

EDITORIAL

Todos os artigos, bem como os comentários a respeito dos trabalhos forenses, publicados neste número da nossa Revista de Direito Sanitário, sugerem a importância crescente da interpretação constitucional. Com efeito, em matéria de políticas públicas — em que se insere o direito sanitário —, o marco fundamental para sua elaboração deve ser encontrado na Constituição. É, então, da interpretação dos dispositivos constitucionais que devem ser derivados tanto a legislação quanto as normas regulamentares e a atuação material da Administração, assim como as decisões judiciais. É necessário lembrar, contudo, que a partir do século XIX, com a implementação do Estado do Bem-Estar Social, instaura-se um direito essencialmente diferente daquele advogado pelos burgueses revolucionários: um direito público mais amplo, porém menos co-ator (direito dos serviços públicos); misturando o público e o privado; desigual (desprezando a igualdade formal em nome da igualdade material); comportando direitos subjetivos ao recebimento de prestações; e cuja eficácia deve ser avaliada (institucionaliza-se a avaliação da administração pública, que permite sua fiscalização pelos parlamentos). Com a generalização do intervencionismo do Estado, que se serve do direito para orientar outros sistemas sociais (economia, educação, cultura, etc.), em conformidade com o interesse geral e não com as exigências do mercado, prevalece a idéia de regulamentar as políticas privadas, assinalando-lhes uma finalidade (época áurea do planejamento). *O direito passa a ser, então, bastante detalhado (portarias e circulares destinadas ao público externo) e dirigido pela administração pública (as agências independentes, nos Estados Unidos, reúnem o poder legislativo e o executivo)*, que se caracteriza como um direito de princípios diretores, o que exige que seus aplicadores realizem uma escolha entre os diversos interesses presentes no caso concreto. Assim, pode-se afirmar que o planejamento introduz no direito uma lógica diametralmente oposta àquela que caracteriza o direito moderno. O Estado Democrático de Direito, todavia, permanece fundado no respeito ao princípio da legalidade. Prova essa afirmação o mandamento da Constituição do Brasil de 1988 — Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º) —, que limita a atuação da capacidade normativa do Chefe do Poder Executivo à expedição de decretos e regulamentos para a fiel execução da lei (CF, art. 84, IV).

É com base na predominância da lei para a gestão do Estado que os grupos sociais, os partidos políticos, as associações de indivíduos buscam dar às suas reivindicações expressão legal ou, mesmo, constitucional. Isso porque a Constituição também foi se adaptando ao desenvolvimento político-doutrinário, passando do mais importante documento político (no fim do século XVIII) à lei com maior eficácia (no fim do século XX)⁽¹⁾. Hoje, a preocupação com a justiça social implica a incorporação crescente da vontade do povo na definição dos rumos e na gestão da vida social. Trata-se de assumir realmente a cidadania, ou seja — na lição clássica de Aristóteles —, “participar na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária” da vida na cidade⁽²⁾, pois somente aquele que tem parte na formação da vontade geral e em sua efetiva implementação pode ser chamado de cidadão. Eis aí a razão de a Lei Magna brasileira em vigor ter sido chamada de Constituição Cidadã, uma vez que ela prevê inúmeros mecanismos para que as pessoas tomem parte na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária. Trata-se de resgatar a idéia de justiça associada à responsabilidade numa perspectiva jurídica. Entretanto, não há dúvida de que a idéia de responsabilidade pública é eminentemente política. Ela se fundamenta na igualdade dos encargos públicos⁽³⁾, supondo que todos devem suportar os danos causados pelo exercício geral e regular do poder público. É a organização política (da cidade) concretamente considerada que gera a responsabilidade, uma resposta à necessidade política de fazer de cada indivíduo uma parte do corpo social⁽⁴⁾. Nas Repúblicas, onde todos os órgãos de poder e todo o povo estão vinculados ao Direito⁽⁵⁾, todos são responsáveis. Isto é, todos podem ser chamados aos tribunais para cumprir suas obrigações, que no caso do Estado são os deveres previstos na Constituição.

Observe-se que, no Brasil, os movimentos e grupos sociais e os partidos políticos interessados na saúde vêm usando com muita propriedade o espaço legislativo. Inicialmente, em relação a toda e qualquer ação ou serviço de saúde — seja público ou privado —, ficou estabelecida na Lei Maior a obrigação de o Poder Público os regular, fiscalizar e controlar, devendo ele — Poder Público — orientar sua atuação no sentido de reduzir o risco de doenças e, também, de garantir a todos, em igualdade de condições, o acesso a tais ações e serviços para a promoção, proteção ou recu-

(1) A partir da obra fundamental de Hans KELSEN, *Teoria pura do direito*, publicada em 1934, desenvolve-se essa corrente política e doutrinária, que encontra atualmente entre seus mais representativos adeptos o constitucionalista português José Joaquim Gomes CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, Coimbra Editores, 1982) e, no Brasil, Dalmo de Abreu DALLARI (*Constituição e constituinte*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1984).

(2) ARISTÓTELES. *A política*. Livro terceiro, cap. I.

(3) Esse é o entendimento comum aos administrativistas contemporâneos. Apenas como exemplo, veja-se: LAUBADERE, A. *Traité élémentaire de droit administratif*, 7ª ed., Paris, LGDF, 1976 e ALESSI, R. *La responsabilità della pubblica amministrazione*, 3ª ed., Milano, Giuffré, 1955.

(4) Conforme a lição de SPINOZA no *Tratado político*, São Paulo, Abril, 1973, caps. III e V.

(5) Assim CICERO entendia o Estado. *Da Republica*, São Paulo, Atena, s.d. livro 1º, XXXII.

peração da saúde (CF, arts. 196 e 197). Em seguida, obedecendo a mandamento constitucional, o Poder Público regulou, por meio de leis nacionais, as ações e os serviços públicos ou assemelhados destinados a promover, proteger ou recuperar a saúde (Lei Orgânica da Saúde — Leis Federais ns. 8.080/90 e 8.142/90); regulou, também, os planos e seguros privados de assistência à saúde (Lei Federal n. 9.656/98); e regulou, igualmente, o sistema nacional de vigilância sanitária, destinado a eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde (Lei Federal n. 9.782/99). É conveniente lembrar que o fato de a Constituição ser a lei dotada de maior eficácia obrigou e obriga o legislador nacional, quando da elaboração dessas leis, a orientar a atuação do Estado no sentido de reduzir o risco de doenças e, também, de garantir a todos, em igualdade de condições, o acesso a ações e serviços para a promoção, proteção ou recuperação da saúde, conforme o caso.

Ora, é necessário, então, identificar uma fase do desenvolvimento do direito — reflexivo — para descrever a operação desse sistema social corporativo, que assegura a mediação entre o Estado e a sociedade civil, no Estado Democrático de Direito. De fato, se observa que a generalização dos mecanismos de democracia direta exige grande dose de *concertação*, pois, incluindo os destinatários na formação e na aplicação das regras, os programas compatibilizam os sistemas jurídico e regulado. O direito nesse período apresenta as seguintes características: pouca transparência (a negociação não se submete à publicidade do direito do Estado e seleciona as pessoas ou grupos que dela participam); marcada setorialização (regulamenta parcelas que interessam a determinados grupos em prejuízo do interesse de toda a sociedade); muita seletividade e desigualdade (privilegia os grupos sociais organizados e os que têm interesses de curto prazo); necessidade de uma disciplina para a elaboração e interpretação das normas (processos complexos de formação das normas: informação, audiências e consultas públicas, além da complexidade científica dos temas a serem legislados ou julgados)⁽⁶⁾. É a esse tipo de Estado que assenta bem o rótulo de regulador, pois ele deve “definir as regras do jogo e harmonizar os comportamentos dos agentes econômicos e sociais”⁽⁷⁾.

O Estado contemporâneo, essencialmente implementador de políticas públicas, usa como instrumentos de governo, sobretudo, a persuasão e a informação — que orientam a auto-organização da sociedade —, empregando o constrangimento apenas para garantir os valores fundamentais da sociedade e o respeito ao pactuado. Entretanto, trata-se de uma idealização que tem por função realçar a introdução de um quase-direito do Estado, que edita recomendações, faz acordos amigáveis, enuncia princípios des-

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

(7) Cf. CHEVALLIER, J. *Institutions publiques*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 158.

providos de força decisória, somente para satisfazer a opinião pública, uma vez que, sem dúvida, o Estado contemporâneo se baseia no emprego do direito, ainda que se reconheça a influência crescente dos mecanismos de persuasão em sua ação. Assim, com a introdução progressiva de mecanismos de participação do povo no processo de feitura da lei e, também, no processo de gestão da coisa pública, reflexos desse aumento de participação chegam ao Judiciário e, em grande parte, respondem pela maior inadequação desse órgão às necessidades contemporâneas. Veja-se, por exemplo, no Brasil, a busca do Judiciário para garantir o direito de controlar a execução econômico-financeira da política de saúde — inserido em lei que contou com intensa participação popular em seu processo de feitura (Lei Orgânica da Saúde) —, encontrando respostas incongruentes e, algumas vezes, distantes da idéia de justiça que lhe é subjacente, como se constata na análise de sentença, realizada pelo médico sanitário Dr. Gilson Carvalho (pp. 141 e seg.)

Deve-se notar que a reação visando a compatibilizar o Poder Judiciário com a exigência de justiça social posta pelo Estado Democrático de Direito tem partido dos próprios juízes. Desde os anos 1970 (na Europa) e 1990 (no Brasil) do século XX, vêm surgindo associações de magistrados que têm como objetivo “dar ao Judiciário a organização e a postura necessárias para que ele cumpra a função de garantidor de direitos e distribuidor de Justiça”⁽⁸⁾. Colaboram nesse intento todos os doutrinadores do direito que reconhecem sua politicidade intrínseca. De fato, todo o direito se inspira numa ideologia, servindo-lhe de ferramenta jurídica e, portanto, sujeitando-se às circunstâncias políticas⁽⁹⁾. Particularmente, vem sendo bastante eficaz o auxílio trazido pelo chamado “direito das políticas públicas” para a requerida adaptação do Poder Judiciário. Tais doutrinadores reconhecem que o direito do Estado Democrático de Direito — em comparação com o direito das revoluções burguesas do século XVIII — é mais flexível, mais fluido, mais complexo e muito menos previsível e advogam sua submissão ao imperativo da eficiência⁽¹⁰⁾. Para a realização do direito das políticas públicas é necessário, então, o reconhecimento do papel fundamental que desempenham os princípios jurídicos, pois é a obediência a tais princípios que permitirá o encontro da solução justa para o caso concreto, em meio ao cipoal de leis e atos normativos e materiais da Administração Pública que definem e implementam uma política.

Referenda-se, portanto, a importância da interpretação constitucional em tema de direito sanitário. A possibilidade de interpenetração de diferentes áreas do conhecimento e a definição do campo de conhecimento que

(8) Ver DALLARI, D. A. *O poder dos juízes*, São Paulo, Saraiva, 1996, pp. 77 e seg.

(9) Ver *Idem*, *ibidem* e DROMI, R. *El poder judicial*. Tucuman, UNSTA, 1982, pp. 167 e seg.

(10) Ver, entre outras, especialmente, a excelente apresentação do tema feita por Maria Paula Dallari BUCCI em *Direito administrativo e políticas públicas*, São Paulo, Saraiva, 2002.

engloba tanto a ciência pura quanto a aplicada corroboram a necessidade de existir um veículo, como a Revista de Direito Sanitário, para a formação da doutrina do Direito Sanitário. É a feliz conjunção de artigos escritos por médicos, físicos, advogados e professores de direito que nos permite festejar a edição deste número, em que a interpretação constitucional relativa à definição do direito sanitário é examinada sob várias facetas.

Editor — Sueli Gandolfi Dallari
Professora Titular da Faculdade de Saúde
Pública da Universidade de São Paulo.
Livre-Docente em Direito Sanitário da
Universidade de São Paulo.