10,53	10,30	10,90	12,52	11,26	14,99	12,00	14,14	12,00	11,31
17 – Tocantins	7,00	9,40	9,92	12,30	10,44	11,48	10,96	11,32	12,00	12,02	12,00	12,05
21 – Maranhão	7,00	1,51	8,00	1,75	9,00	5,56	10,00	7,98	12,00	13,23	12,00	12,73
22 – Piauí	7,00	5,02	8,00	8,90	9,00	6,07	10,00	7,48	12,00	11,62	12,00	12,64
23 – Ceará	7,00	2,60	8,00	7,54	9,00	8,18	10,00	8,74	12,00	12,70	12,00	11,97
24 - Rio Grande do Norte	7,00	12,56	12,00	11,53	12,00	13,30	12,00	14,58	12,00	12,02	12,00	12,63
25 – Paraíba	7,00	3,66	8,00	12,81	9,00	10,52	10,00	10,62	12,00	9,59	12,00	10,32
26 – Pernambuco	7,00	10,46	10,77	11,60	11,08	11,59	11,38	11,88	12,00	12,00	12,00	12,23
27 – Alagoas	7,00	9,35	9,88	7,96	10,41	9,39	10,94	8,96	12,00	12,08	12,00	12,01

28 – Sergipe	7,00	3,32	8,00	5,77	9,00	8,06	10,00	10,07	12,00	12,04	12,00	12,14
29 – Bahia	7,00	8,49	9,19	8,40	9,89	9,41	10,60	10,38	12,00	12,15	12,00	12,15
31 - Minas Gerais	7,00	4,78	8,00	6,88	9,00	6,36	10,00	10,20	12,00	12,16	12,00	12,33
32 - Espírito Santo	7,00	13,59	12,00	12,23	12,00	12,91	12,00	12,65	12,00	12,23	12,00	12,05
33 - Rio de Janeiro	7,00	7,73	8,58	5,01	9,44	6,28	10,29	10,85	12,00	11,92	12,00	11,92
35 - São Paulo	7,00	9,58	10,06	11,15	10,55	11,76	11,03	12,26	12,00	13,74	12,00	12,95
41 – Paraná	7,00	4,06	8,00	10,09	9,00	5,98	10,00	5,75	12,00	6,14	12,00	8,35
42 - Santa Catarina	7,00	9,34	9,87	8,43	10,40	5,90	10,94	8,18	12,00	11,25	12,00	10,79
43 - Rio Grande do Sul	7,00	6,82	8,00	6,59	9,00	5,62	10,00	4,32	12,00	5,20	12,00	4,80
50 - Mato Grosso do Sul	7,00	8,88	9,50	6,81	10,13	9,22	10,75	8,61	12,00	12,14	12,00	12,57
51 - Mato Grosso	7,00	2,75	8,00	6,33	9,00	7,72	10,00	9,09	12,00	11,01	12,00	11,19
52 – Goiás	7,00	7,88	8,70	12,39	9,53	8,12	10,35	10,12	12,00	12,46	12,00	12,05
53 - Distrito Federal	7,00	6,16	8,00	8,91	9,00	9,78	10,00	11,06	12,00	13,27	12,00	15,51
I) Quantidade de Estados que transmitiram (a+b)	27		27		27		27		27		27	
(a) aplicou o percentual da EC29	17		14		12		16		18		19	
(b) Não aplicou o percentual da EC29	10		13		15		11		9		8	
II) Quantidade que não transmitiram (c)	0		0		0		0		0		0	
(c) Estados que não informaram	0		0		0		0		0		0	

Quantidade de Estados Existentes (I+II)	27	27	27	27	27	27
--	----	----	----	----	----	----

NI - Estados que não informaram o SIOPS.

IC - Impossível Calcular.

Dados referentes ao SIOPS Estadual Anual.

Essa tabela está disponível em: BRASIL, Ministério da Saúde. **Sistema de Informações sobre Orçamentos em Saúde – SIOPS**. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>. Acesso em: 28/05/2011.

O investimento em saúde, por parte do ente estatal é realmente baixo, mas, paradoxalmente, as condições de saúde no estado são referência nacional. A “explicação” para esse paradoxo está justamente na municipalização da saúde. Os municípios “assumem” e custeiam a saúde local, investem bem mais que o determinado no parâmetro legal. Assim, transcendem a responsabilidade de atender a baixa complexidade. Em diversos casos, atendem média complexidade ou fazem convênios, parcerias para os casos de alta complexidade. Face ao baixo investimento do estado do Rio Grande do Sul no setor da saúde, o controle social – Conselho Estadual de Saúde – tem tido a postura de anualmente não aprovar o orçamento estadual de saúde, o que gera efeitos, especialmente no tocante ao recebimento das verbas federais. Com a não aprovação por parte do CES do orçamento da saúde, a esfera federal não repassa determinadas verbas. Assim, por meio de uma negociação política, o CES acaba assinando um termo com o Estado, onde esse se compromete a investir. Isso ocorre só para evitar prejuízos ainda maiores à saúde. Essa situação mostra o engessamento do controle social no estado. Em contrapartida, até certo momento, isso pode ser visto como mecanismo de “pressão”, mas, em outro momento, é o engessamento do CES.

O processo de municipalização é altamente complexo, pois envolve uma tomada de decisão dotada de complexidade. As questões de saúde são pensadas levando em consideração as demandas locais, mas a repartição de

competências é, por natureza, dotada de complexidade exacerbada. Veja-se o que Luhmann¹⁶⁶ diz a respeito dessa característica da sociedade:

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. [...] Na experimentação a complexidade e a contingência de outras possibilidades aparecem estruturalmente imobilizadas como “o mundo”. [...] o mundo é complexo e contingente.

Deve-se pontuar que são características dessa sociedade a complexidade, a contingência, a paradoxalidade e o risco, dentre outras. Pode-se dizer que um sistema é complexo na medida em que apresenta mais possibilidades do que pode realizar em dado momento; isso é bastante visível no “sistema” da saúde, pois se tem mais possibilidades (em função das diversas demandas) dentro de uma esfera de realização. Há a necessidade de o sistema fazer uma seleção dessas possibilidades, sob pena de não mais continuar operando e, com a descentralização, essa seleção fica a cabo do município.

O processo de municipalização da saúde recebeu forte irritação dos movimentos sociais; entretanto, não é possível pensarmos que a municipalização teve o intuito de fortalecer o espaço democrático; ele esteve presente sim, mas não foi o cerne da questão. Municipalizar a saúde foi um modo de regionalizar as práticas de saúde, e isso tem um caráter muito mais sanitário do que democrático, pois a preocupação é com os indicadores epidemiológicos, por exemplo, de cada região. A municipalização tem sua mola

¹⁶⁶ LUHMANN, *Op cit.*, 1983. p. 45-47.

mestra no modelo epidemiológico. Encontra respaldo na noção de que o objeto de trabalho (o conjunto de problemas de saúde de magnitude variável no geral e no particular) obedece a determinações variáveis conforme as populações e os espaços sociogeográficos específicos. Estamos, sim, fortalecendo o poder local; é uma consequência da proposta de regionalização (descentralização), mas não é o objetivo maior.

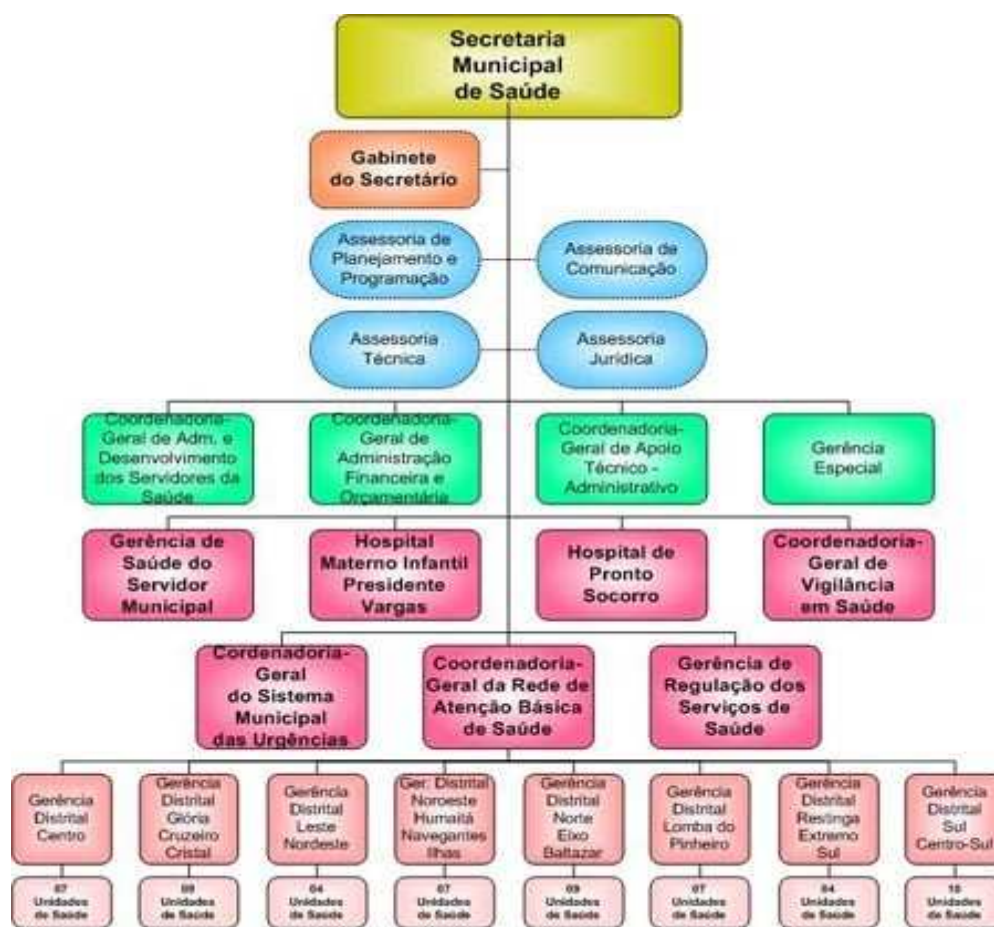
No Rio Grande do Sul, um dos processos de municipalização interessantes para analisar é o da capital. Em 1990 iniciou o processo de municipalização em Porto Alegre. Nesse período, as ações e serviços estavam divididos do seguinte modo: município: 11 unidades sanitárias; 1 unidade de pronto-atendimento no posto de atendimento médico; 1 unidade de saúde de referência, centro antirreumático; Hospital de Pronto Socorro; centro de controle de zoonoses; unidade de perícia e saúde. Secretaria da Saúde e Meio Ambiente do Estado: 2 centros de saúde; 20 unidades sanitárias; 42 postos avançados; Ambulatório de Dermatologia; centro integrado de atenção à saúde do trabalhador; Hospital Psiquiátrico São Pedro; Hospital Sanatório Partenon; Fundação Instituto de Cardiologia; Laboratório Farmacêutico do Estado; Divisão de Vigilância Sanitária; Serviço de Vigilância Epidemiológica; 12 postos de atendimento médico. União: grupo Hospitalar Conceição e seus 4 postos de saúde comunitária; Fundação Nacional da Saúde; Hospital Materno-Infantil Presidente Vargas; Hospital de Clínicas¹⁶⁷.

Nota-se que a parcela municipal era pequena; os postos de atendimento concentravam-se basicamente na esfera estadual e os hospitais, na federal.

¹⁶⁷ BLASI, Valéria. Reconstrução histórica da Municipalização dos Serviços de Saúde em Porto Alegre. **Revista NIPESC**, Porto Alegre, v. 3-4, n. 3-4, 1998/1999, p. 33-43. p. 34.

Tinha-se um modelo de saúde hospital *ocêntrico*; a atenção básica em saúde não tinha muito espaço, e a municipalização vem reforçar a atenção básica em saúde. A própria reforma sanitária conseguiu mudar esse modo de pensar.

Atualmente, Porto Alegre está estruturada, na secretaria da saúde, do seguinte modo:



FONTE: RIO GRANDE DO SUL, Porto Alegre. Secretaria Municipal de Saúde. **Organograma**. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/sms/default.php?p_secao=808>. Acesso em: 23/06/2011.

Nota-se, a partir do quadro, que a evolução foi extremamente grande, mas esse avanço ainda está em construção, ou seja, a municipalização da saúde é um processo ainda em construção, está em constante evolução. A

própria estrutura da saúde municipal tornou-se mais complexa, como se percebe no quadro, justamente em função do incremento da complexidade das demandas de saúde. Os locais de atendimento estão divididos por tipo e região: é a especialização dos serviços de saúde. Em 1991, o plano Municipal de Saúde foi entregue à Secretaria Estadual de Saúde e Meio Ambiente.

Para operacionalizar e acelerar a municipalização da saúde na capital gaúcha, os profissionais dos diversos segmentos da saúde pressionaram inúmeras vezes a Secretaria Estadual. Era um movimento voltado à municipalização urgente; as demandas eram latentes, e a perspectiva de solução era a municipalizar os serviços de saúde. Em 1992, a Secretaria Municipal de Saúde realizou profundas transformações para implementar esse fenômeno, os recursos humanos foram ampliados, e novos equipamentos foram adquiridos. No âmbito estadual, havia muita resistência a essa mudança. Esse processo foi lento, gradativo e enfrentou a baixa receptividade para a implementação dessa mudança. Além desse movimento dos profissionais engajados na saúde, em 1993, o Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul exerceu o seu papel de controle social e encaminhou uma proposta de municipalização da saúde para a Comissão Intergestora Bipartite para que essa analisasse e deliberasse acerca da municipalização. Só em 1994, a municipalização ocorre efetivamente. A regulamentação, entretanto, no período de 1989-1993, alguns serviços já tinham sido municipalizados¹⁶⁸.

Nota-se que o jogo político, mais uma vez, causou atrasos, descompassos. O engessamento da municipalização da saúde em Porto

¹⁶⁸ BLASI, *Op cit.*, 1998/1999. p. 36-37.

Alegre deu-se em meio à relação dos polos Movimento Social x Secretaria Estadual de Saúde. A participação mais ativa do Conselho Estadual de Saúde foi decisiva. Segundo Arretche e Marques¹⁶⁹, é possível destacarmos indicadores para medir os atributos político-institucionais dos executivos municipais dentro desse cenário de engessamento. Alguns fatores influenciaram esses indicadores, tais como: o posicionamento ideológico do prefeito, a relação do executivo municipal com o legislativo municipal e a relação do executivo municipal com o legislativo estadual.

Sabe-se que as políticas públicas são essenciais para a concretização do direito à saúde, pois não basta termos produção no âmbito do legislativo e do executivo no tocante à matéria da saúde. É vital levarmos em consideração os fatores determinantes e condicionantes da saúde da população. Para isso, no próximo subcapítulo, analisaremos a relação dos determinantes sociais de saúde e o direito à saúde.

¹⁶⁹ ARRETCHÉ, Marta; MARQUES, Eduardo. Municipalização da saúde no Brasil: diferenças regionais, poder de voto e estratégias de governo. **Ciência & Saúde**, v. 3, n. 7, 2002, p. 456-479. p. 465-466.

2.3 O direito à saúde no contexto dos determinantes sociais de saúde

Nesse subcapítulo, abordaremos a relação do direito à saúde com os determinantes sociais de saúde. Falar em saúde demanda-nos levar em conta outros fatores, diversos daqueles apresentados pelo direito, visto que as condições de vida da população interferem diretamente na concretização do direito à saúde: eis os determinantes sociais da saúde. Pensar nas ações atreladas a essa construção do direito à saúde é pensar também nos determinantes sociais em saúde que exercem um importante papel nesse diálogo transdisciplinar. A ferramenta transdisciplinar relaciona-se com a intersetorialidade, e isso é de suma relevância para a saúde.

O direito à saúde nem sempre foi reconhecido como um direito fundamental. Esse “status de direito fundamental” somente foi dado a ela pelos teóricos da área, visto que a Carta Magna de 1988 não a denominou como tal. O avanço da Constituição foi, além de positivizar a saúde como direito, estabelecer as bases para o Sistema Único de Saúde – SUS. No que tange ao reconhecimento da saúde como direito, pode-se dizer que esse foi construído a partir da participação, porque não, inusitada, da população, cujo ensejo foi a temática dos direitos humanos, além do contexto social vivenciado na década de 80, que era o momento ideal para a construção de um documento social e político. A esse respeito, veja-se o que Dallari¹⁷⁰ diz:

¹⁷⁰ DALLARI, *Op cit.*, 1988. p. 63.

A sociedade brasileira, especialmente durante a década de 80, tem adquirido a consciência do seu direito à saúde, assim como em outras áreas. Tanto aqueles milhões de pessoas à margem do mercado consumidor, quanto elites econômico-sociais têm reivindicado a garantia do direito à saúde. Também os profissionais ligados à área da saúde vêm exigindo do governo, proteção, promoção e recuperação da saúde. Além disso, pretende-se uma ampliação do conceito de saúde, por isso, para falar na história do direito sanitário é necessário falarmos dos determinantes de saúde e/ou de doença.

Compreender as políticas públicas como uma categoria jurídica atende a necessidade de busca de concretização/efetivação dos direitos humanos, dentre os quais os sociais, especificamente o direito à saúde¹⁷¹. A evolução da temática da fruição e gozo desses direitos é dotada de complexidade, pois demanda do Estado (enquanto organização política) uma série de providências, medidas concretas, de modo a criar mecanismos para neutralizar, na medida do possível, os males da força excludente do capitalismo, de modo a incentivar o desenvolvimento humano. Essa compreensão das políticas públicas deve ser pautada, também, pelos determinantes sociais de saúde, pois eles fornecem subsídios para a elaboração de uma adequada política pública, visto que esses determinantes levam em conta fatores sociais e sanitários. Para uma política pública dar conta da realidade fática, é necessário usar essas informações.

A partir da previsão constitucional (direito à saúde), pode-se dizer que o instrumento de efetivação do direito à saúde é a política pública, que pode ser definida como um programa de ação governamental, ou seja, um conjunto de

¹⁷¹ BUCCI, Maria P. Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5.

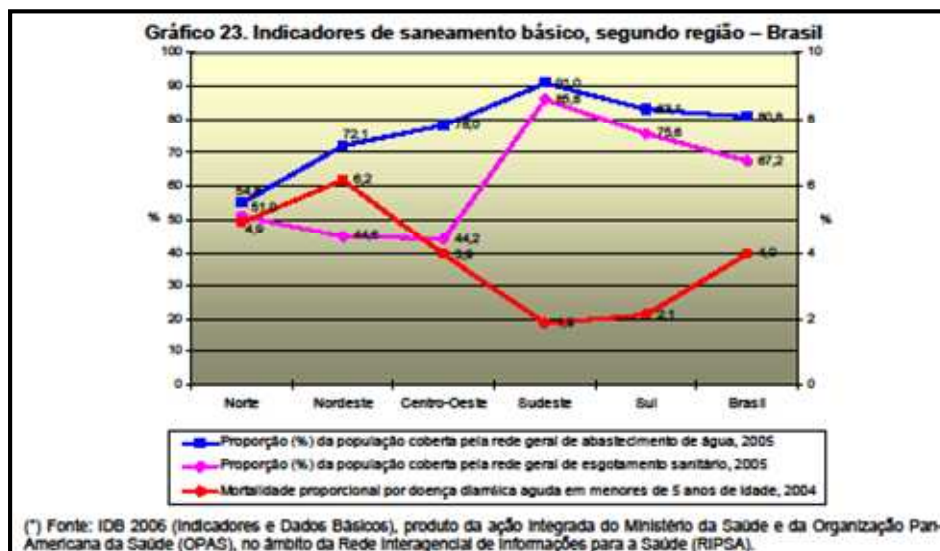
medidas coordenadas com o objetivo maior de movimentar a máquina estatal para concretizar um direito, no caso em tela, a saúde, e é inegável que isso se dá por meio de políticas públicas. O próprio artigo 196 da Constituição, como já referido, dispõe que *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...] acesso universal e igualitário às ações e serviços [...]*. Note-se que a própria Constituição já ordena a estruturação das prestações em matéria de saúde, pois além de determinar as políticas sociais, estabelece também nos artigos 198 a 200, de forma inédita, o Sistema Único de Saúde – a grande política pública. Em que pese a Carta Magna não diga que essas estruturas devam levar em conta os determinantes sociais de saúde, é condição de possibilidade a existência desses, bem como a sua aplicação na área da saúde. Os determinantes sociais de saúde são uma construção da metodologia/literatura sanitária, e nada mais coerente do que a metodologia/literatura sanitária “ditar” esses aspectos que subsidiam as ações e serviços de saúde.

Segundo Sola¹⁷², o processo de formação de políticas públicas é fruto de uma dinâmica de fatores sociais, econômicos, políticos e ideológicos, cuja característica é a complexidade. Nesse cenário demasiadamente complexo, é que se tem o processo de desenvolvimento do Brasil, cujo fundamento são as decisões políticas¹⁷³. O desenvolvimento nacional pode ser considerado como o principal foco, harmonizando as demais políticas, visto que isso é essencial para as políticas públicas, e essas são necessárias para a concretização de

¹⁷² SOLA, Lourdes. **Idéias econômicas, decisões políticas**: desenvolvimento, estabilidade e populismo. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998. p. 36-39.

¹⁷³ IANNI, Octavio. **Estado e capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 214-215.

direitos através de prestações positivas do Estado¹⁷⁴. Essas prestações positivas para a concretização do direito à saúde (as negativas não são excluídas, mas o foco são as positivas) mostra-nos toda a complexidade desse processo de efetivação do direito à saúde, pois isso implica rever todos os determinantes da própria saúde, e é nesse viés que os determinantes sociais em saúde mostram-se presentes e demasiadamente importantes, pois para harmonizar esse desenvolvimento e dar acesso igualitário à saúde para a população, é necessário levá-los em consideração, uma vez que servirão de base para as ações da grande política pública de saúde – SUS. Veja-se alguns dados mensurados pelos determinantes sociais de saúde:



¹⁷⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Lucas (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional** – estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington de Souza. Porto Alegre: SAFE, 1995. p. 82-83.

Saneamento básico é condição de possibilidade para o controle de determinadas moléstias, bem como para a prevenção em saúde. Esses dados são fornecidos pelos determinantes sociais de saúde; eles dizem respeito às características da população, e fazer política pública sem isso é inviável, como também é inviável concretizar o direito à saúde sem política pública.

A relação dos determinantes sociais de saúde é ampla. Contempla, também, questões de diversos segmentos, dentre os quais fatores atrelados à educação, que é uma questão chave na saúde. Veja-se o que Vial¹⁷⁵ diz sobre essa relação nos determinantes sociais de saúde: *Mesmo que o número de analfabetos esteja em declínio ainda temos aproximadamente 14 milhões de analfabetos. O fato mais grave é que podemos fazer uma conexão direta entre pobreza, analfabetismo e algumas doenças.* Essas “conexões” somente são viáveis a partir dos dados trazidos pelos determinantes.

Veja-se os dados do relatório dos determinantes sociais sobre analfabetismo:

¹⁷⁵ VIAL, S. R. M. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24, 2010. p. 20.

Taxa de analfabetismo



Fonte: IETS – Instituto de Estudos do Trabalho e Sociedade, a partir dos Censos Demográficos.

Os 13,6% de analfabetos da população brasileira são atingidos diretamente nas questões de saúde, já que o fato de ser analfabeto dificulta sobremaneira o entendimento desse montante da população acerca de questões básicas de cunho informativo e/ou preventivo, por exemplo. Isso também causa reflexos na judicialização, pois esse déficit cultural dificulta o entendimento dessas pessoas a respeito da concepção de saúde como direito. Isso é uma limitação para as pessoas exigirem a concretização do seu direito à saúde, elas não integram, de modo suficiente, o polo ativo das demandas de saúde.

Nesses moldes, o Sistema Único de Saúde não aparece como um programa que visa simplesmente resultados, mas sim como uma nova conformação (jurídica), cuja finalidade maior é a coordenação da atuação

governamental em todos os níveis federativos, cuja característica é ter uma rede regionalizada e hierarquizada (art. 198, Constituição Federal) e atender às seguintes diretrizes: descentralização, atendimento integral prioritariamente preventivo e participação da comunidade.

Além de fiscalizar e controlar os procedimentos, os produtos, participar na produção de medicamentos e equipamentos e demais insumos sanitários, cabe ao Estado participar da formulação de políticas e da execução das ações de saneamento básico, desenvolvimentos científico e tecnológico na área da saúde, fiscalizar e inspecionar alimentos, bebidas, dentre outros. Todo esse arcabouço pertence ao conceito jurídico de saúde¹⁷⁶. Aqui, mais uma vez, verificamos a importância da intersetorialidade para a efetivação da saúde como um direito, pois todos esses itens elencados são determinantes e devem ser observados pelo Estado. Cumpre ao Estado a tarefa de dar concretude a essa previsão constitucional, visto que a concretização do direito à saúde é uma tarefa estatal¹⁷⁷.

Atendendo ao mandamento constitucional de regular, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, foram criada a lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e a lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, conhecidas como Lei Orgânica da Saúde. São legislações cujo caráter é de uma norma geral¹⁷⁸. Nesse ângulo, o SUS é definido como “um conjunto de ações e

¹⁷⁶ Conforme artigo 200 da Constituição Federal de 1988. (PINTO; WINDT; CÉSPEDES, 2007)

¹⁷⁷ AI TH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

¹⁷⁸ Normas gerais podem ser compreendidas como declarações, orientações de caráter principiológico, editadas pela União. Entretanto, tais “normas” não violam a autonomia dos entes federativos, pois estabelecem diretrizes gerais a serem respeitadas, seguidas, pelos entes federativos quando da elaboração de suas legislações. (MOREIRA NETO, D. F. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, out./dez. 1998.)

serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”¹⁷⁹.

A Lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/90) conceitua o Sistema Único de Saúde como “ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”¹⁸⁰. A lei Orgânica do SUS (Lei 8.080/90) denomina como:

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar¹⁸¹.

Segundo Aith, tem-se o conceito teórico do Sistema Único de Saúde, que é uma organização administrativa do Estado estruturada com base nos princípios e diretrizes estabelecidos pela Constituição Federal visando à garantia do direito à saúde, ou seja, a promoção, a proteção e a recuperação

¹⁷⁹ Conforme artigo 4º da Lei n. 8.080/90. (BRASIL, Lei n. 8.080/90. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/l8080.htm>>. Acesso em 27 mar. 2009.)

¹⁸⁰ Conforme artigo 198 da Constituição Federal de 1988. (BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 06/12/2010.)

¹⁸¹ BRASIL, Lei 8.080 de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8088consol.htm>>. Acesso em: 30/11/2010.

da saúde¹⁸². É um dos modos pelos quais se tenta efetivar esse direito, é um importante referencial que permite o processo de efetivação dele. É a partir desse modo de efetivar a saúde – através do Sistema Único de Saúde – que fica mais palpável analisar a transdisciplinaridade e reconhecer a necessidade desse olhar para a saúde.

Salles Dias¹⁸³ adverte-nos quanto à questão da intersetorialidade na saúde: não podemos pensar no resgate histórico do direito à saúde no Brasil sem perpassar por ela, pois essa é marca nítida dos mandamentos constitucionais desse direito, é só olharmos para as bases estruturais do SUS na Constituição e na legislação infraconstitucional. A autora reflete sobre a necessidade do alargamento de compreensão do processo saúde/doença. Nesse “alargamento”, devemos inserir os determinantes sociais de saúde, pois se ficarmos adstritos à compreensão de saúde como processo saúde/doença, não conseguiremos efetivá-la. É necessário e indispensável alargarmos essa compreensão para inserirmos os determinantes no processo de concretização do direito à saúde. Segundo a autora, devemos pensar no

[...] processo saúde/doença em toda a sua complexidade, com seus nexos causais diversos e na sua determinação social, com indivíduos e populações apresentando riscos desiguais de adoecer e morrer, compreende-se também que a modificação do mesmo exige ações e intervenções do setor saúde e aliança com outros setores que elaboram e implementam políticas públicas. Esta visão rompe com o isolamento do setor saúde e o inclui num outro horizonte político, trabalhando

¹⁸² AITH, *Op cit.*, 2007. p. 340.

¹⁸³ DIAS, Maria Angélica de Salles. Intersectorialidade: um olhar da saúde. **Saúde Digital**, n. 23, Novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.pbh.gov.br/smsa/biblioteca/saudedigital/novembro2003/intersectorialidade.html>>. Acesso em: 28/05/2011.

institucionalmente a intersectorialidade e construindo, efetivamente, políticas públicas eficazes, resolutivas e que, de fato, atendam às necessidades da população.

O direito à saúde necessita de uma compreensão que possibilite a junção de diversos saberes, ou seja, é preciso que haja intersectorialidade nas ações, é necessário que haja engajamento político (vontade política de também concretizá-lo, ele precisa ser pauta da política partidária), é essencial que se tenha conhecimento acerca dos determinantes sociais de saúde, bem como do modo pelo qual operacionalizá-los na prática.

Cada vez somos mais “especialistas” em nossas áreas (nas palavras de Morin¹⁸⁴: *hiperespecialização*), em nossas “gavetinhas do conhecimento” e cada vez compreendemos menos, quiçá nada. Essa ideia mostra-se relevante na medida em que estamos diante de um Sistema Único de Saúde complexo, que demanda ação integrada, intersectorial de diferentes profissionais e que leva os determinantes sociais em consideração, seja para tão somente usá-los ou reconstruí-los mediante a complexidade latente: eis o desafio. A transdisciplinaridade aparece, nessa perspectiva, como uma ferramenta de enfrentamento para esse desafio e não como uma “ideologia” ou “religião”¹⁸⁵, ou seja, é uma ferramenta de análise que pretende “abrir e desmontar” essas gavetas para, ao mesmo tempo, remontá-las. E aqui, os determinantes sociais em saúde mostram-se ainda mais relevantes, pois a CNDSS (Comissão Nacional de Determinantes Sociais em Saúde) leva-os em conta, visto que estão atrelados à saúde e permeiam diversos ramos do conhecimento, quais

¹⁸⁴ MORIN, *Op cit.*, 2008. p. 105.

¹⁸⁵ BASARAB, Nicolescu [et al]. **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000. p. 179.

sejam: fatores sociais, econômicos, culturais, étnico/raciais, psicológicos e comportamentais que influenciam a ocorrência de problemas de saúde e seus fatores de risco na população. Ora, falar em direito à saúde implica considerar essas condições.

Os fatores sociais estão intimamente ligados à saúde. A cultura, os aspectos econômicos e políticos contribuem de modo intenso para essa análise. No caso da questão do alcoolismo entre adolescentes, por exemplo, há uma grande influência das relações familiares e do meio sociocultural. *Existe grande diferença na atitude de “experimental” de acordo com as regiões (54% no Sul e 9% no Norte e Nordeste). Em relação ao uso regular, a cidade de Porto Alegre-RS lidera com 15%.¹⁸⁶* Essa situação mostra a ligação dos fatores sociais, culturais, econômicos e políticos. Nota-se que a família está em evidência, bem como as relações socioculturais dos adolescentes. Há que se destacar, em que pese a capital gaúcha liderar essa vergonhosa lista, a política pública não tem uma ação específica para essa massa de jovens. O poder fiscalizatório também não é tão efetivo assim (no tocante aos estabelecimentos comerciais que vendem bebidas de álcool). Eis uma pequena parte da relevância dos determinantes sociais de saúde.

É importante destacar que a CNDSS é extremamente recente, mas é muito importante, pois é um instrumento que auxilia na fundamentação da disciplina (*na história sem história*) do Direito Sanitário brasileiro. Esta somente foi instituída por Decreto Presidencial em 13/03/2006, com a finalidade de

¹⁸⁶ BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional dos Determinantes Sociais de Saúde no Brasil**. Abril, 2008. Disponível em: <<http://www.determinantes.fiocruz.br/>>. Acesso em: 25/07/2011.

contribuir para a formulação de políticas públicas em saúde. Vejamos quais são as finalidades desse instrumento:

Entre os objetivos da CNDSS-OMS, merecem destaque:

- a sistematização de evidências sobre experiências e formulação de políticas que enfocam os determinantes sociais em saúde;
- o fomento do debate junto à sociedade, para a implantação de ações de enfrentamento dos determinantes sociais em saúde;
- a definição de compromissos de médio e longo prazo com vistas a incorporar as desigualdades em saúde como tema central da agenda da OMS¹⁸⁷.

Note-se quanto tempo foi necessário para que o Poder Público competente demonstrasse preocupação em criar uma medida para tomar ciência dos referidos determinantes sociais, a fim de servir de base para futuras políticas públicas em saúde, visto que é quase impossível políticas públicas de saúde serem feitas sem o devido conhecimento desses. As bases da própria comissão mostram a importância da transdisciplinaridade e da intersetorialidade.

Observa-se que a intesetorialidade também vem descrita em documentos oficiais, como o caso da resolução 282. Cabe destacar que a Resolução 282 do CNS (Conselho Nacional de Saúde) e do MS (Ministério da Saúde), que aprovou o plano de trabalho da CIST (Comissão Intersetorial de Saúde do Trabalhador), ainda está em vigor. Essa regulamentação por parte

¹⁸⁷ BRASIL, Fiocruz. **Iniquidades em saúde no Brasil, nossa mais grave doença**. Disponível em: <<http://www.determinantes.fiocruz.br/iniquidades.htm>>. Acesso em 28/05/2011.

do executivo foi relevante, pois propiciou a abertura do sistema para a intersetorialidade.

Os determinantes sociais de saúde, ainda que sejam uma “criação” recente da OMS, estão atrelados à determinação social, e isso permeou o espaço de discussão nas formulações doutrinárias (quicá ideológicas) que nortearam o movimento sanitário brasileiro desde suas origens na década de 1970. Conforme Gerschman¹⁸⁸, ocorreu uma mudança de paradigma, estava-se diante do *abandono da noção de causalidade e houve sua substituição pelo conceito de determinação*. As características dessa influência no pensamento sanitário são *a construção de um arco de alianças políticas na luta pelo direito à saúde; a criação de instrumentos de gestão democrática e controle social sobre o sistema de saúde*¹⁸⁹. Isso, na história do direito sanitário, mostra-se relevante, pois essa mudança de paradigma foi um reforço para a participação popular brasileira.

Além disso, é em função dessa ideia de “determinação” que a OMS passou a trabalhar os determinantes sociais de saúde. Posteriormente, esses também foram trabalhados pelo Brasil e se mostram como uma espécie de mapeamento dos diversos fatores sociais que influenciam a saúde. Eles possibilitam uma política mais focada na demanda de fato, bem como nas suas características.

¹⁸⁸ GERSCHMAN, Sílvia. Sobre a formulação de políticas sociais. In: FLEURY, Sonia. **Reforma Sanitária: em busca de uma teoria**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 1995. p. 119-138. p. 126.

¹⁸⁹ FLEURY, Sonia. Reflexões teóricas sobre democracia e Reforma Sanitária. In: FLEURY, Sonia. (Org.) **Reforma Sanitária: em busca de uma teoria**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 1995. p. 40.

Esse conceito está assentado sobre o pressuposto de que a saúde deve ser compreendida e analisada a partir das formas de organização da sociedade, ou seja, a partir de sua estrutura econômica e social, na medida em que essa dimensão acaba subordinando as dimensões naturais relacionadas ao ambiente físico e à constituição genética e fisiológica da população. Assim, determinação social refere-se às diversas formas possíveis de conhecer as relações entre saúde e sociedade.

Além dos determinantes sociais de saúde, faz-se necessário levarmos em consideração os instrumentos regulatórios/normativos do direito à saúde para a sua concretização. Assim, é importante verificarmos e analisarmos a contribuição do poder legislativo e do executivo nesse processo de normatização. Esse será o foco do próximo capítulo.

3. O SISTEMA DO DIREITO E AS SUAS CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO À SAÚDE

Nesse capítulo, abordaremos as contribuições do sistema do direito para a construção do direito à saúde, em especial no Rio Grande do Sul. Para essa abordagem, observaremos o fenômeno da judicialização da saúde, para então analisarmos os dados referentes ao Poder Judiciário brasileiro, bem como as principais ações judiciais no estado do Rio Grande do Sul e os seus reflexos para esse direito. No terceiro subcapítulo, abordaremos o conteúdo advindo da fase empírica da pesquisa e a sua relação com a saúde no estado.

3.1 A necessária passagem pela judicialização da saúde

O sistema do direito forneceu diversas contribuições para a formação e consolidação do direito à saúde no Rio Grande do Sul. Nesse capítulo, pretende-se abordar as contribuições do Poder Judiciário e do Ministério Público, seja no âmbito judicial ou no extrajudicial. A atuação dessas instituições ocorreu e ainda ocorre para além da via judicial; a resolução de conflitos e o trabalho em grupo com outros segmentos da sociedade integram

as contribuições do Ministério Público e do judiciário no tocante a esse direito. Essa análise perpassa, também, pelo fenômeno da judicialização. Além disso, serão analisados alguns dados empíricos referentes ao panorama desse fenômeno.

Não é possível ignorarmos o choque da chegada brutal da miséria, da ausência de meios, da descoberta de todas as perversões de uma sociedade permissiva na jurisdição¹⁹⁰. É diante dessa realidade que devemos pensar no direito que de complicado passou a complexo; que de direito relógio passou a um direito nuvem, ou seja, um direito que evoluiu¹⁹¹. Nessa evolução, não resta dúvida de que o direito à saúde é um direito subjetivo de todo o cidadão, que gera como efeito o dever do Estado propiciá-lo, sob pena de ser incitado judicialmente para tanto, pois se garante o recurso ao Poder Judiciário, no que se refere à busca pela tutela jurisdicional, a fim de ver o adimplemento da obrigação devida pelo Estado. Sendo esse um direito subjetivo, o indivíduo e o Estado são conduzidos a uma relação jurídica do tipo obrigacional¹⁹². Ou seja, há a expectativa do tipo jurídica em relação à saúde.

A função preponderante do sistema jurídico é manter expectativas normativas estáveis, com o objetivo de empreender a difusão, bem como a manutenção dessas expectativas. A palavra normativa deve ser compreendida nesse contexto com certo cuidado, pois não se relaciona com a dicotomia

¹⁹⁰ ROUGER, Michel. Entre dever de prospectiva e obrigação de retrospectiva. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Loius (Orgs.). **Inteligência da Complexidade** – Epistemologia e Pragmática. Lisboa: Instituto Piaget, 2007. p. 316.

¹⁹¹ ADAM, Michel. Retornos de experiência de ação em sistemas complexos. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Loius (Orgs.). **Inteligência da Complexidade** – Epistemologia e Pragmática. Lisboa: Instituto Piaget, 2007. p. 383.

¹⁹² SCHWARTZ; GLOECKNER; *Op cit.*, 2003. p. 95.

dever ser e ser, então corroborada pelo positivismo jurídico, tampouco pode ser confundida com a distinção entre direito adquirido e expectativa de direito.

Numa perspectiva luhmanniana, a expressão expectativas normativas refere-se como parte do direito em si, normas jurídicas apresentadas sob a forma de regras ou princípios, sendo que o termo normativa qualifica a expectativa, sendo que se opõe não ao “ser”, mas ao cognitivo, em seu sentido funcional e não semântico. Esse é o motivo para Luhmann¹⁹³ dizer que:

Toda expectativa é fática, seja na sua satisfação ou no seu desapontamento o fático abrange o normativo. A contraposição convencional do fático ao normativo deve, portanto, ser abandonada. Ela é uma construção conceitual errônea, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres; uma manobra conceitual que nesse caso é prejudicial às mulheres, e naquele ao dever ser. O oposto adequado ao normativo não é fático, mas sim o cognitivo. Só é possível optar-se coerentemente entre essas duas orientações com respeito ao tratamento de desapontamentos, e não entre o fático e o normativo.

No que tange à distinção entre as expectativas normativas e cognitivas, pode-se dizer que ela se dá mediante termos funcionais, tendo em vista a solução de um determinado problema, ou seja, essa distinção não é definida a partir de termos semânticos ou pragmáticos¹⁹⁴. Pode-se dizer que tal situação apresenta-se como uma antecipação que será produzida pelos sistemas de sentido, sejam eles sociais ou psíquicos, para a absorção das frustrações frente às incertas e diversas possibilidades de sentido que o mundo fenomênico lhes apresenta, já que a sociedade é complexa, contingente e está

¹⁹³ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Traduzido por Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 57.

¹⁹⁴ LUHMANN, *Op cit.*, 1983. p. 56.

em constante processo de evolução. As incertezas também permeiam a saúde: constantemente novos vírus são descobertos, novos medicamentos são testados e inclusive viram objeto de demanda judicial.

As expectativas normativas apresentam uma peculiaridade em relação às expectativas cognitivas, pois aquelas se caracterizam pela determinação em não assimilar os desapontamentos, ou seja, mantêm-se como expectativas apesar da situação que as contraria, em que pese serem frustradas, continuarão existindo¹⁹⁵.

Assim, é possível dizer que a Constituição Federal de 1988, sob a ótica sistêmica, pode ser interpretada como um “ponto de convergência dos processos comunicacionais da sociedade brasileira, no sentido da mais abrangente forma de institucionalização de expectativas normativas”¹⁹⁶.

A proposta de uma nova releitura constitucional é de suma importância, pois é imprescindível para que haja a consolidação dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, que permitirão, a partir das complexas expectativas da sociedade, normatizadas em programas, metas, regras, princípios constitucionalmente assegurados, a *automização* nos casos concretos, como por exemplo, nos litígios judiciais em que são pleiteados leito em hospitais, medicamentos. Isso acarreta a permissão da estabilidade e do funcionamento dos diversos sistemas sociais.

¹⁹⁵ LUHMANN; NAFARRATE, *Op cit.*, 1998. p. 56.

¹⁹⁶ CRUZ, R. N. **A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 257.

Dentro do sistema jurídico, os programas, as metas, os princípios constitucionais interagem em seus processos seletivos de informações em sua abertura cognitiva sistêmica ao ambiente, na medida em que delimitam os sentidos possíveis do código binário próprio direito/não-direito. Desse modo, garantem um mínimo de coerência à autorreferencialidade do sistema jurídico, de modo que exerçam controle interno de suas operações de comunicação, seu direcionamento e as condições sob as quais esses processos podem e devem ocorrer. Esses programas são visíveis no direito à saúde: na estrutura constitucional, temos um programa voltado à concretização do direito à saúde – o Sistema Único de Saúde.

Essa proposta de interpretação constitucional permite a evolução do próprio sistema jurídico, pois essa é uma característica da sociedade bem como do direito, na medida em que a produção legislativa se mostra incapaz de atender a essa generalização de expectativas e à uniformização parcial de sentidos atribuídos por sistemas sociais cada vez mais especializados, cujos meios de comunicação, simbolicamente generalizados, não seriam captados pelo processo legislativo tradicional, pois esse não consegue acompanhar a evolução do direito.

A partir do reconhecimento da saúde como direito, a busca pela tutela jurisdicional na expectativa de dar efetividade ao direito à saúde (expectativa normativa), muitas vezes, em uma situação de crise e escassez de recursos, em ambiente de forte tensão, acaba-se por ter o que se convencionou de *judicialização da política*, haja vista que as promessas (expectativas) constitucionais são frustradas. Essa frustração gera a busca pela tutela

jurisdicional para, na medida do possível, viabilizar a efetivação, a realização do referido direito¹⁹⁷.

Veja-se o que Delduque e Marques¹⁹⁸ entendem por judicialização:

O Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, vem se deparando com um volume cada vez maior de ações judiciais individuais que reivindicam os mais diversos medicamentos, insumos, tratamentos e produtos de saúde em face do Estado, como garantia do direito à saúde constitucionalmente resguardado. [...] as reiteradas decisões judiciais que se seguem, fundamentadas nos dispositivos legais que garantem o direito à saúde sob a perspectiva integral e universal, acabam por conferir àqueles que acessam o Judiciário as mais diferentes prestações de saúde, focadas nas necessidades individuais postas nos autos. Essas decisões judiciais, por conseguinte, acabam por incidir, de forma reflexa, na política pública de saúde, destinada a garantir o direito social à saúde sob a perspectiva coletiva e distributiva. A esse fenômeno convencionou-se chamar de “judicialização da política de saúde”.

Campilongo¹⁹⁹ nos adverte que são grandes os riscos de uma possível fragmentação do próprio direito constitucional, ou seja, uma constituição na versão colcha de retalhos, manipulada e utilizada num estilo *pret-à-porter*. É inegável que são grandes os riscos de se condicionar a interpretação dela a um determinado modelo de política econômica ou a um modelo político conjuntural. Estamos diante do risco de uma politização da própria ordem constitucional.

¹⁹⁷ MORAIS, *Op cit.*, 2008. p. 53.

¹⁹⁸ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 122.

¹⁹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 73-77. Cumpre destacar que autor trabalhou essa ideia no ano de 2000, ou seja, de lá para cá, a realidade de judicialização tem se alterado; todavia, ainda mostra-se extremamente pertinente tal perspectiva.

Vamos perceber que entre nós, muitas vezes, a efetividade dos direitos fundamentais, o seu gozo efetivo ou a sua garantia jurisdicional acaba sendo corrompida por alguma forma de intromissão política na gestão das coisas de Direito. Por alguma forma perversa de *corrupção do código comunicacional do Direito [...] pelo código de comunicação da política [...]*, muitas vezes o que se percebe é um condicionamento político da atividade jurisdicional²⁰⁰.

Esse acesso ao Poder Judiciário, na busca do bem constitucional – saúde – pode ser vislumbrado, inicialmente, como eminentemente individual, pois se verifica que as demandas, na sua maioria, referem-se à prestação de remédios ou tratamentos específicos. Nessa ordem, existe ainda outro grande problema: o acesso à justiça, o qual precede ao próprio acesso ao direito²⁰¹. No tocante ao direito à saúde, percebe-se que, na maioria dos casos, quem realmente buscará judicialmente a efetivação do seu direito é quem detém condições de custear um advogado ou quem é culturalmente um pouco mais informado para procurar a defensoria pública.

Na área do direito obrigacional, a prestação sanitária pode ser classificada como uma prestação positiva, ou seja, uma obrigação de fazer. Nessa, “a prestação recai sobre uma determinada atividade, por isso positiva”²⁰². Enquanto obrigação de não fazer, “a prestação do devedor apresenta um conteúdo negativo. Constitui-se geralmente em abster-se da

²⁰⁰ CAMPILONGO, *Op cit.*, 2000. p. 77.

²⁰¹ MORAIS, *Op cit.*, 2008. p. 55.

²⁰² BIRENBAUM, Gustavo. Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 134.

prática de algum ato, tal obrigação, bem como a de fazer, interferem enormemente na liberdade individual da pessoa”²⁰³.

Ainda sobre as obrigações negativas, destaca Gomes²⁰⁴ que a *obrigação de não fazer tem por fim impedir que o devedor pratique ato que teria o direito de realizar se não tivesse se obrigado a abster-se*. Importa autorrestrrição mais enérgica à liberdade pessoal, admitindo-se que não ultrapassem as fronteiras da liberdade jurídica.

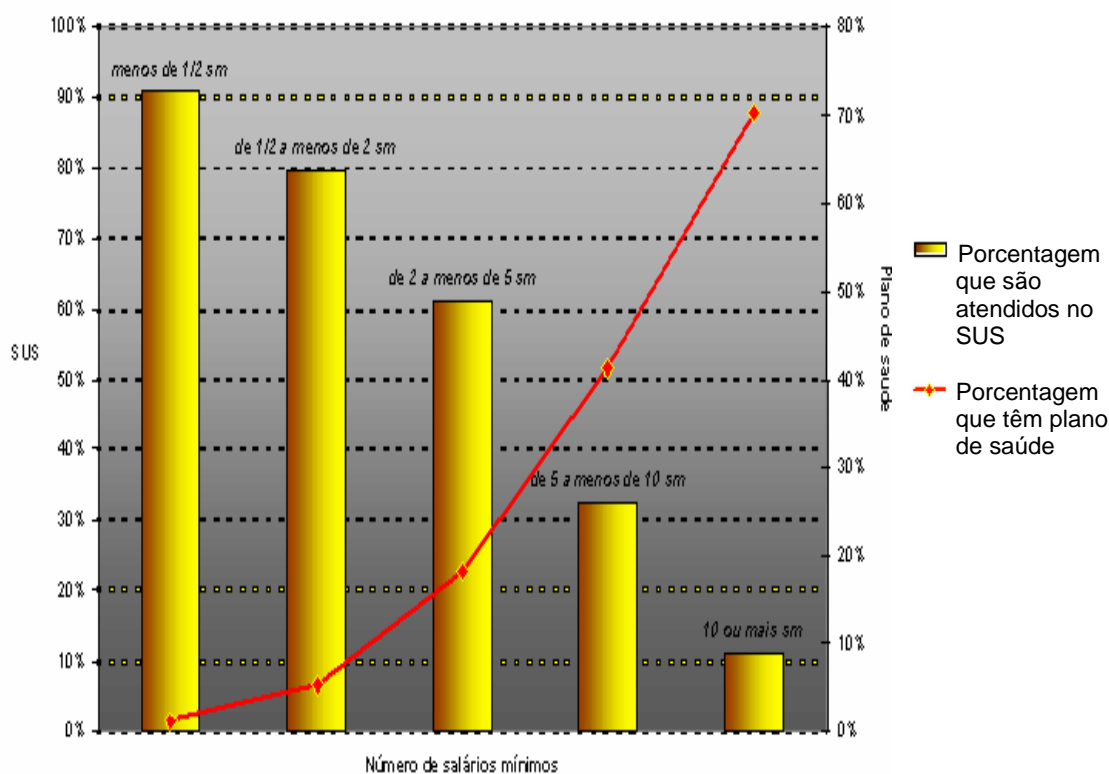
A temática da igualdade de respeito e consideração pode ser mais importante na perspectiva social do direito à saúde. Face à situação desfavorecida, inúmeros pobres sofrem discriminação no atendimento referente à saúde, na prestação do serviço público. Isso denota a falta de igualdade na sociedade²⁰⁵. A outra faceta disso é o caso de quem pode pagar por uma saúde melhor paga, e isso é nítido no crescimento dos planos de saúde no Brasil. Temos uns *cidadãos melhores* que os outros, e olhando o gráfico dos determinantes de saúde, nota-se que há uma expansão na utilização dos planos de saúde, o que só reforça a ideia do senso comum de que a saúde, para ser “boa”, precisa ser privada. Veja-se o gráfico acerca disso:

²⁰³ BIREMBAUM, *Op cit.*, 2008. p. 141-142.

²⁰⁴ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 37.

²⁰⁵ JUNGES, *Op cit.*, 2003. p. 54-55.

Porcentagem de pessoas ocupadas, de 10 anos e mais (na semana de referência), que são atendidas pelo SUS e/ou têm plano de saúde, por nível de renda (em salários mínimos *per capita*) – Brasil – 2003



Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), 2003.

Verifica-se que há constante crescimento da porcentagem de pessoas que têm plano de saúde. Observa-se, também, que o usuário do Sistema Único de Saúde é realmente um cidadão com um perfil financeiro mais fragilizado. Os determinantes de saúde que mensuram o acesso aos serviços estão atrelados ao perfil do usuário (raça, sexo, idade, educação, religião, localidade, dentre outros), e é nesse “perfil” que reside a “diferença” entre eles e a diferença brutal apresentada no gráfico. Outras características, tais como o tipo de

especialidade no atendimento e a própria organização do sistema, no tocante à porta de entrada do SUS, são determinantes dessa realidade.

A assistência no âmbito da saúde é um direito fundamental e cabe ao Estado prestá-lo. A questão da distribuição de recursos públicos é outro ponto relevante, trata-se de um problema que fundamentalmente está atrelado ao poder político. Todavia, a medicina²⁰⁶ não pode se excluir desse debate, pois há uma obrigação social dela nessa área. É uma obrigação da sociedade em relação aos indivíduos que a compõem. Face à justiça distributiva, a sociedade tem o dever de atender às exigências mínimas dos cidadãos que oscilam em razão do tempo ou do lugar²⁰⁷.

Nos casos em que a assistência sanitária não é assegurada por completo, pode-se defender a restrição aos serviços mais sofisticados e dispendiosos. Algumas condições devem ser seguidas para que se possa efetivamente pensar numa política de restrição (já que é tarefa do Estado propiciar a concretude da saúde), são elas: redefinir-se quanto a tratamentos de último recurso, em que a esperança de efeito é mínima, tendo sido usadas alternativas de utilização mais eficientes; existir consenso sobre a futilidade e superfluidade médica do tratamento; exigir aplicação igualitária da restrição a todos os membros da sociedade; visar o bem comum; não deixar a decisão da não aplicação de um tratamento ficar motivada na carga social que tal pessoa representa; a política de restrição deve ser revisada regularmente, pois a medicina está em constante processo de evolução e não devem ser excluídos

²⁰⁶ Na perspectiva do autor Junges, o termo é “medicina”, mas penso que é “saúde”.

²⁰⁷ JUNGES, *Op cit.*, 2003. p. 54-55.

os serviços adicionais e opcionais para quem deseja pagá-los²⁰⁸. E é nesse contexto que o judiciário é chamado a dar respostas, a decidir.

Diante desse contexto, nota-se que, desde os anos noventa, é crescente o número de ações judiciais na área da saúde. Na maior parte dos casos, buscou-se garantir acesso de usuários a medicamentos, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos. É latente a ampliação da atividade jurídica face às mazelas e à deficiência da administração pública. Um dos efeitos disso é que, em algumas vezes, há benefício no tocante à responsabilidade do Estado, na medida em que, face a essas demandas, o Estado desenvolve procedimentos adequados de incorporação, compra e distribuição de procedimentos terapêuticos na rede pública. É inegável que a esfera judicial foi a alternativa/parceria do movimento dos portadores de HIV/AIDS no Brasil desde a década de oitenta. O judiciário foi um importante canal para a garantia de acesso aos medicamentos, exames e controle da doença, e isso fez com que o Estado desse uma resposta: programas de atenção à doença foram conduzidos em âmbito nacional²⁰⁹.

As consequências da judicialização da saúde são fortemente sentidas na gestão do SUS. No início, a intervenção desarticulada e pouco criteriosa das inúmeras decisões judiciais afetou todo o “sistema”. Por outro lado, alguns dos problemas criados pela intervenção judicial na assistência farmacêutica, por exemplo, são reflexos de falhas na gestão do SUS, bem como o constante

²⁰⁸ JUNGES, *Op cit.*, 2003. p. 56-61.

²⁰⁹ BAPTISTA, Tatiana [et al]. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.3, n. 14, p. 829-839, 2009. p. 836-837.

desabastecimento de medicamentos. Esse desabastecimento faz com que inúmeros cidadãos interrompam seus tratamentos e cuidados médicos.

Inicialmente, a judicialização foi extremamente relevante, pois “pressionou” o Estado a regulamentar/normatizar algumas questões de saúde, além de fomentar políticas públicas mais eficazes. Num outro momento, a judicialização permitiu um diálogo intersetorial entre os diferentes operadores do sistema do direito com o Estado. Isso foi bastante significativo. Todavia, a contínua intervenção judicial, sem alguns cuidados, pode trazer diversos problemas ao SUS no tocante à desestruturação. Enquanto tivermos um Estado que não se mostra efetivamente capaz de dar concretude à saúde senão quando compelido pela via judicial, ainda mostra-se oportuno o fenômeno da judicialização, mas reitero: alguns cuidados devem ser tomados.

Apesar de todos os problemas (não só problemas, mas muitas vezes soluções) que a intervenção judicial propicia, penso que os magistrados podem adotar uma postura diversa para que a intervenção judicial seja um elemento positivo na construção do complexo sistema público de saúde. Assim, o estudo cuidadoso do caso concreto, atrelado ao conhecimento jurídico das regras que estruturam o SUS são caminhos para se chegar a consequências exitosas.

Sabemos que julgar bem não é tarefa fácil; vários magistrados de primeiro grau têm o primeiro contato com as demandas judiciais de saúde e enfrentam muitos desafios que não chegam às demais instâncias judiciais. Dentre os mais diversos problemas enfrentados no viés prático da jurisdição, podemos destacar os seguintes: a deficiente instrução dos autos pelas partes, a pressão psicológica exercida pelos autores/pacientes, os relatórios

(receituários) médicos contraditórios e com linguagem altamente técnica, a falta de apoio institucional, a ausência de diálogo entre os diversos órgãos do Executivo. Sabemos que o sistema do direito tem o dever de decidir, mas esse dever pode levar em consideração alguns cuidados. A comunicação que o julgador irá estabelecer por meio da sentença deve ser bem pensada e estruturada. O magistrado sempre decidirá, o próprio “não decidir” já é uma decisão, mas parece-me que o cerne da questão é que essa resposta deve ser pautada pelo direito e não pelo seu anseio de fazer justiça social com sua sentença.

Deve-se priorizar a busca por critérios mais claros para decidir sobre saúde e a tentativa de melhor instruir o processo para aflorar as peculiaridades de cada caso concreto, ou seja, o bom uso do código de processo civil para instrumentalizar a decisão.

É condição de possibilidade uma releitura da prática jurisdicional a partir das ferramentas conceituais do direito, como integridade (ideia apontada na teoria do jusfilósofo americano Ronald Dworkin), e das experiências institucionais encontradas no primeiro grau do Poder Judiciário. Creio que alguns fatores devem ser levados em consideração:

1) o aspecto da saúde anterior à judicialização da demanda, que tem uma enorme influência na tomada de decisão pelo juiz: o conhecimento médico. Antes de formular critérios ou proferir a decisão, o magistrado deve estar disposto a dialogar com o saber médico e a fomentar um debate dos médicos com seus pacientes (partes), e não apenas servir como mero homologador dos receituários médicos. Veja-se: o termo é *dialogar* e não

escravidão do decisionismo médico. É necessária uma *abertura do conhecimento médico*, pois já não se pode mais ficar preso ao paradigma “juiz boca da lei” e tampouco podemos ficar presos à ideia de médico como um *saber supremo* e não passível de diálogo ou interação. É preciso pensarmos num possível uso criativo e proativo dos poderes instrutórios que o Código de Processo Civil nos oferece com o objetivo de multiplicar os canais de comunicação entre médicos, pacientes e magistrados, para que os decisores possam compartilhar e assumir responsabilidades ao decidir sobre o que é saúde em cada caso concreto;

2) ao julgar as demandas por saúde, é inegável que os julgadores agem de modo diferente, em especial quando comparamos com os demais direitos sociais cujas demandas por realização são também trazidas ao Judiciário. Essa postura diferenciada não representa um protagonismo judicial voltado à realização do direito à saúde, mas sim uma falta de coerência com os princípios constitucionais que orientam a concretização do direito à saúde e a inobservância das normas administrativas e orçamentárias que estruturam o SUS. Os operadores do direito não podem ser imbuídos do sentimento de *Robin Hood*, esse deve ficar na literatura e não no desempenho da função jurisdicional.

Fundamentar uma decisão no artigo 196 dizendo que saúde é direito de todos e dever do Estado não é suficiente; é necessário que os juízes construam critérios para guiar suas decisões sobre saúde e harmonizar o direito constitucional com a legislação ordinária e normas administrativas que densificam o conteúdo normativo do artigo 196. Há que se destacar a

importância dos protocolos terapêuticos e das listas de medicamentos, que não podem ser ignoradas no ato da decisão;

3) creio que um dos caminhos é radicalizar a abertura democrática do Poder Judiciário. Necessitamos trazer para o centro do sistema do direito – o Judiciário – o debate público sobre as políticas públicas; saúde sem participação não tem êxito e nem sucesso. Para reconhecermos a saúde como direito, foi essencial a participação popular, e agora para a construção de um sistema público de saúde decente, que dê conta de concretizar esse direito, é essencial, de novo, participação! É justamente por isso que as políticas públicas formuladas pelos gestores da saúde (que “ouvem” o que a participação popular tem a dizer) são parâmetros normativos que devem ser levados em consideração pelos magistrados, pois, além de representarem normas jurídicas, são expressão das escolhas sociais e políticas que dão a real densidade ao direito à saúde. Sendo assim, o Poder Judiciário deve oferecer aos cidadãos procedimentos (tais como a audiência pública) para que possam questionar a legitimidade, a eficácia e a atualidade das políticas públicas de saúde, quando não forem suficientes as demais formas de participação e controle sociais. A audiência pública deve se repetir para a discussão daquilo que o controle social não está dando conta de discutir.

Nesse contexto, a ação civil pública é o instrumento processual interessante para o controle judicial das políticas públicas de saúde, face à abertura que o procedimento dessa ação de caráter coletivo possibilita para a participação dos diversos segmentos da sociedade e dos órgãos governamentais interessados na discussão. Esse é um instrumento capaz de

promover uma irritação ao centro do sistema: os tribunais. Há que se valorizar e usar mais ainda essa ferramenta para garantir a participação e o controle social mais efetivo das políticas públicas. Esse seria um modo de fazer o magistrado repensar sua prática jurisdicional a partir do conhecimento socialmente produzido. É essencial que os magistrados levem em conta, nas suas decisões, as resoluções, as portarias, as normas administrativas que estruturam o SUS.

Por mais que a nossa democracia seja ainda incipiente, não podemos entregar ao decididor do centro do sistema do direito as decisões sobre o conteúdo do direito à saúde! Quando ajuizamos uma ação (em boa parte dos casos) estamos fazendo isso, estamos retirando a escolha do arbítrio técnico dos gestores do SUS e do arbítrio político dos administradores (que nós indiretamente elegemos) e entregando ao arbítrio do magistrado. Essa é a nossa escolha? As escolhas dos magistrados são mais sábias ou justas que as dos gestores do SUS ou dos médicos que nos atendem?

No próximo subcapítulo, abordaremos as contribuições do CNJ para a compreensão do alcance da judicialização e o seu enfrentamento, a partir das ações tomadas pelo Conselho Nacional de Justiça, bem como do seu banco de dados *Justiça em Números*.

3.2 As principais contribuições do CNJ para efetivação do direito à saúde e a *especialização* do centro do sistema do direito no Rio Grande do Sul

Nesse item, analisaremos as contribuições, de cunho administrativo, do Conselho Nacional de Justiça para instruir o centro do sistema do direito, bem como os dados acerca do montante de demandas existentes. Observaremos, ainda, que o Rio Grande do Sul já apresentava uma *especialização* dentro do centro do sistema do direito, no tocante às decisões de saúde, prévias às recomendações do CNJ. Abordaremos algumas demandas anteriores a essas ações do CNJ e que tiveram reflexos no direito à saúde.

Cabe destacar a recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. As recomendações do CNJ estão pautadas na dignidade humana (fundamento basilar da República Federativa do Brasil), na tentativa de enfrentamento do problema da judicialização, face à relevância da matéria (direito à saúde) e ao grande número de ações judiciais, bem como à preocupação de garantir uma vida digna à população. As recomendações têm a pretensão de melhor instruir o julgador para o ato complexo de decidir essas questões de saúde. Para isso, o CNJ recomendou:

[...] aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações

relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA [...] b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência [...] c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura [...] d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde [...] II. Recomendar que [...] a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação [...] b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria²¹⁰.

Essas recomendações têm o escopo de instrumentalizar o magistrado (aqui magistrado mesmo, pois a recomendação é do CNJ, e a sua jurisdição de atuação restringe-se aos julgadores) para decidir questões de saúde, e a capacitação é um bom caminho, visto que as especificidades do direito à saúde não são estudadas na graduação em direito, tampouco integram os conteúdos de estudos das escolas dos juízes. Além disso, as recomendações têm um viés de diálogo, ou seja, incentivar a comunicação entre os diferentes atores envolvidos.

O Rio Grande do Sul apresenta algumas peculiaridades. É um estado cujo tema da saúde tem permeado as discussões, bem como nos avanços dessa problemática, o número de demandas de saúde foi crescente no estado,

²¹⁰ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>. Acesso em: 10/04/2011.

o que exigiu uma especialização do sistema do direito para poder decidir essas questões. No ano de 2008, no dia 18 de agosto, o Ministério da Saúde editou a portaria 1.707, que institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o processo *transexualizador*, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão em saúde. Alguns fatores influenciaram essa tomada de decisão, tais como a pressão e a representatividade do movimento social dos GLBTT (Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais), além dos determinantes e condicionantes da situação de saúde dessas pessoas. Esses motivos estão expostos na portaria.

Essa “necessidade” de saúde não surgiu apenas no ano de 2008. É interessante analisarmos parcialmente o histórico do movimento GLBTT e o modo como ele vem se consolidando ao reivindicar visibilidade enfatizar a denúncia da violência e da violação aos direitos humanos e reivindicar a igualdade de direitos. Segundo a ABGLT²¹¹, em 1978, no contexto de crítica à ditadura militar e em meio aos anseios pela (re)democratização do país, é editado, no Rio de Janeiro, o jornal “Lampião da Esquina”, articulando jornalistas, artistas e intelectuais homossexuais, marcando o início da organização de homossexuais no país. Concomitantemente, surge em São Paulo o Projeto SOMOS – Grupo de Afirmação Homossexual que marcou o início da organização civil de gays em torno da luta pela cidadania, que a partir da década de 80, espelhado em outras inúmeras iniciativas de organização e

²¹¹ ABGLT. **Juntos SOMOS mais fortes**. Publicação financiada com recursos do projeto 914/BRA/3014-UNESCO, 2003. Disponível em: <<<http://www.abgl.org.br/port/publicacoes.php>>. Acesso em 25/06/2011.

mobilização social, em diferentes estados brasileiros, lutou pela garantia de direitos humanos e pela denúncia de violência e discriminação contra GLBTT. O governo federal, diante das diversas “reivindicações” sociais desse movimento, lançou o Programa Nacional de DST/AIDS do Ministério da Saúde, na década de 90. Nota-se o avanço no trato dessas questões de saúde pública, mas as outras demandas desse movimento ficaram estagnadas. Só no ano de 2008 foi regulamentada a questão das cirurgias por meio da portaria 1.707.

No Rio Grande do Sul, desde o ano de 2000, o Hospital de Clínicas de Porto Alegre realiza as cirurgias de *transgenitalização*; há inclusive lista de espera. Esse é apenas um dos aspectos de saúde, visto que ainda há mais: saúde mental (entenda-se aqui o aspecto psicológico) do usuário desse procedimento cirúrgico; aspectos atinentes à vida civil, tais como identidade civil e a proteção dos dados pessoais. Dentro desse quadro vivido pelo estado sulista, deve-se destacar a decisão emblemática do juiz federal Roger Raupp Rios (doutor em direito e estudioso dos direitos transexuais no Rio Grande do Sul) que concedeu, em 2007, o procedimento cirúrgico em transexual. Trata-se de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, foi julgada procedente pelo Tribunal Regional Federal para obrigar o SUS a realizar a cirurgia de mudança de sexo nos pacientes transexuais. O Judiciário e o Ministério Público gaúcho inovaram: antes mesmo da regulamentação da transgenitalização, já tínhamos precedente. Eis a ementa do caso:

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA

IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO [...] 1 – A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente [...] 2 – A proibição constitucional de discriminação por motivo de sexo protege heterossexuais [...] Não há justificativa para tratamento desfavorável a transexuais quanto ao custeio pelo SUS das cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois (a) trata-se de prestações de saúde adequadas e necessárias para o tratamento médico do transexualismo [...] 10 – A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais [...] 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 – As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal [...] 14 – A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão desses procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido [...] ²¹².

Ainda dentro do panorama de “inovação” nas discussões de direito à saúde do Rio Grande do Sul, pode-se destacar que face à quantidade de demandas complexas envolvendo saúde, na comarca de Porto Alegre existe uma vara especializada em saúde pública. O titular da 10ª Vara da Fazenda Pública/Saúde Pública do Foro Regional da Tristeza da Comarca de Porto Alegre é o juiz de direito Eugênio Couto Terra. Cabe destacar que esse operador do direito exerceu e exerce um importante papel, visto que os seus conhecimentos e estudos transcendem a formação técnica do direito (o que

²¹² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível** n. 2001.71.00.026279-9/RS. Relator: Juiz Federal Roger Raupp Rios. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/pesquisa.php?hdnRefId=&txtPalavraGerada=&strSecao=TRF&txtValor=200771000262799&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&chkMostrarBaixados=&aviso=O%20código%20do%20processo%20não%20corresponde%20a%20um%20processo%20cadastrado%20no%20Tribunal%20Regional%20Federal%20da%204ª%20Região>>. Acesso em: 21/06/2011.

possibilita um melhor enfrentamento das demandas), perpassaram pela discussão da saúde na sua formação, pois no âmbito da pós-graduação, Eugênio Terra foi aluno da Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul. Essa evolução dentro do sistema do direito deve-se ao fato de o sistema não ser estagnado, a constante (des)diferenciação faz com que o sistema do direito vá cada vez mais se especializando, e isso não é diferente no centro do sistema: o tribunal (o fórum, as varas).

Dentro dessa ideia de especialização do sistema do direito, bem como ainda na perspectiva da judicialização da saúde, é oportuno visualizar e analisar os dados acerca da jurisdição brasileira, já que a judicialização, enquanto fenômeno, integra a construção do direito à saúde. Analisaremos os dados do CNJ, visto que esse realizou estudos de cunho administrativo, já que a sua função é, em tese, eminentemente administrativa.

A pesquisa *Justiça em Números* (que nada mais é do que, dentre outras coisas, a tabulação da litigiosidade brasileira realizada pelo CNJ) sofisticou as diretrizes e os métodos do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ) criado, ainda de maneira informal, no ano de 1989. O BNDPJ surgiu face à necessidade de modernização na administração judiciária e de formulação de uma política judicial. A ideia inicial foi defendida pelo ministro José Néri da Silveira, então presidente do Supremo Tribunal Federal, em 1989, que propunha um sistema de informações estatísticas com informações basicamente de movimentação processual. A *Justiça em Números*, deflagrada em 2003 por iniciativa do ministro Nelson Jobim, é resultado do estudo encomendado pelo Supremo Tribunal Federal ao Centro de Pesquisa de

Opinião Pública da Universidade de Brasília – DATAUnB. Dentre os objetivos, as finalidades e as pretensões da consultoria estava a construção do sistema integrado de informações do Poder Judiciário, uma espécie de banco de dados. O estudo teve início nos indicadores estatísticos propostos pela Justiça Federal, Estadual e do Trabalho que apresentavam maior relevância e confiabilidade. Os demais indicadores propostos foram baseados em indicadores de planejamento e gestão e nos resultados da pesquisa de imagem do Judiciário²¹³. Interessa-nos os dados relacionados, especialmente, à justiça estadual.

Essa pesquisa realizada pelo CNJ mostra-se relevante para observarmos a quantidade de demandas judiciais na sua totalidade, bem como para visualizar o montante (crescente) de demandas nas quais o Estado é acionado judicialmente. Isso nos permite fazer uma conexão com a ideia da judicialização.

²¹³ BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2007** – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2007.pdf>. Acesso em: 10/07/2011. p. 4-8.

PARTICIPAÇÃO GOVERNAMENTAL NA DEMANDA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Estado	A	B	C
Acre	61	4	Indisponível
Alagoas	Indisponível	indisponível	Indisponível
Amapá	Indisponível	indisponível	Indisponível
Amazonas	2.83	indisponível	Indisponível
Bahia	28.84	6.4	8
Ceará	Indisponível	indisponível	Indisponível
DF	Indisponível	indisponível	Indisponível
Espírito Santo	65	indisponível	44
Goiás	50.58	Indisponível	Indisponível
Maranhão	5.02	1	0
Mato Grosso	43.75	1.9	30
Mato Grosso do Sul	Indisponível	1.8	Indisponível
Minas Gerais	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Pará	35.24	8.5	1.21
Paraíba	11.46	Indisponível	35
Paraná	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Pernambuco	4.95	6	66
Piauí	1.51	Indisponível	Indisponível
Rio de Janeiro	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Rio Grande do Norte	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Rio Grande do Sul	140.913	2.4	29
Rondônia	3.71	3	29
Roraima	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Santa Catarina	Indisponível	Indisponível	Indisponível
São Paulo	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Sergipe	9.45	25.5	37
Tocantins	13	2	1
MÉDIA	22.64	4.3	36

Fonte: BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2003 – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2003.pdf>. Acesso em: 10/07/2011. Legenda: Ações propostas pelo: a. Governo Estadual e Municipal; b. Todos os órgãos e entes; c. Fundos de previdência estaduais e municipais.

Nessa tabela, nota-se que, no estado do Rio Grande do Sul, há a maior concentração de demandas envolvendo os governos estadual e municipal. Enquanto alguns estados têm valores baixos, tais como os das regiões Norte e Nordeste, que oscilam entre 1 e 35, o Rio Grande do Sul lidera com 140.913 ações no ano base do estudo de 2003, primeiro estudo desse porte. Cabe destacar que esse montante é de caráter geral, ou seja, envolve todas as

demandas. O sistema do direito ainda não evoluiu tanto a ponto de mapear as ações por setor, essa é uma meta que auxiliará no enfrentamento do problema e na própria análise do fenômeno da judicialização. Alguns tribunais, como é o caso do gaúcho, já estão investindo na área do sistema de informática para suprir essa necessidade. Esses números referem-se à participação governamental nas demandas, ou seja, está-se diante de uma sociedade de conflito, e esse não é só de indivíduos, é também estatal. Isso demonstra, de certo modo, a deficiência dos serviços prestados pelo Estado, ou seja, as falhas, assim como as omissões, são visualizadas nesse exacerbado número de demandas em que o Estado integra o polo demandado.

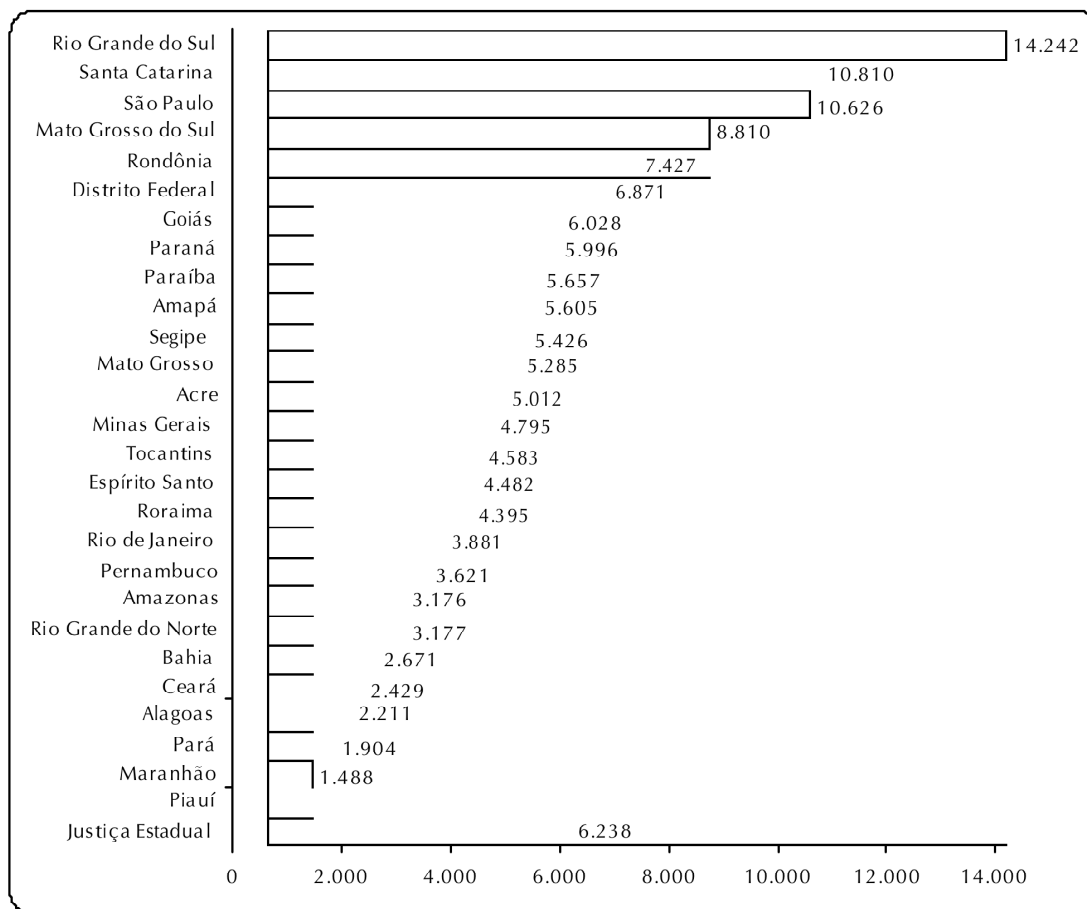
PARTICIPAÇÃO GOVERNAMENTAL NA DEMANDA DA JUSTIÇA ESTADUAL

Estado	2a	2b	2c
Acre	128	Indisponível	6
Alagoas	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Amapá	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Amazonas	16.972	Indisponível	Indisponível
Bahia	4.791	2.302	91
Ceará	Indisponível	Indisponível	Indisponível
DF	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Espírito Santo	565	Indisponível	836
Goiás	5.105	Indisponível	Indisponível
Maranhão	2.807	591	1
Mato Grosso	3.102	999	1.483
Mato Grosso do Sul	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Minas Gerais	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Pará	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Paraíba	533	Indisponível	1.899
Paraná	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Pernambuco	324	26	199
Piauí	714	Indisponível	Indisponível
Rio de Janeiro	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Rio Grande do Norte	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Rio Grande do Sul	30.958	12.762	27.365
Rondônia	1.665	870	812
Roraima	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Santa Catarina	Indisponível	Indisponível	Indisponível
São Paulo	Indisponível	Indisponível	Indisponível
Sergipe	11.857	3.727	1.089
Tocantins	134	287	47
MÉDIA	5.690	2.696	3.075

Fonte: BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2003 – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2003.pdf>. Acesso em: 10/07/2011. Legenda: Ação contra: a. Governo Estadual e Municipal; b. Todos os órgãos e entes; c. Fundos de previdência estaduais e municipais.

Verifica-se que no polo “Estado como demandante” também se observa uma situação desproporcional face aos demais estados brasileiros. O Rio Grande do Sul foi perquirido judicialmente duas vezes mais que São Paulo, segundo estado mais demandado judicialmente. O estado paulista tem uma população bem mais numerosa que o Rio Grande do Sul; logo, essa desproporção é de fato denunciadora da realidade “judicialização”.

Número de casos novos na Justiça do 1º grau para cada cem mil habitantes



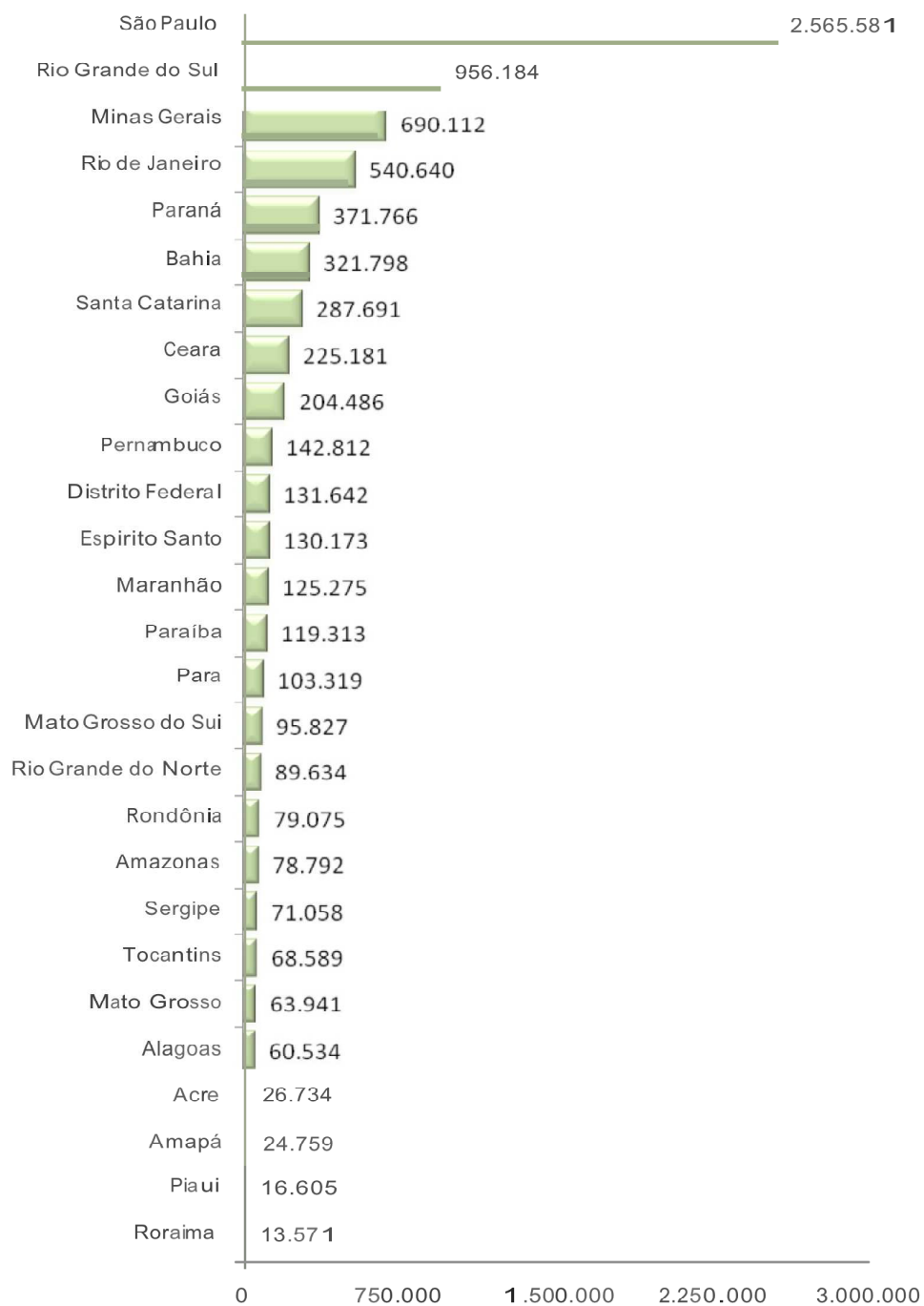
Fonte: BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2007 – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2007.pdf>.

No que concerne aos casos de primeiro e segundo grau, o Rio Grande do Sul ainda mantém-se na liderança do número de processos, o que é uma realidade preocupante. Isso nos permite “diagnosticar” a linha constante da judicialização. E os números que separam o estado dos demais não são pequenos, são diferenças significativas. Esses casos que chegam à primeira *entrância* estão naquilo que poderia ser chamado de vala comum da judicialização ou primeira fase, visto que são aquelas ações individuais, com uma demanda muito grande por medicamentos. Entretanto, não podemos

olvidar que o problema da judicialização não se restringe aos medicamentos. Sabe-se que o problema dos medicamentos é latente, mas não é o único dentro da problemática da concretização do direito à saúde.

2009

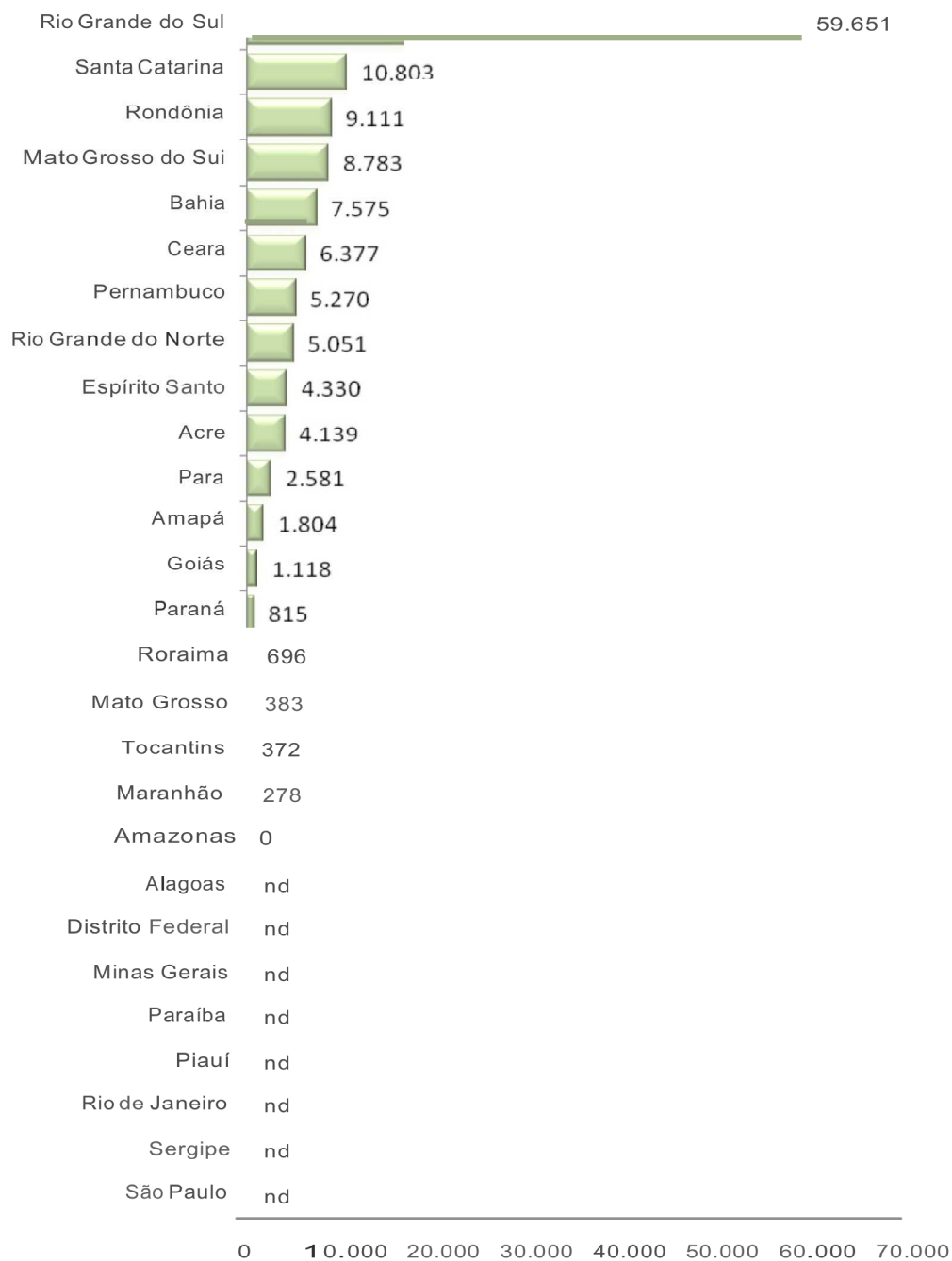
CASOS NOVOS DE CONHECIMENTO NO 1º GRAU



Fonte: Fonte: BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2009 – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2009.pdf>. Acesso em: 10/07/2011.

Observa-se que no âmbito do segundo grau, o estado de São Paulo assume o topo da lista e em segundo lugar vem o estado do Rio Grande do Sul. De qualquer modo, é nítido que os estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais apresentam números muito superiores aos demais estados da Federação, o que nos possibilita dizer que nesses três entes tem-se um prognóstico que marca claramente a acentuada demanda, ou seja, é o espaço onde a judicialização mostra-se de modo mais intenso, quiçá crônico.

Poder Publico como Demandado no 2º Grau:



Fonte: Fonte: BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça em Números 2009 – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2009.pdf>. Acesso em: 10/07/2011.

Nesse gráfico, percebe-se que, no ano base 2009, o estado do Rio Grande do Sul ainda destaca-se no rol dos estados como o que mais foi demandado judicialmente. Isso mostra que nossos serviços de saúde ainda são deficitários, ou seja, ainda há muito a ser feito e a ser construído. Outra questão relevante é a do acesso à justiça. A parte “marginalizada” da sociedade não tem o mesmo acesso que a classe média ou a alta têm, isso é fato. Diante dessa realidade, percebe-se que a ponta mais necessitada ainda não é atendida de modo tão intenso pela via da judicialização, tampouco pelo braço do Estado. Isso é um reflexo do acesso ao judiciário: só quem detém condições financeiras para custear um advogado consegue buscar a via judicial para tentar a concretização do direito à saúde ou até pelas defensorias. Entretanto, até quem procura a defensoria pública, às vezes não é tão “carente” assim.

Para finalizar o capítulo três, no próximo subcapítulo, analisaremos a fase empírica da pesquisa para observar as contribuições dos operadores do direito no Rio Grande do Sul. Nessa etapa serão analisadas as entrevistas da pesquisa de campo.

3.3 As contribuições dos operadores do direito para a construção do direito à saúde no Rio Grande do Sul: análise das entrevistas

Para análise das contribuições dos operadores do sistema do direito, optamos metodologicamente por entrevista com a seguinte pergunta: “De quais contribuições da sua instituição o(a) senhor(a) participou para a formação do direito à saúde?”. Foram entrevistados três operadores do direito, e o critério de escolha foi o a antiguidade e o envolvimento com as ações de saúde no Rio Grande do Sul. As entrevistas foram realizadas pessoalmente e por meio eletrônico. As respostas foram transcritas (e copiadas quando respondidas por meio eletrônico) literalmente. Foram escolhidos os profissionais que atuaram nas promotorias ou varas no período pós-88. Os entrevistados foram Paulo Leivas e Luiz Weber, do Ministério Público Federal, e Denise Oliveira Cezar²¹⁴, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Denise Oliveira Cezar, quando entrevistada, fez um resgate dos primórdios da sua atuação. Veja-se o que ela diz:

No início do ano de 1996, passei a exercer a jurisdição na 3ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre. No final do ano anterior, havia sido anunciado o coquetel anti-AIDS, que se anunciava muito mais potente no controle da doença. Tive, no início do ano, algumas poucas ações em que pessoas que dispunham de condições econômicas e eram portadores da doença pretendiam obter autorizações de importação do coquetel, que não estava à venda no Brasil, e tampouco havia sido registrado pela ANVISA. Naquela época se consolidou

²¹⁴ A desembargadora fez doutoramento na área do direito com enfoque no direito à saúde, especialmente em medicamentos. Nota-se o reflexo disso nas suas decisões, sempre bastante fundamentadas.

com facilidade o entendimento de que conquanto a lei não permitisse a importação para venda, não poderia impedir a importação pelo próprio doente, porque nestes casos não se tratava de questão de saúde pública, mas de liberdade de escolha individual de tratamento, contanto houvesse prescrição médica. Passados poucos meses começaram a surgir as ações judiciais que são consideradas as precursoras da judicialização de acesso à saúde. Eram ações de pessoas doentes, por terem contraído o vírus da AIDS, em quem o medicamento então disponível - o AZT, não foi capaz de conter a doença, ou foi rejeitado pelo doente, e que estavam em estágio avançado da doença, com grave risco de morte, e não tinham condições econômicas de suportar o custo do tratamento, na época bastante caro. Eles postulavam que o medicamento, não fornecido por programa de saúde, importado e não registrado, lhes fosse fornecido pelo Poder Público. Em alguns casos o fundamento jurídico era o disposto na Lei Estadual n. 9908/93, que previa o dever de fornecer medicamentos de uso contínuo e para o tratamento de doenças graves aos doentes que não tivessem condições de arcar com os seus custos, e em outros, o direito social de acesso à saúde, e o direito subjetivo dele decorrente, notadamente porque a administração estaria obrigada a oferecer uma política pública que contemplasse o princípio da integralidade do atendimento.

Nota-se que, no começo da atuação da então juíza de direito, em 1996, já tínhamos uma produção (legislativa) e estruturação do Sistema Único de Saúde. Contudo, diversas questões sobre, por exemplo, medicamentos ainda não eram normatizadas, tampouco havia políticas públicas específicas e suficientes. Outra questão relevante é o acesso à jurisdição para pleitear o coquetel importado para o tratamento da AIDS: esse acesso era, conforme o relato, de pessoas que detinham boas condições financeiras. Nota-se, num primeiro momento, uma *elitização* do acesso judicial ao medicamento para tratamento da AIDS. Posteriormente, tem-se uma demanda crescente no tocante ao tratamento dessa doença, todavia, o medicamento disponibilizado (AZT) já não atendia mais aos casos de maior gravidade, e o tratamento para esses casos era de alto custo. O medicamento postulado não estava no SUS,

à disposição, e sequer era registrado, ele era importado. As principais razões para o deferimento desse pleito eram a saúde enquanto direito de todos e dever do Estado (Constituição) e a lei estadual número 9908/93, que previa o dever de fornecer medicamentos de uso contínuo e para o tratamento de doenças graves aos doentes que não tivessem condições financeiras de arcar com os seus custos.

Veja-se a continuidade do relato da desembargadora:

Muitos destes processos foram propostos pela assessoria jurídica do GAPA, que desenvolveu um trabalho extraordinário. Os juízes do RS haviam participado intensamente do grande movimento nacional do processo constituinte brasileiro, e travaram embates para que fosse incluído no artigo 5º da CRFB, o parágrafo 1º, em que está estabelecido que os direitos fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, que são auto-aplicáveis, e com isto haviam entendido que fora afastada a ideia de que os direitos fundamentais, por conterem princípios, não conteriam direitos subjetivos que pudessem ser reconhecidos judicialmente, mas somente valores que deveriam nortear os poderes na elaboração de políticas ou de leis, colocaram-se pela vez primeira em condições de dar efetividade aos direitos fundamentais. E nestes casos os pedidos exigiam provimentos liminares - na época não havia a antecipação de tutela - o que tornava ainda mais complexa a questão. Além de ter de enfrentar toda uma doutrina antiga em que o direito subjetivo estava vinculado à prévia existência de uma lei em que se estabelecesse de forma clara os sujeitos e o objeto do direito, tínhamos também de enfrentar o impedimento legal em relação às liminares contra a fazenda pública, e principalmente nos casos em que a concessão fosse esgotar o pedido. Havia também as questões de natureza financeira para o Poder Público, falta de dotação orçamentária, e também a dificuldade de como fazer cumprir a liminar no caso de descumprimento. Do outro lado estavam questões de vida ou morte, que não poderiam ser enfrentadas sem a pressuposição clara de que, antes de qualquer direito, o Estado somente se justifica como exercente do poder que lhe é conferido pelo povo se o exercer para preservar a vida das pessoas. Então, sob estes argumentos, de que os direitos à vida e à saúde são direitos fundamentais que justificam a própria existência do poder instituído, e que estão definidos em uma norma constitucional, que conquanto seja um princípio jurídico e não

uma regra jurídica, têm uma eficácia normativa suficiente para caracterizar um direito subjetivo, que no mínimo será o de preservar os bens que os direitos fundamentais protegem, e ainda, considerando que a limitação à concessão de liminares à fazenda pública se constitui em um instrumento que contém em si uma equação de equilíbrio de urgências que nos casos de risco de vida se caracteriza de forma diferente, impondo a salvaguarda do bem maior, que é a vida da pessoa, bem que justifica a própria existência do Estado, as liminares começaram a ser deferidas, obrigando o Estado a fornecer aos doentes da AIDS o coquetel, único medicamento capaz de protegê-los do iminente risco de morte que estava documentado por meio de prova técnica - atestados médicos e prescrições médicas dos medicamentos. Estes primeiros processos colaboraram com o trabalho da sociedade civil para a organização do sistema de prevenção e tratamento da AIDS no Brasil, programa de excelência reconhecida internacionalmente, e foram os precursores da chamada judicialização.

Percebe-se o importante papel do movimento social GAPA no tocante à assessoria jurídica para o crescente contingente de cidadãos que demandava judicialmente seus medicamentos. Um dos grandes impasses, na década de 80, era justamente inserir no artigo 5º da Constituição, o parágrafo 1º para positivar a característica de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, ou seja, que são autoaplicáveis, e com isso se afastaria o entendimento de que os direitos fundamentais, por conterem princípios, não conteriam direitos subjetivos que pudessem ser reconhecidos judicialmente. Os juízes do RS participaram de modo intenso do grande movimento nacional do processo constituinte brasileiro e obtiveram êxito no tocante a essa questão. Isso viabilizou a possibilidade de exigir judicialmente a concretização do direito à saúde e ensejou uma série de ações pleiteando tratamento para a AIDS. Essa peculiaridade deu-se no Rio Grande do Sul: eis a judicialização. Isso fomentou

a organização da sociedade civil na busca pelos seus direitos no que tange ao tratamento e prevenção à AIDS.

A desembargadora continua:

Transposta dificuldade inicial, de se considerar que os princípios têm comandos normativos que podem ser judicializados, e que os direitos sociais podem ser exigidos por sujeitos que venham a demandar a proteção que eles oferecem aos bens jurídicos, foi definitivamente aberta a porta para milhares de pessoas doentes, que sofrem por ausência do tratamento que segundo o critério médico é o único a ter efeito, para postularem a exigência desta prestação do poder público, porque ele - o poder público - tem o dever de organizar uma política pública com prestações que ofereçam proteção suficiente ao direito protegido - a saúde -, contemplando o tratamento necessário para as moléstias. Assim nestes casos a obrigação de fornecer pode decorrer de omissão administrativa - quando a política pública não contempla o tratamento - de negativa administrativa - quando a política pública contempla o tratamento, mas recusa o fornecimento.

Essas foram as primeiras ações que chegaram ao Poder Judiciário Gaúcho após a constitucionalização do direito à saúde. Nota-se que as primeiras ações que pretendiam adquirir medicamentos para tratamento de AIDS eram propostas com a ajuda do GAPA, movimento social. O próprio acesso à justiça era exercido com o auxílio da sociedade civil organizada (ONG GAPA), mas, em contrapartida, o GAPA só se estabelece, de fato, em função do movimento social atrelado a essa luta.

O procurador Paulo Leivas, ao ser entrevistado, fez um resgate da sua atuação, em especial no que diz respeito a alguns problemas em Porto Alegre, no tocante ao serviço hospitalar. Veja-se o que ele diz:

Uma das principais ações foi a da central de leitos, conseguimos criar em Porto Alegre a central de leitos. Outro trabalho do MPF foi o TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) para ter um farmacêutico em cada farmácia e agora estamos numa fase de fiscalização. Outra “ação” é a do caso da contaminação dos servidores e pacientes do Grupo Hospitalar Conceição. Essas pessoas se contaminaram com um produto que agora não consigo lembrar o nome, mas enfim, era usado no hospital e isso contaminou as pessoas. Isso não é uma ação judicial, foi um “acordo com acompanhamento”, não foi um TAC. Esse caso gerou uma ação contra a ANVISA com o intuito de proibir o uso desse produto, e essa ação foi procedente. Outro caso é o dos transexuais: ajuizamos uma ação para garantir os direitos deles e agora estamos na fase da ação de execução, isso gerou uma portaria por parte do Ministério da Saúde para regulamentar a cirurgia de mudança de sexo. Tivemos o caso do bronzeamento artificial onde a Sociedade Gaúcha de Dermatologia fez uma representação ao Ministério Público para regulamentar isso, pois não tinha nenhuma regulamentação. Então tivemos que agir junto à ANVISA para conseguir a “normatização” do bronzeamento artificial. O Banco de Olhos também é outro caso interessante, pois num certo momento ele se descredenciou do SUS e ajuizamos uma ação para recomençar o atendimento pelo SUS, mas foi julgada improcedente. Também instaurei um procedimento referente à dupla porta de entrada do Hospital de Clínicas e posteriormente alguns colegas ajuizaram a ação referente a isso.

O direito à saúde apresenta um caráter inclusivo, entretanto, para que de fato seja assim é necessário ter-se acesso. A acessibilidade é palavra-chave no Sistema Único de Saúde. Isso está presente no processo de formação desse direito, no tocante à implementação da central de leitos em Porto Alegre e os reflexos disso: inibição da dupla porta de entrada dos hospitais. Essa era/é uma questão latente no acesso à internação hospitalar, ou seja, no acesso ao direito de fato.

No âmbito da discussão e da efetivação do direito à saúde, temos diversos enfoques. Saúde não é só ter uma consulta médica, um hospital, um exame e um medicamento. A questão é bem mais complexa. No que concerne

ao aspecto dos medicamentos, essa complexidade é crescente. A característica de uma sociedade *medicalizada* é visível, e essa realidade agrava-se ainda mais quando os estabelecimentos que comercializam medicamentos transformam-se em verdadeiros *shoppings sanitários* onde se encontra a “cura” para os mais variados problemas. A ausência de profissional adequado fomenta esse consumo desmedido/irresponsável. Diante desse quadro, foi extremamente pertinente a atuação do Ministério Público Federal no Rio Grande do Sul: foi firmado um TAC (Termo de Ajustamento de Conduta) em 2005, com o Sindicato dos Farmacêuticos do Rio Grande do Sul (e outras instituições) para dar concretude à lei 5.991/73, que exige a presença de um profissional em cada farmácia.

Outra situação relevante é o bronzamento artificial. A Associação de Dermatologia do Rio Grande do Sul pleiteou junto ao Ministério Público Federal algum tipo de ação (não só no sentido de demanda judicial) para regulamentar o bronzamento no Estado, visto que era uma realidade, no âmbito privado, que precisava de regulamentação, sob pena de o seu desenvolvimento, sem normatização, ocasionar algum problema de saúde pública. O MPF articulou-se com a ANVISA para conseguir a regulamentação do bronzamento.

Outra questão trazida pelo entrevistado é a dos transexuais analisada anteriormente, mas vale destacar que a iniciativa institucional foi do MPF face à provocação sofrida pelo movimento dos transexuais.

Luiz Werner, quando foi entrevistado, destacou a resolução de conflitos sanitários pela via extrajudicial e reforçou a análise dos problemas no setor

hospitalar, bem como os reflexos (judiciais e extrajudiciais) das iniciativas do Ministério Público Federal dentro desse segmento. Veja-se o que ele diz:

A solução extrajudicial sempre foi preponderante. Um dos casos cuja contribuição foi grande é o caso do Grupo Hospitalar Conceição. Ali tínhamos diversos problemas: cobrança “por fora” dos pacientes do SUS; tinha-se uma cotização de internações entre os médicos, uns podiam internar mais que os ou outros (isso teve reflexos e desdobramentos, pois a partir dessa dupla porta de entrada no hospital conseguimos implementar uma central de leitos para tentar coibir isso); a má qualidade das próteses era o pior aspecto e problema, visto que o fabricante das próteses para o Clínicas era uma fábrica de fundo de quintal e isso gerava *metalose* nos pacientes depois dos implantes. Ainda sobre a dupla porta de entrada (pagar por fora) o MPF conseguiu trabalhar a setorização das internações junto com a Secretaria Municipal de Saúde de Porto Alegre para que houvesse um controle das internações, das próteses e órteses. O controle das internações deu-se por meio da Central de Leitos. Outro problema no GHC eram as licitações direcionadas: o efeito disso foi a demissão (administrativa) de 5 médicos e o ajuizamento, por parte do MPF, de ação penal e ação de improbidade contra diversos réus, elas ainda estão tramitando. Os efeitos extraprocessuais são: a ANVISA disciplinou melhor (e normatizou) as questões de próteses de titânio (estabeleceu critérios para o SUS adquiri-las, bem como para a sua industrialização). Esses trabalhos do MPF iniciaram-se aproximadamente em 1994; 2002/2003, era um trabalho conjunto, envolvia 6 procuradores.

O entrevistado reitera o ponto da dupla porta de entrada nos hospitais e a ação do MPF para implementar a central de leitos e elidir essa realidade de dupla entrada. Outra questão é da qualidade das órteses e próteses e a consequente *metalose*: o fornecedor desse insumo não tinha a menor condição de fabricar, a má fabricação ocasionava a doença e isso gerava danos significativos ao paciente e demandava mais gastos ao Sistema Único de Saúde. A ação do MPF visou eliminar essa situação desastrosa. Isso era bastante intenso no Hospital de Clínicas de Porto Alegre. Os problemas eram

os mais variados possíveis: dupla porta, má qualidade de órteses e próteses, improbidade, dentre outros. Isso demandou uma ação de grande porte e desencadeou diversas ações penais contra médicos e demais servidores do hospital.

Em função das tratativas e ações do MPF, a ANVISA disciplinou a temática das próteses e órteses no tocante ao material utilizado na sua fabricação: foi regulamentado que deveria ser à base de titânio. Esse foi um avanço relevante para a saúde pública.

O entrevistado Werner abordou, também, a temática da relevância da ação civil pública em relação ao orçamento da saúde no estado do Rio Grande do Sul. Ele complementa:

Ajuizamos uma Ação Civil Pública, na Justiça Federal, contra o Estado do Rio Grande do Sul pelo fato de não haver a aplicação dos 12% da receita tributária líquida. O Estado maquiava a prestação de contas com outros gastos, tais como IPE, Brigada Militar (hospital); gastos com alimentação aos necessitados, ou seja, diversas rubricas. Essa foi uma ação conjunta com o Ministério Público Estadual, foi um litisconsórcio. Esta ação serviu de exemplo para os outros MP's, ainda está em grau de recurso. Uma das nossas dificuldades é conceituar o que são serviços de saúde? Temos seguido a linha de entendimento do TCU (Tribunal de Contas da União) e do CNS (Conselho Nacional de Saúde). Mais ou menos ali pelo ano de 1996-1999 começou a ação do MPF atuando muito com o CES (Conselho Estadual de Saúde) para implementar os Conselhos Municipais de Saúde no Estado: fazíamos seminários no interior para ajudar a esclarecer como organizar e montar um Conselho. A PFDC (Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão) é nacional, mas é importante dizer que ela fez muitos seminários envolvendo o tema dos medicamentos. Impetramos, também, um MS (Mandado de Segurança) contra o CREMERS (Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul) contra um ato do conselho que interditou a atividade médica no Hospital Nossa Senhora das Graças de Canoas. Extrajudicialmente eu diria

que tivemos muitos seminários e reuniões com gestores municipais e estadual.

Percebe-se que o trabalho realizado pelo Ministério Público Federal está atrelado não só à via judicial, mas sim e especialmente à extrajudicial, ou seja, à atuação conjunta do Ministério Público Federal com o Conselho Estadual de Saúde no que tange à organização dos conselhos municipais no estado. Nota-se que esse foi um trabalho de cunho informativo. Diversas questões foram regulamentadas e normatizadas graças às ações judiciais do MPF, mas a própria participação social também se consolidou, em parte, graças ao trabalho extrajudicial e de cunho “informativo” realizado pelo Ministério Público Federal.

Outro ponto crucial na ação do MPF foi o investimento em saúde: sabe-se que o Rio Grande do Sul não investe o mínimo constitucional na saúde. Isso desencadeou uma ação civil pública contra o Estado objetivando que esse investisse o valor previsto na emenda constitucional 29, visto que o Estado “maquia” o investimento que faz na área da saúde, coloca dentro dos 12% despesas como o Instituto de Previdência do Estado (IPE), dentre outras.

Quando falamos de direito à saúde e de consolidação do SUS, não podemos fugir à essência desse direito e da própria natureza do Sistema Único de Saúde: a participação popular. Se até o Ministério Público Federal, que em tese tem uma função de atuação judicial e extrajudicial (mas atrelada às questões de direito) pautou sua ação no viés extrajudicial com olhos à participação popular, no sentido de fomentá-la e instruir e auxiliar a população para a constituição dos conselhos municipais, não podemos olvidar jamais o

quão relevante é e foi o papel do MPF na consolidação do direito à saúde, bem como no fortalecimento da participação popular.

Vivemos numa democracia ainda frágil, cujos pilares foram e são a participação popular, dentre outros. A conquista da saúde como direito demandou participação da sociedade. A sua concretização também requer isso. Atualmente, estamos tentando avançar na solidificação do Sistema Único de Saúde, e se saúde é um direito e um “bem” da sociedade, nada mais plausível do que sua participação. Querer um SUS melhor é, também, reclamar por mais participação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

*La solidarietà avvicina mondi mentre la solitudine vive di separazioni e di distanze.*²¹⁵

Nessa dissertação, enfrentamos a ideia de solidariedade e fraternidade como pressupostos para a efetivação de uma sociedade na qual as distancias podem ser aproximadas. A saúde é um tema que aproxima mundos e saberes. Na construção do referencial teórico, mostramos o quanto os temas relativos à saúde e ao direito ao direito à saúde são transdisciplinares e o quanto eles precisam ser estudados desde perspectivas intersetoriais. Estudamos como as políticas públicas contribuíram para a efetivação deste direito e como, muitas vezes, mesmo tendo sido constitucionalizado tal direito e tendo políticas publicas, essas últimas se revelam ineficazes.

Por isso, para falarmos no direito à saúde e da disciplina do Direito Sanitário, precisamos de referenciais teóricos capazes de dar conta da complexidade do processo de construção e efetivação do direito à saúde e os seus reflexos. Assim, nada mais plausível do que a escolha pela teoria dos sistemas sociais. A teoria sistêmica observa e enfrenta as características da sociedade, dentre as quais a complexidade, a contingência e o risco, todas essas presentes de modo visível e latente no direito à saúde. Pensar na saúde enquanto direito remete-nos a ideia de saúde como bem da comunidade, ou

²¹⁵ RESTA, *Op cit.*, 2002, p. 09. [Tradução livre]: A solidariedade aproxima mundos, enquanto a solidão vive de separação e de distância.

seja, um direito de solidariedade não só no sentido constitucional de repartição de competência no tocante ao dever do Estado, mas sim no sentido de ser um direito que nos demanda ver o outro, preocupar-se com o outro. E foi justamente essa análise que a matateoria do direito fraterno possibilitou. A partir desses referenciais, foi possível fazer uma leitura da história do direito à saúde.

O estudo da situação atual do direito à saúde implicou ver como a saúde foi sendo percebida pelos mais diversos sistemas sociais, e quais foram as reflexões realizadas no âmbito acadêmico sobre o tema. O estudo acerca do direito à saúde e da disciplina Direito Sanitário teve início na Itália e na França. Foram estabelecidas nas instituições de ensino, e um dos efeitos disso foi a institucionalização de cursos de formação e capacitação, no âmbito da pós-graduação, na área da saúde, envolvendo diversos saberes.

Esse processo teve reflexos no Brasil, visto que o contexto de redemocratização do país e a significativa participação popular possibilitaram a positivação do direito à saúde na Carta Magna de 1988. Todavia, o reconhecimento do *status* de direito fundamental deu-se no espaço acadêmico. A disciplina do Direito Sanitário teve início na Universidade de São Paulo e foi anterior à constitucionalização da saúde enquanto direito.

Observou-se que após 88 houve uma densificação da produção de legislação e regulamentação no tocante ao direito à saúde, especialmente face à necessidade de instrumentalizar o Sistema Único de Saúde. Percebeu-se, ainda, que ocorreu uma mudança no paradigma de análise do direito à saúde, ou seja, passamos pelo momento de defender a ideia de fundamentar o direito

à saúde enquanto direito; posteriormente, a preocupação foi consolidar o direito à saúde como um direito social fundamental. Atualmente, a discussão permeia a concretização desse direito e o modo pelo qual isso se efetivará. A judicialização aparece com muita força nesse processo de concretização: diante da inércia parcial ou total do Estado, o Judiciário acabou interferindo nas questões de saúde.

Nos primórdios dos anos 90, a preocupação era construir e solidificar a concretização do direito à saúde por meio do Sistema Único de Saúde. Num segundo momento, a pretensão era consolidar e institucionalizar políticas públicas. Observou-se, também, que a faceta do capitalismo atrelado à saúde também encontrou espaço nesse processo de construção, visto que a saúde, numa perspectiva consumerista, também foi objeto de regulamentação (Agência de Saúde Suplementar, regulamentação das relações de saúde no âmbito privado – planos de saúde).

A partir de 1988, iniciou-se uma forte produção literária acadêmica sobre o tema, e os anos 90 marcaram a consolidação do direito à saúde como um direito fundamental. Isso gerou alguns efeitos, dentre os quais a busca pela efetivação desse direito na via jurisdicional; surgem, então, as primeiras discussões sobre a judicialização. Vemos que esse processo não passou despercebido no interior do sistema da saúde. Para muitos gestores de saúde, a discussão tinha pauta na capacidade técnica e financeira dos municípios, já que, como abordamos no trabalho, no início desse processo, a saúde e direito não “falavam”, e tivemos decisões judiciais que nem sempre conheciam a realidade dos municípios. Durante esse processo, estávamos na primeira fase

da judicialização, ou seja, o judiciário concedia quase tudo o que se pedia e sequer conhecia a realidade do Sistema Público de Saúde. Não havia diálogo entre os atores envolvidos.

O direito à saúde passou por uma longa trajetória até ser constitucionalizado em 1988: de “caridade” passou a ser direito. Após o êxito constitucional, num primeiro momento, o cerne da questão era fundamentar e discutir o aspecto “direito fundamental social”. Atualmente, não há dúvidas quanto ao fato do direito à saúde ser um direito fundamental e social. A problemática reside em como concretizá-lo. Diante disso, nos anos 90, as demandas eram por cirurgias no exterior; tratamento para HIV/AIDS, no final dos anos 90, eram para mudança de sexo, e isso evoluiu para medicamentos (de modo geral), próteses, órteses, internações, tratamentos de câncer, dentre outros pedidos. O judiciário passou a ser chamado para “resolver” um problema de gestão.

Esse processo de reconhecimento (aceitação, solidificação) do direito à saúde enquanto direito fundamental integra o processo de construção do direito sanitário, bem como a característica da transdisciplinaridade, pois, nesse processo de construção, há diferentes atores sociais interagindo. Observa-se a presença dos movimentos sociais, dos atores jurídicos (MP, Poder Judiciário), dos atores de gestão e do legislativo. Diante disso, notou-se, ainda, o forte papel da municipalização na concretização do direito à saúde: os municípios enfrentam a demanda da concretização do direito à saúde praticamente sozinhos.

Inicialmente a racionalidade que permeou as decisões jurídicas era simplesmente a relação credor/devedor (credor: cidadão; devedor: Estado), SUS, CPMF e Emenda Constitucional 29, ou seja, tem-se o direito à saúde e tem-se o financiamento. Esse fenômeno evolui e, a partir da audiência pública, inaugura-se uma nova fase: abertura da judicialização. Nesse momento, o Poder Judiciário quer compreender onde está o vácuo, pois se há o direito, o dever e existe financiamento, em algum lugar há um vácuo. Aqui se inicia a fase do diálogo, creio que essa seja a fase contemporânea.

Durante esse começo da judicialização, pode-se dizer que o Rio Grande do Sul foi pioneiro, não só no que tange ao fato de a judicialização da saúde ter iniciado aqui, mas também no que concerne à postura que aqui se solidificou. Mesmo antes da constitucionalização do direito à saúde, o estado já apresentava traços de um Estado Social, isso é notável a partir da própria história, especialmente no que diz respeito ao alto nível de politização, de cidadania, de democracia no estado. Esse contexto favoreceu um amadurecimento dos envolvidos nesse complexo problema. Em que pese a fase do diálogo ter se iniciado, formalmente, a partir da audiência pública, nota-se, conforme visto nas contribuições do sistema do direito, que o judiciário e o Ministério Público já dialogavam com os conselhos de saúde e com os gestores. Observou-se que determinado momento, a realidade do limite orçamentário foi sentida e, a partir de então, houve uma produção acadêmica intensa acerca da reserva do possível e da judicialização. Essa reserva, no tocante ao orçamento, não foi mencionada nas entrevistas; todavia, diante da forte produção acadêmica, notou-se que isso era uma demanda latente.

Com a pesquisa empírica, constatou-se que o judiciário do Rio Grande do Sul já dava novas respostas para os velhos problemas que ainda não tinham recebido a devida normatização/regulação, quiçá possamos falar numa especialização do vértice do sistema do direito: os tribunais. Uma das marcas dessa especialização do sistema é a Vara Especializada em Saúde, na comarca de Porto Alegre. Inicialmente as demandas de saúde eram apreciadas pela Vara da Fazenda Pública; contudo, com o crescente aumento das demandas de saúde e a necessidade de termos decididores “especializados” para enfrentar a temática, o Fórum de Porto Alegre organizou-se autopoieticamente e reproduziu dentro do sistema do direito uma vara especializada em demandas de saúde.

Essa *especialização* do sistema do direito, em especial do centro dele, é necessária, pois se no passado (logo após a constitucionalização), as demandas eram apenas, por exemplo, de internação e pedido de medicamentos e hoje falamos em cirurgia para troca de sexo (processo de transgenitalização), resta-nos a *grande pergunta*: o que vamos pedir amanhã? Como o direito e a saúde estão preparados para lidar com isso? Assim, a constante “atualização” do sistema do direito mostra-se necessária e essencial para lidar com isso. Com o trabalho, notou-se esse quadro evolutivo crescente de demandas de saúde frente ao direito. Cabe a ele e aos atores envolvidos nisso traçar limites, e esses poderão ser traçados através daquilo que estabelecermos, por meio das *pactuações*, como, por exemplo, os acordos relativos à saúde que queremos.

Atualmente estamos numa fase de amadurecimento da discussão e da produção atrelada ao direito à saúde e ao direito sanitário. Começa-se a pensar na saúde como um bem comum da comunidade, e isso tem reflexos nas tomadas de decisão referentes ao direito à saúde. A fraternidade, as pactuações entre iguais adquirem mais espaço e relevância no contexto atual. Já não se pensa mais numa saúde individual ou de classes; o paradigma é de uma saúde para todos, e esse “todos” tem responsabilidade com a saúde do outro *Eu*.

Talvez um dos caminhos, uma das possibilidades de cunho organizacional para auxiliar o árduo processo de concretização do direito à saúde seja a efetivação do fundo de saúde, pois isso auxiliaria no processo de gestão da saúde, que é o seu ponto nevrálgico. Ou seja: os fundos especiais foram definidos pela Lei nº 4.320, de 1964, nos arts. 71 a 74, e essa lei definiu que os produtos das receitas especificadas por lei vinculam-se à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação. Em outras palavras, esses fundos têm por finalidade “programar” a parte financeira, reserva-se uma parte da receita para ser viável organizarem-se os gastos em saúde. Essa lei foi recepcionada pela Constituição de 1988; sendo assim, é plenamente aplicável ao caso da saúde. O fundo de saúde foi previsto pela Lei nº 8.080 de 1990, que exigia a criação de conta especial (art. 32, § 2º) para isso. A Lei nº 8.142 de 1990 (art. 4º) definiu isso como fundo especial de saúde. A partir da emenda 29, essa exigência tornou-se constitucional, passou-se a exigir que toda a movimentação de recursos do setor saúde fosse feita através de fundos de saúde (receitas próprias, de cada

ente da federação, para realizar a distribuição dos recursos da União para estados e municípios e dos estados para municípios).

Todavia, o problema reside justamente na consolidação, ou aceitação, ou até concretização desses fundos. Do ponto de vista operacional, eles não existem, o que dificulta muito a organização financeira da saúde, especialmente nos municípios. Esses, por sua vez, têm dificuldades na organização das suas ações de saúde, pois não é possível saber quando vão ganhar dinheiro novamente. A consolidação e manutenção dos fundos com periodicidade seria uma boa alternativa para a gestão da saúde. Isso facilitaria a própria transparência da coisa pública, característica do modelo republicano.

Notamos, a partir desse trabalho, que um dos pontos de avanço na construção do direito à saúde é a aceitação dos determinantes sociais de saúde como norteadores da ação em saúde. Os fatores sociais atrelados aos diferentes comportamentos sociais, econômicos e culturais passaram a ser observados enquanto determinantes e condicionantes do direito à saúde, pois eles fornecem subsídio para o gestor público conhecer as demandas, bem como ter um perfil do público alvo da ação de saúde. Esse perfil não é o epidemiológico, fornecido pelos estudos estatísticos e de epidemiologia, mas é o fornecido pelas determinações sociais. É condição de possibilidade para a efetivação do direito à saúde levarmos em consideração os determinantes sociais de saúde.

Ainda vivemos numa democracia jovem e em processo de construção; é mais do que visível a necessidade de maior participação popular. A democracia requer participação. Se a saúde é um bem da comunidade, nada mais razoável

do que a comunidade participar da tomada de decisão das questões de saúde. Só a sociedade pode saber quais são as suas efetivas demandas de saúde e só ela (nós) podemos saber o que de fato queremos para a saúde. Para a efetivação do Sistema Único de Saúde, é necessário o engajamento de todos; só teremos um *SUS Legal* se todos quisermos um sistema público de saúde eficiente e efetivo. É esse “querer” da comunidade que fará a diferença nesse árduo processo de construção/concretização do direito à saúde. Com a pesquisa, observamos o papel fundamental da participação popular, tanto no processo de constitucionalização do direito à saúde quanto no de concretização desse modelo de um sistema público de saúde. A participação popular teve extrema relevância, inclusive, no processo de descentralização da saúde; os conselhos de saúde foram fundamentais para a implementação da municipalização da saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABGLT. **Juntos SOMOS mais fortes**. Publicação Financiada com recursos do projeto 914/BRA/3014-UNESCO, 2003. Disponível em: <<http://www.abglt.org.br/port/publicacoes.php>>. Acesso em 25/06/2011.

ADAM, Michel. Retornos de experiência de ação em sistemas complexos. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Loius (Orgs.). **Inteligência da Complexidade** – Epistemologia e Pragmática. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

ALMEIDA FILHO, Naomar. Transdisciplinaridade e saúde coletiva. **Ciência e Saúde Coletiva**, n. 11, 1997.

ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. Municipalização da saúde no Brasil: diferenças regionais, poder de voto e estratégias de governo. **Ciência & Saúde**, v. 3, n. 7, 2002, p. 456-479.

AUBY, Jean-Marie **Le Droit de la Santé**. Paris: PUF, 1981.

BABAGLIETTI, G. **Diritto Sanitário**. Bologna: Patron Editore, 1973.

BAPTISTA, Tatiana [et al]. Responsabilidade do Estado e direito à saúde no Brasil: um balanço da atuação dos Poderes. **Ciência & Saúde Coletiva**, v.3, n. 14, p. 829-839, 2009.

BASARAB, Nicolescu [et al] (Orgs.) **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000.

BASARAB, Nicolescu. Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade. In: BASARAB, Nicolescu [et al] (Orgs). **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BERCOVICI, G. Soberania e constituição: Poder Constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional. Tese (Concurso de Professor Titular junto ao Departamento de Direito do Estado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. **RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 262-72, jul./dez. 2007.

BERLINGER, G. **Medicina e Política**. Tradução de B. Giuliani. São Paulo: Cebes/Hucitec, 1978.

BIRENBAUM, Gustavo. Classificação: obrigações de dar, fazer e não fazer. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BLASI, Valéria. Reconstrução histórica da Municipalização dos Serviços de Saúde em Porto Alegre. **Revista NIPESC**, Porto Alegre, v. 3-4, n. 3-4, 1998/1999, p. 33-43.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA, Ialê Falleiros. A Sociedade Civil e as Políticas de Saúde no Brasil dos anos 80 à primeira década do século XXI. In: MOROSINI, Márcia Valéria Guimarães Cardoso; REIS, José Roberto Franco (Orgs.). **Sociedade, estado e direito à saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. Disponível em:

<<http://www.bvseps.epsiv.fiocruz.br/lildbi/docsonline/8/7/1078-005915.pdf>>.

Acesso em: 12/01/2011.

BRASIL, CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2007** – Breve Análise do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_em_numeros_2007.pdf>. Acesso em: 10/07/2011.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=10547:recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010&catid=60:recomendas-do-conselho&Itemid=515>. Acesso em: 10/04/2011.

BRASIL, Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **SUS 20 anos.** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília: CONASS, 2009.

BRASIL, Fiocruz. **Iniquidades em saúde no Brasil, nossa mais grave doença.** Disponível em: <<http://www.determinantes.fiocruz.br/iniquidades.htm>>. Acesso em 28/05/2011.

BRASIL, **Lei 8.080** de 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8088consol.htm>>. Acesso em: 24/05/2010.

BRASIL. Justiça Federal. **Processo de execução de sentença contra Fazenda Pública nº 2003.71.05.005440-0/RS.** Publicado no Diário Eletrônico de 19 de maio 2010. Disponível em: <http://www.jfrs.jus.br/processos/acompanhamento/resultado_pesquisa.php?sel>

Forma=NU&txtValor=200371050054400&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todaspartes=&txtDataFase=&selOrigem=RS&sistema=&hdnReflid=&txtPalavraGerada=> Acesso em: 22/05/2010.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Sistema de Informações sobre Orçamentos em Saúde** – SIOPS. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>>. Acesso em: 28/05/2011.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível** n. 2001.71.00.026279-9/RS. Relator: Juiz Federal Roger Raupp Rios. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: União Federal. Porto Alegre, 14 de agosto de 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/pesquisa.php?hdnReflid=&txtPalavraGerada=&strSecao=TRF&txtValor=200771000262799&selForma=NU&txtDataFase=01/01/1970&chkMostrarBaixados=&aviso=O%20código%20do%20processo%20não%20corresponde%20a%20um%20processo%20cadastrado%20no%20Tribunal%20Regional%20Federal%20da%204ª%20regiao>>. Acesso em: 21/06/2011.

BRASIL, Universidade de São Paulo. I Seminário Internacional de Direito Sanitário. **Anais do I Seminário Internacional de Direito Sanitário**. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública. Disponível nos registros internos do CEPEDISA – Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário. Acesso em 31/05/2011.

BRASIL. **Relatório da Comissão Nacional dos Determinantes Sociais de Saúde no Brasil**. Abril, 2008. Disponível em: <<http://www.determinantes.fiocruz.br/>>. Acesso em: 25/07/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento Nº 70033685462**, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, julgado em 03/12/2009. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cirurgia+de+traumatologia+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 26/07/2011.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo Nº 70039339064**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 11/11/2010. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?q=cirurgia+de+traumatologia+&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%29&requiredfields=&as_q=>> Acesso em: 26/07/2011.

BUCCI, Maria P. Dallari (Org.). O conceito de política pública em direito. In: **Políticas Públicas**. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURSÓN, José María Sánchez. Aproximación a un concepto de derecho sanitario: noción y sus fuentes. **Revista de trabajo**, n. 94, 1989, p. 45-74.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais: tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 1991.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. A Sociedade em Rede. v. 1. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra 1999.

CHAVES, Mário. **Complexidade e transdisciplinaridade: uma abordagem multidimensional do setor da saúde**. Disponível em: <<http://rho.uesc.br/cpa/artigos/transdisciplinaridade.pdf>>. Acesso em: 08/12/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Lucas (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional** – estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington de Souza. Porto Alegre: SAFE, 1995.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Trad. Miguel Pérez y Carlos Villalobos. México: Anthropos Editorial del Hombre, 1996.

COSTA, Nilson do Rosário [et tal] (Orgs). **Demandas populares, políticas públicas e saúde**. v. 11. Petrópolis: Vozes, 1989.

COSTA, Ricardo C. da. Descentralização, financiamento e regulação: a reforma do Sistema Público de Saúde no Brasil durante a década de 1990.

Revista de Sociologia e Política, n. 18, p. 50-51, jun. 2002.

CRUZ, R. N. **A teoria dos sistemas e a força normativa constitucional do sistema jurídico sanitário**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

CUNHA, Renoir. Direito Sanitário, Ministério Público e Reforma Psiquiátrica.

Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 5, n. 1, março de 2004, p. 87-106.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Curso de Especialização em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal/Ministério da Saúde**. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. **Direito Sanitário e Saúde Pública**.

Brasília: Editora MS, v. 1, p. 39-64, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, n. 22, p. 57-63, 1988.

DALLARI, Sueli; FORTES, Paulo. Direito Sanitário: inovação e novo campo de trabalho. In: **Saúde e democracia – a luta do CEBES**. Sonia Fleury (Org.). São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

DELDUQUE, Maria Célia. Saúde: um direito e um dever de todos. **Boletim da Saúde**, v. 24, n. 2, jul/dez. 2010, p. 93-97.

DELDUQUE, Maria Célia. Observar para participar: a *word wide web* como instrumento para acompanhar a produção legislativa em saúde no Brasil.

DELDUQUE, Maria Célia; ROMERO, Luiz Carlos. (Orgs). **Estudos de Direito Sanitário**: a produção normativa e a saúde. Brasília: Senado Federal: Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, p. 157-162.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim. O direito social à saúde deve ser garantido por políticas públicas e decisões judiciais. In: DELDUQUE, Maria Célia (Org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: CEAD/FUB, 2009.

DIAS, Maria Angélica de Salles. Intersetorialidade: um olhar da saúde. **Saúde Digital**, n. 23, Novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.pbh.gov.br/smsa/biblioteca/sausedigital/novembro2003/intersetorialidade.html>>. Acesso em> 28/05/2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e castigo**. Trad. Paulo Bezerra. São Paulo: Editora 34, 2001.

DUARTE, Carlos Ebeling. **O Conselho Estadual de Saúde na defesa do SUS**. Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.saude.rs.gov.br/wsa/portal/index.jsp?menu=organograma&cod=1981>>. Acesso em 14/07/2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ELIAS, Paulo Eduardo. Políticas em Saúde. In: ARANHA, Márcio; TOJAL, Sebastião (Orgs.). **Curso de Especialização à distância em direito sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura**. Universidade de Brasília, Escola Nacional de Saúde Pública, FIOCRUZ/REFORSUS, Ministério da Saúde. Brasília.

ELIAS, Alexandre Nemer. Direito Sanitário: Autonomia e Princípios. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 2, jul./out. 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e dela democrazia. V. 1. Roma – Bari: Editora Laterza, 2007.

FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. In: **Saúde e Democracia – A luta do CEBES**. Sonia Flery (Org.). São Paulo: Lemos Editorial & Gráficos Ltda., 1997.

FLEURY, Sonia. Reflexões teóricas sobre democracia e Reforma Sanitária. In: FLEURY, Sonia.(Org.) **Reforma Sanitária: em busca de uma teoria**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 1995.

GERSCHMAN, Sílvia. Sobre a formulação de políticas sociais. In: FLEURY, Sonia. **Reforma Sanitária: em busca de uma teoria**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Saúde Coletiva, 1995. p. 119-138.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros. Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERMAS, Jürgen. A nova intransparência. **Cadernos CEBRAP**. São Paulo, setembro de 1987, n. 18, p. 103- 114.

HERKENHOFF. João Baptista. **Como aplicar o direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HERKENHOFF. João Baptista. **Fundamentos de Direito**. Visão panorâmica do universo jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HOMERO. **Odisseia**. Rapsódia XII. São Paulo: Scipione, 2008.

IANNI, Octavio. **Estado e capitalismo**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

ITÁLIA, Constituição Italiana: Disponível em: <<http://www.governo.it/Governo/Costituzione/principi.html>>. Acesso em: 10/02/2011.

JUNGES, Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

LESSONA, Silvio. **Trattato di diritto sanitario**. Milano: Fratelli Bocca, 1914.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. México: Universidad Iberoamericana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Introducción a la teoría de sistemas**. México D. F.: Antrhopos, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Trad. Javier Nafarrete. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas; NAFARRATE, Javier Torres (Coord.). **Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general**. Trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erker;

Rubí (Barcelona): Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria della società**. Milano: Franco Angeli, 1996.

MACHADO, C. **Direito universal, política nacional: o papel do Ministério da Saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002**. Rio de Janeiro: Editora Museu da República, 2007.

MANUÉS, Antonio G. Moreira; SIMÕES, Sandro Alex. **Direito público sanitário constitucional**. Curso de Especialização em Direito Sanitário para membros do Ministério Público e da Magistratura Federal. Ministério da Saúde. Programa de apoio ao fortalecimento do controle social do SUS. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1997.

MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição. In: Nicolescu Basarab [et al] (Orgs.). **Educação e Transdisciplinaridade**. São Paulo: Edições UNESCO, 2000.

MEDEIROS, Humberto Jacques. Sistema Federativo e Saúde: descentralizar o SUS. In: COSTA, Alexandre Bernardino [et al] (Orgs.). **O direito achado na rua** – Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. O Estado Social e seus limites. Condições e possibilidades para a realização de um projeto constitucional includente. In: **Caderno de Direito Constitucional**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008. (Módulo 5.)

MORAIS, Jose Luis Bolzan de [et al]. Análise Jurídico-Constitucional do Direito à Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de Araújo (Orgs.). **Direitos Sociais & Políticas Públicas** - Desafios Contemporâneos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003, p. 625-642. t. II.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MOREAU, J. ; TRUCHET, D. **Droit de la santé publique**. Paris: Daloz, 1990.

MOREIRA NETO, D. F. Competência concorrente limitada: o problema da conceituação das normas gerais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 25, n. 100, out./dez. 1998.

MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2005.

NEVES, Clarissa. B.; SAMIOS, Eva. M. B. **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do estado capitalista**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

PAIN, Jairmilson Silva. Bases conceituais da reforma sanitária brasileira. FLEURY, Sonia. A questão democrática na saúde. In: **Saúde e Democracia – A luta do CEBES**. Sonia Flery (Org.). São Paulo: Lemos Editorial & Gráficos Ltda., 1997.

PIAGET, Jean. **Aprendizagem e conhecimento**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

PIGNATTI, Marta G. **Saúde e ambiente: as doenças emergentes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v7n1/23540.pdf>>. Acesso em: 23/05/2011.

PRIMICERIO, Bruno. **Linemamenti di Diritto Sanitário**. Roma: Lougitrozzim, 1974.

RANDOM, Michel. O território do olhar. In: **Educação e transdisciplinaridade II**. BASARAB, Nicolau [et al] (orgs). São Paulo: Triom, 2002.

RESTA, Eligio. In: **Globalizzazione e diritti futuri**. A cura di R. Finelli, F. Fistetti, F.R. Recchia Luciani, P. Di Vittorio. Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca scientifica, Roma, 2004.

RESTA, Eligio. **Il Diritto Fraterno**. Bari: Laterza, 2002.

RESTA, Eligio. **La certezza e la speranza**. 2 ed. Roma-Bari, 1992.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Manual de Atuação Jurídica em Saúde Pública e Coletânea de Leis e Julgados em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, p. 13-18, 2003.

RINGEN, K. Edwin Chadwick, the market ideology and sanitary reform: on the nature of the nineteenth century public health movement. **Int. J. Hlth Serv.**, n. 9, p. 107-120, 1970. Disponível em: <http://www.scielo.br/scieloOrg/php/reflinks.php?refpid=S00348910198500040001000012&pid=S0034-89101985000400010&lng=e>. Acessado em: 28/01/2011.

ROUGER, Michel. Entre dever de prospectiva e obrigação de retrospectiva. In: MORIN, Edgar; MOIGNE, Jean-Loius (Orgs). **Inteligência da Complexidade – Epistemologia e Pragmática**. Lisboa: Instituto Piaget, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A participação popular na administração da justiça no Estado capitalista. In: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público. SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A participação Popular na Administração da Justiça**. Lisboa: Livros Horizonte, 1982.

SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **A tutela antecipada no direito à saúde**. A aplicabilidade da Teoria Sistêmica. Porto Alegre: SAFE, 2003.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, SP: Malheiros, 2006.

SOLA, Lourdes. **Idéias econômicas, decisões políticas**: desenvolvimento, estabilidade e populismo. São Paulo: EDUSP/FAPESP, 1998.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi; MELO, Cristina. Uma proposta de abordagem transdisciplinar para a avaliação em Saúde. São Paulo, **Interface, Comunic, Saúde, Educ**, agosto de 2000, p. 113-118.

VIAL, Sandra R. M.; KÖLLING, Gabrielle. J. As dificuldades e os avanços na efetivação do direito à saúde: um estudo da decisão do Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul X Município de Giruá. **Boletim da Saúde**, v. 24, n. 3, p. 13-24, 2010.

VIAL, Sandra R. M. Democracia, direito e saúde: do direito ao direito à saúde. In: **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. STRECK, L; MORAIS, J. L. B. (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-216.

VIAL, Sandra R. M. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário – Saúde e Direito**, um diálogo possível. Fernando Aith; Luciana T. M. Saturino; Maria G. A. Diniz; Tammy C. Monteiro. (Orgs). Belo Horizonte: Escola de Saúde Pública de Minas Gerais, 2010, p.107 – 140.

VIAL, Sandra R. M. Saúde e determinantes sociais: uma situação paradoxal. **Revista Comparazione e diritto civile**, v. 1, p. 1-24, 2010.

VIAL, Sandra. Direito Fraternal na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul-dez, 2007.

ZANOBINI, Guido. **Corso di Diritti Administrativi**. v. V. Milano: Dotta Giuffrè, 1958.

WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 23.41**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 23.61**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

WHA, World Health Assembly. **Resolução WAH 30.44**. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 25/03/2011.

WAH, World Health Assembly, 30 th, May, 1977. Resolução WAH 30.44. In: **World Health Assembly and Executive Board**. Geneva, 1985. Disponível em: <<http://www.searo.who.int/en/Section7/Section976/Section1303.htm>>. Acesso em: 30/04/2011.