

EDITORIAL

Caro Leitor,

O elenco dos artigos originais, dos temas em debate e também dos ementários e das resenhas publicados nesses três anos de existência da *Revista de Direito Sanitário* soma-se aos trabalhos forenses para realçar a importância da democracia para a realização do direito à saúde. De fato, o exame de todos esses trabalhos científicos mostra que é imprescindível a participação da comunidade na determinação do conteúdo do direito à saúde que se pretende proteger. Isso não acontece apenas com o direito à saúde se não com todos os direitos sociais que dependem da implementação de políticas públicas. De um lado, existe a incapacidade intrínseca ao direito liberal para a operação dessas políticas e, de outro, a construção histórica do Estado Democrático de Direito a exigir a efetiva garantia dos direitos afirmados constitucionalmente. E se é verdade que esse não é o caso somente do direito à saúde, é claro que no Brasil, onde o sistema sanitário encontrou um amplo abrigo constitucional, a garantia jurídica desse direito deixa mais evidente aquelas contradições.

Um rápido passeio histórico pode ser útil para a compreensão dos valores sociais aí envolvidos e, portanto, para alertar os operadores do direito a respeito da essencialidade da preservação dos mecanismos democráticos em todos os momentos do processo de implementação da política de saúde, inclusive em sua fase judiciária, se e quando houver. Assim, é importante lembrar que os burgueses revolucionários do século dezoito estabeleceram que é o povo quem deve ser o soberano, porque estavam todos convencidos de que “o governo das leis é superior ao governo dos homens”, uma vez que as leis deveriam derivar da vontade geral do povo. A forma ideal de oposição ao governo monárquico e absoluto era, portanto, o estabelecimento da democracia, em que a vontade do povo estaria representada na lei. E como só é lei aquilo que interessa verdadeiramente à organização social e que é definido pelo povo, encontrando-se um mecanismo que impeça a instauração de qualquer outra ordem que não a legal, se estará resolvendo o desafio formulado por *Rousseau*, ao iniciar o “Contrato Social”: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada

um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”⁽¹⁾.

A mesma origem revolucionária desse princípio de legalidade permite compreender, igualmente, o grande valor que foi dado à forma — muitas vezes em prejuízo do próprio conteúdo — na elaboração da doutrina do Estado de Direito. Com efeito, aos líderes revolucionários bastava que se declarassem extintos os privilégios e instituída a igualdade perante a lei para que a burguesia vencedora fosse *realmente* livre. Isso porque os obstáculos até então postos ao exercício da liberdade burguesa decorriam dos privilégios outorgados à aristocracia e da insegurança dos direitos que tinham como única fonte a vontade do soberano (por isso mesmo, dito absoluto) e não da falta de recursos materiais para tal exercício.

Instaurada a democracia liberal burguesa, verificou-se — durante o século dezenove, no mundo ocidental — que apenas a garantia de igualdade formal (perante a lei), característica do Estado de Direito, não atendia ao anseio de liberdade real de todos aqueles que haviam sido excluídos do processo de elaboração legislativa. De fato, já a primeira Constituição francesa, ao estabelecer quem pode participar da feitura da lei, tanto compondo o Parlamento como elegendo representantes para compor o Parlamento, excluiu inicialmente todas as mulheres e em seguida os homens que não possuísem patrimônio ou renda superior a determinado valor⁽²⁾. Desenvolve-se, então, novo período revolucionário, pois ficava claro que os assalariados da indústria nascente, por exemplo, embora formalmente iguais aos proprietários, perante a lei, não possuíam as mesmas condições materiais de exercício do direito à liberdade que seus patrões. Assim, as revoluções operárias do final do século dezenove e começo do século vinte introduzem o adjetivo *social* para qualificar o Estado de Direito. Buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da idéia moderna de democracia, causada pelo predomínio da forma. É importante notar que esses revolucionários continuaram a valorizar a igualdade formal como uma conquista fundamental, que deveria, entretanto, ser acrescida das possibilidades de sua efetiva realização. Tratava-se, portanto, de reconhecer a existência de desigualdades materiais que inviabilizavam o gozo dos direitos liberais e de responsabilizar o Estado pelo oferecimento — inicialmente aos trabalhadores e, em seguida, a todos aqueles que necessitarem — daquelas condições que permitissem a igualdade real de oportunidades. Caracterizam as conquistas desse período, a adoção do sufrágio universal⁽³⁾ (garantindo a todos o direito de participar no processo de elaboração das leis, por meio da eleição de representantes), a inclusão de um capítulo nas

(1) Cf. Rousseau, J.J. Ob. cit. Livro primeiro, cap. VI.

(2) Cf. La Constitution de 1791, Chapitre premier, Section II, art.2 & section III, art.3.

(3) Introduzido na Constituição francesa de 1793, não foi praticado com menos restrições; ata 1919, na Inglaterra e, 1920, nos Estados Unidos da América, com a admissão do voto feminino.

Constituições garantindo direitos trabalhistas⁽⁴⁾ e a implementação do chamado “Estado do Bem-Estar Social”⁽⁵⁾, que presta serviços públicos para garantir direitos, entre outras.

A experiência do Estado Social de Direito revelou, contudo, que ampliar a participação no processo legislativo, de modo a garantir que todos tomem parte na feitura da lei, não “assegurou a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político”⁽⁶⁾. Verificou-se que a exigência de formalidade combinada com a grande ampliação das esferas de atuação do Estado, atingindo quase todos os setores da vida social, colocou em risco a democracia. Já não era apenas a lei — fruto da atividade dos Parla-mentos — que regulava a vida social, mas, cada vez mais essa função era realizada por atos normativos emanados pelo Poder Executivo. Observou-se, sobretudo, que a forma da lei afastou-a de seu conteúdo ético. A lei passou a atender a interesses de grupos, a partes da sociedade e não mais ao interesse público. Assim, o papel que os fundadores dos Estados Unidos da América reservaram para o Poder Judiciário (na determinação final da *teoria da separação dos poderes*) de controlar a obediência à lei, que representava a vontade geral, tornou-se impossível de ser cumprido: ora exigia-se a estrita observância da legalidade em casos onde a lei não mais abrigava a idéia de justiça, ora deixava-se enredar pelos vários documentos normativos que expressavam interesses particulares, tornando aleatória a obediência ao princípio da legalidade. A lembrança da Alemanha nazista ou da Itália fascista é suficiente para evidenciar que sem a “efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e a real participação de todos nos rendimentos da produção”⁽⁷⁾ não se pode adequar a idéia de democracia aos tempos de hoje. Desse modo, o conceito de Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e incorpora as conquistas representadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social de Direito, mas, soma à igual possibilidade de participação na elaboração das normas gerais que devem reger a organização social, o controle de sua aplicação aos casos particulares.

Verifica-se, portanto, com muita evidência no começo do século vinte e um, que a única solução legítima para a organização do Estado é o regime democrático⁽⁸⁾, com a criação de canais diretos de participação da comuni-

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

(5) A expressão foi forjada na Inglaterra nos anos de 1940.

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

(7) *Idem, ibidem*.

(8) Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999. pp. 209 e 215.

dade nas políticas de Estado. Existe, de fato, um movimento para permitir que os cidadãos assumam, cada vez mais, o controle das ações e das políticas públicas. Esse movimento, que ocorre em diversos cantos do mundo, abriga todos os matizes ideológicos, sendo o discurso da participação tema de quase todas as campanhas eleitorais. Isso porque hoje se verifica, também, que a participação dos cidadãos é uma condição de eficácia das instituições políticas. Um regime democrático que não envolve os cidadãos diretamente nos processos de governo tende a perder sua legitimidade. Entretanto, para que o envolvimento das pessoas seja eficiente é indispensável proteger algumas condições do processo democrático. É necessário criar um espaço público, suficientemente sensível para submeter ao debate público as decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança das pessoas ou aquelas que fixem o limite entre a proteção pública, as escolhas individuais de prevenção ou de defesa, e as convenções sociais. Como ensina *Habermas*, para que tais decisões sejam justas, refletindo o interesse social, deve-se combinar a soberania do povo juridicamente institucionalizada (a democracia representativa) com a soberania do povo não institucionalizada (a democracia direta). Para que isso seja possível, é indispensável “a preservação de espaços públicos autônomos, a extensão da participação dos cidadãos, a domesticação do poder das *media* e a função mediadora dos partidos políticos não estatizados”⁽⁹⁾.

No que diz respeito mais diretamente ao direito à saúde, para o exercício da democracia direta existe uma condição crítica: a participação exige que todos os participantes detenham todas as informações necessárias à tomada das decisões. E existe uma grande complexidade de saberes envolvidos nas decisões que afetam a saúde das pessoas. A sociedade contemporânea deve, portanto, investir na formação de pesquisadores, que precisam dominar, também, as ciências sociais — na teoria e na prática — para serem capazes de comunicar à sociedade os resultados de seus experimentos. Mas ela deve, igualmente, investir na formação das pessoas em geral, que necessitam conhecer as bases do trabalho científico para poderem escolher o grau de risco ao qual consideram aceitável se submeter em nome do progresso. É necessário, enfim, conduzir uma ação política, determinando em cada situação qual é o melhor estado da arte envolvido e analisando as repercussões socioeconômicas e culturais do problema, estabelecendo-se um adequado e eficaz sistema de vigilância e de alerta e contando-se com a participação ativa das pessoas para que se possa estabelecer a correta relação custo/benefício, indispensável à tomada de decisão política. Assim, sem a efetiva participação popular é impossível, por exemplo, adequar o tratamento da transgenia às reais necessidades de saúde da população ou promover a justa distribuição de medicamentos e tratamentos para as doenças ou, ainda, fazer da perícia judicial instrumento

(9) Cf. Habermas, J., *Droit et démocratie: entre faits et normes*. Paris: Gallimard, 1996, p. 471.

para a promoção do comportamento mais sadio (todas hipóteses tratadas neste número da *Revista de Direito Sanitário*).

É, pois, com a confortável consciência do dever cumprido que entregamos mais este número da *Revista de Direito Sanitário* que — como já é de nossa tradição — apresenta, também, um artigo de um professor/pesquisador estrangeiro (no caso, o excelente artigo de *Mónica Bolis* introduzindo a discussão sobre a reforma do Regulamento Sanitário Internacional, que pretendemos acompanhar em nossos próximos números) e, especialmente, duas ricas resenhas de duas obras fundamentais para a compreensão das contradições acima referidas. Queremos lembrar, entretanto, que o alcance e a manutenção do excelente nível da *Revista de Direito Sanitário* depende diretamente da qualidade e da constância de seus colaboradores. É por isso que reiteramos nosso pedido: envie sua contribuição, seja na forma de artigo original, seja apresentando uma obra nacional ou estrangeira, fazendo ou não sua resenha ou comentando um trabalho forense (sendo necessário, nesta hipótese, a juntada da peça comentada). Igualmente, serão muito bem-vindas as sugestões de temas para debate e nomes de eventuais debatedores. Não deixe de contribuir! A qualidade da *Revista de Direito Sanitário* depende, também, da participação de seus leitores.

Sueli Gandolfi Dallari
Editora