

CAPÍTULO I.

IMPACTOS DA PANDEMIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E DESAFIOS PARA A REALIZAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL NO BRASIL

Fernando Mussa Abujamra Aith

*Professor Titular da Faculdade de Saúde Pública da USP;
Diretor Geral do Centro de Estudos e Pesquisas de Direito Sanitário da USP;
Professor Visitante da Université de Paris Cité*

INTRODUÇÃO

A pandemia de covid-19 possibilitou importantes avanços na proteção do direito à saúde pelo Estado brasileiro, mas os avanços verificados precisam ser consolidados para não se perderem no tempo. Além disso, a pandemia também explicitou as fragilidades do País para a plena realização do direito à saúde, reforçando alguns dos principais desafios que se apresentam à sociedade brasileira para uma reestruturação necessária do sistema de saúde, englobando importantes desafios jurídicos e legislativos (consequentemente, também desafios políticos).

Este artigo apresenta reflexões sobre cinco impactos selecionados que a pandemia causou sobre a evolução do Direito Sanitário no Brasil, bem como destaca cinco desafios estruturais para o futuro, visando à efetivação do direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro.

O Direito Sanitário é o ramo da ciência jurídica que disciplina as ações e os serviços de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas, que tem como objetivos a redução de riscos de doenças e de outros agravos à saúde, bem como o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Esse campo específico do Direito vem evoluindo sistematicamente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Uma evidência do crescimento do Direito Sanitário no Brasil nas últimas décadas revela-se pela quantidade de emendas constitucionais, leis, decretos, portarias e outros atos normativos publicados no Brasil para tratar, direta ou indiretamente, de assuntos relacionados com a efetivação do direito à saúde. Apenas para ficar no nível constitucional de evolução normativa, vale destacar as EC que trataram especificamente da saúde, tais como: Emenda Constitucional (EC) nº 29/2000, que vinculou recursos orçamentários à saúde;

EC nº 86/2015, que mudou a forma de vinculação orçamentária da União para a saúde; EC nº 63/2010, que inseriu diversos dispositivos para tratar dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias; e EC nº 120/2022, que aprovou o piso dos vencimentos desses mesmos agentes.

Outro indício da evolução do Direito Sanitário pode ser percebido pelo fenômeno da judicialização da saúde, que vem crescendo exponencialmente no Brasil, reforçando o reconhecimento e a apropriação cidadã do direito à saúde no País e, ao mesmo tempo, pressionando o Estado brasileiro a melhorar os sistemas público e privado de saúde para que esse direito seja, de fato, efetivado.

Um terceiro indicativo do crescimento e da importância do Direito Sanitário ao longo dessas décadas pode ser notado pelos efeitos sociais dessas inovações jurídicas, ou seja, pelos indicadores de saúde no Brasil. O reconhecimento da saúde como um direito e a sua efetivação ao longo dos anos (ainda que aos trancos e barrancos) tiveram resultados expressivos na melhoria das condições de saúde dos brasileiros. Nesse curto período (em termos históricos), testemunhamos, por exemplo, o aumento da expectativa de vida, a redução da mortalidade infantil e a diminuição da mortalidade materna, entre outros avanços relevantes em termos de proteção da saúde dos brasileiros.

O que já era percebido como um desenvolvimento sustentado e progressivo do direito da saúde no Brasil foi revolucionado com a pandemia de covid-19 nos anos de 2020 e 2021. Pesquisa realizada pelo Centro de Estudos e Pesquisas em Direito Sanitário (CEPEDISA) da Universidade de São Paulo (USP), em parceria com a Conectas Direitos Humanos e o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS), revelou que, nos anos de 2020 e 2021, a União e os Estados brasileiros publicaram mais de 20 mil normas jurídicas especificamente voltadas a organizar a resposta brasileira à pandemia.

CINCO IMPACTOS ESTRATÉGICOS DA PANDEMIA SOBRE A EVOLUÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO BRASILEIRO

A enorme quantidade de normas jurídicas, analisadas em seus conteúdos e consequências sociais e jurídicas, permitiu vislumbrar os impactos da pandemia sobre a evolução do Direito Sanitário no Brasil, bem como identificar alguns dos principais desafios que se apresentam para que o direito à saúde se torne um direito efetivo no País.

Destacam-se a seguir cinco dos principais impactos da pandemia de covid-19 sobre o Direito Sanitário brasileiro, resultantes da intensa publicação de normas jurídicas nos âmbitos federal e estaduais, normas estas voltadas a organizar a resposta do Brasil à covid-19 nos anos de 2020 e 2021.

CONSOLIDAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO INSTITUIÇÃO REPUBLICANA E DEMOCRÁTICA DE DEFESA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Desde o início da pandemia, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi provocado sucessivas vezes sobre temas sensíveis da resposta do Estado brasileiro à pandemia de covid-19, tendo se posicionado de maneira firme e protetora do direito constitucional à saúde. Destaques-se as decisões que reafirmam a autonomia dos estados e municípios para legislar sobre saúde de forma mais protetora que a União estava legislando; que obrigam o Poder Executivo a elaborar e colocar em prática políticas específicas de combate à pandemia aos povos indígenas; que obrigam o Poder Executivo a organizar e a implantar a vacinação de crianças; que prorrogam a vigência da Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a); ou ainda que obrigaram o Senado Federal a instalar a Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para apurar as condutas do governo federal e dos estados como resposta à pandemia.

AFIRMAÇÃO DA AUTONOMIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA LEGISLAR SOBRE SAÚDE

Em abril de 2020, o STF reafirmou a competência de estados e municípios de tomar medidas com o objetivo de conter a pandemia do novo coronavírus. Dessa forma, esses entes da federação puderam determinar quarentenas, isolamento, restrição de atividades, sem que a União interferisse no assunto. A ação em julgamento questionava a Medida Provisória (MP) nº 926/2020, que dispunha sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos, bem como sobre os serviços essenciais que poderiam se manter abertos na fase mais grave da pandemia (BRASIL, 2020b). A lógica firmada pelo STF é a de que, no âmbito da competência concorrente entre os entes federativos em matéria de saúde, vale a norma jurídica que for mais protetora da saúde dos cidadãos.

LEGISLAÇÃO DE EMERGÊNCIA EM SAÚDE PÚBLICA

O Regulamento Sanitário Internacional da Organização Mundial da Saúde (OMS), aprovado em 2005, prevê que o Brasil deve desenvolver suas capacidades legislativas e administrativas de resposta às Emergências em Saúde Pública de Importância Nacional e Internacional. O País pouco fez para criar uma legislação nacional sólida de combate às pandemias, e somente aprovou a Lei nº 13.979/2020 (conhecida como Lei da Quarentena), no dia 6 de fevereiro (BRASIL, 2020a), poucos dias depois de a OMS declarar a Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional, em 30 de janeiro. Essa lei foi uma excelente base para a resposta brasileira contra a

pandemia, mas teve péssima técnica legislativa ao definir sua vigência, vinculando-a ao período de vigência do Decreto Legislativo nº 6/2020. Ou seja, embora tenha sido um importante avanço, a vigência dessa lei é por tempo determinado e não resolve de forma sustentada a questão das capacidades nacionais para resposta às futuras pandemias.

VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA

O Plenário do STF decidiu, em dezembro de 2020, que o Estado pode obrigar os cidadãos a se submeterem à vacinação contra a covid-19, conforme previsto na Lei nº 13.979/2020 (BRASIL, 2020a). O entendimento foi firmado no julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) 6586 e 6587, que tratavam de vacinação contra a covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas.

De acordo com a decisão do STF, o Estado pode impor, aos cidadãos que recusem a vacinação, medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode usar força para imunizar as pessoas (vacinação obrigatória não é vacinação compulsória). Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. Com essa decisão, firma-se a amplitude do poder de polícia estatal em matéria de vacinação obrigatória, medida importantíssima para conter epidemias e evitar a disseminação de doenças transmissíveis.

FORTECIMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

A pandemia mostrou aos brasileiros a importância do Sistema Único de Saúde (SUS) para a garantia do direito à saúde no Brasil e para a proteção da população brasileira contra epidemias. Ao longo da pandemia, muitas leis foram aprovadas para reforçar o sistema, notadamente para destinar mais recursos financeiros ao SUS, criar leitos de Unidade de Terapia Intensiva (UTI) e tornar a gestão administrativa do sistema mais ágil e eficiente. Alguns desses avanços foram perdidos na medida em que grande parte dessas normas perderam sua vigência juntamente com o fim da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (Portaria GM/MS nº 913, de 22 de abril de 2022).

Como se vê, a proteção do direito à saúde no Brasil evoluiu de forma consistente ao longo dos anos desde a CF/88, e um dos principais impactos da pandemia foi o de acelerar essa evolução nos últimos dois anos. No entanto, muitos ainda são os desafios da sociedade brasileira para que esse direito seja uma realidade entre nós.

Assim, é relevante destacar quatro grandes desafios que se apresentam para a proteção do direito à saúde e os possíveis caminhos para a superação desses desafios.

DESAFIOS QUE SE APRESENTAM PARA A PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

CACOFONIA LEGISLATIVA

A pandemia deixou evidente um dos grandes temas do Direito Sanitário no que se refere à edição de normas jurídicas em matérias de interesse à saúde pelos entes federativos da República brasileira.

A obrigação de “legislar para proteger e defender a saúde” foi prevista como sendo de competência legislativa concorrente (art. 24, XII, CF/88). Expressamente, no Brasil, a partir da promulgação da CF/88, a competência para legislar sobre a saúde, ou seja, para produzir fontes específicas do Direito Sanitário, é concorrente da União e dos Estados. Existe, no entanto, um critério hierárquico subjacente às competências concorrentes. No art. 24, § 1º e § 2º, a CF/88 prevê que, “no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”, esclarecendo que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados” (BRASIL, 1988). Na ausência de lei federal sobre normas gerais de Direito Sanitário, os Estados poderão exercer a competência legislativa plena para atender as suas peculiaridades, conforme art. 24, § 3º (BRASIL, 1988). Nesse aspecto, as leis estaduais terão a aplicação limitada aos seus territórios. Estabelece ainda a CF/88, no art. 24, § 4º, que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário” (BRASIL, 1988).

A análise dos referidos dispositivos constitucionais nos permite aferir, quanto ao modo de produção das normas jurídicas de Direito Sanitário, que, embora União e Estados possuam competência concorrente, existe uma supremacia evidente das normas jurídicas da União quando se tratar do estabelecimento de normas gerais de Direito Sanitário. Tanto assim é que a legislação estadual, no que se refere às normas gerais, não pode contrariar a legislação federal, sob pena de perda de eficácia.

De outro lado, na ausência de lei federal, a competência legislativa dos Estados é plena, isto é, os Estados podem suplementar a legislação federal sempre que se mostrar necessário para a defesa do direito à saúde. Na ausência de normas gerais federais, poderá o Estado elaborar as suas próprias normas gerais. Advindo a lei federal que institui normas gerais, a legislação estadual perde a sua eficácia no que lhe for contrária. É essa a lógica dada pela CF/88.

Não resta dúvida, portanto, de que os Estados possuem nas suas Assembleias Legislativas verdadeiras fontes institucionais de produção de normas jurídicas de Direito Sanitário, dado o

fato de que possuem a competência constitucional assegurada para regulamentar ações e serviços de saúde juntamente com a União. Além disso, na ausência de normas gerais federais, o Estado poderá legislar plenamente sobre a matéria.

Com relação aos Municípios, as Câmaras Municipais também participam da produção do Direito Sanitário brasileiro de forma suplementar, conforme disposto no art. 30, II: “Compete aos Municípios [...] suplementar a legislação federal e a estadual no que couber” (BRASIL, 1988). Resta assim, para as Câmaras Municipais, preencher eventuais lacunas normativas, necessárias para atender às peculiaridades existentes em cada município brasileiro. Note-se, entretanto, que o exercício dessa competência suplementar se subordina às normas gerais estabelecidas pelos respectivos Estados e pela União.

Trata-se, no entanto, de competência concorrente, suplementar. Conforme Carmem Lúcia Antunes Rocha (1997), a competência concorrente estabelecida no art. 24 da CF/88 permite a possibilidade de uma dupla legislação sobre a mesma matéria, em uma espécie de consórcio legislativo. Nessa hipótese, a União cuida da matéria em sua generalidade, pela norma geral:

O exercício da competência concorrente pelo Estado-membro aperfeiçoa-se pela suplementação da matéria cuidada. O que pode ser suplementado é aquilo que especifica, singulariza o tratamento às peculiaridades dos interesses e condições dos diversos Estados-membros. Pela suplementação do quanto estabelecido na generalidade da legislação nacional, por meio de normas gerais, se acrescentam, pois, pontos que não são objeto de tratamento uniforme para o Estado nacional por atenderem a interesses predominantemente estaduais ou locais. (ROCHA, p. 246).

Nos dizeres de Dalmo Dallari,

[...] a União pode legislar sobre normas gerais de saúde, fixando princípios e diretrizes genéricas que serão de observância obrigatória pelos legisladores estaduais e municipais [...] Essas normas, que devem manter-se nos limites das normas ‘gerais’ ou ‘principiológicas’, são obrigatórias para a União, os estados, os municípios e os agentes administrativos. (DALLARI, 2002, p. 49-53).

A Constituinte de 1988 não deixou, portanto, qualquer espaço para a criação doutrinária ou jurisprudencial na matéria: à União, cabe a fixação das normas gerais; Estados e Municípios exercem, na inexistência de lei federal sobre normas gerais, a competência legislativa plena para atender a suas peculiaridades, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende-lhes a eficácia em tudo o que for contrário às normas gerais estabelecidas pela União (naturalmente as leis municipais não podem contrariar as normas gerais estabelecidas nos seus respectivos Estados).

A pandemia mostrou que essa lógica, embora necessária em um país continental como o Brasil, não tem se mostrado muito funcional e ainda encontra controvérsias jurídicas delicadas, como as que opuseram União com Estados e Municípios no que se refere à edição de normas jurídicas contra a covid-19. A decisão do STF, que garante aos Estados competência complementar à da União, que irá preponderar sobre as normas gerais da União no caso da lei regional ou local ser mais protetora da saúde, contribuiu para uma melhor compreensão dos limites da competência da União e dos Estados, mas não ajudou a harmonizar o sistema jurídico nacional.

SUBFINANCIAMENTO DO SUS

Um sistema como o SUS, que reúne diversas instituições jurídicas e que possui inúmeras atribuições expressamente definidas pelo Direito Sanitário, necessita de um financiamento permanente, constante e suficientemente equilibrado para que possa cumprir com o seu importante objetivo de promoção, proteção e recuperação da saúde. Por essa razão, a CF/88 tratou do financiamento das ações e serviços de saúde, sendo complementada pelas Leis nº 8.080 e nº 8.142, ambas de 1990.

Inicialmente, convém lembrar que a saúde faz parte da seguridade social, conforme dispõe o art. 194 da CF/88¹. O financiamento da seguridade social está previsto pelo art. 195, que prevê que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A seguridade também conta com as contribuições sociais para o seu financiamento, expressas no art. 195, I a IV. Outras contribuições sociais podem ser criadas para o financiamento da seguridade social, conforme previsto no § 4º do art. 195 (BRASIL, 1988).

Devido à importância da seguridade social para a garantia da dignidade do ser humano, especialmente os mais necessitados, a CF/88 determina que as receitas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinadas à seguridade social constarão dos respectivos orçamentos, não integrando o orçamento da União, ou seja, deverão compor uma proposta orçamentária própria. Essa proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência e assistência social, tendo em vista as metas e as prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

No que diz respeito à área da saúde especificamente, o art. 198, § 1º a 3º da CF/88, cuidaram de detalhar como deve ser feito o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, vinculando recursos orçamentários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dispõe o § 1º do art. 198 que o SUS “[...] será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento

¹ Dispõe o art. 194 da CF/88: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes" (BRASIL, 1988). Abre-se ao SUS, pelo art. 198, § 1º, a possibilidade de contar com outras fontes de recursos além daquelas expressamente definidas no âmbito do orçamento da seguridade social. A EC nº 29/2000 acrescentou os §§ 2º e 3º ao art. 198, definindo expressamente algumas outras fontes de recursos do SUS e, mais ainda, vinculando recursos de todos os entes federativos para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde (BRASIL, 2000).

A vinculação orçamentária de recursos já era, na época da aprovação da EC nº 29, um instrumento utilizado para a educação (que possui recursos vinculados nos termos do art. 212 da CF/88). A partir de uma iniciativa da frente parlamentar pelo direito à saúde, capitaneada pelo então deputado federal Eduardo Jorge, a CF/88 foi emendada para prever um instrumento semelhante ao da educação também para a área da saúde. Foi assim que surgiram os §§ 2º e 3º do art. 198 da CF/88, que trouxeram importante reforço para a proteção do direito à saúde. De acordo com o § 2º, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre os produtos de suas arrecadações (BRASIL, 1988).

A vinculação orçamentária da União encontra-se definida pelo inciso I do § 2º do art. 198 da CF/88, que prevê que, no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro não pode ser inferior a 15% (redação dada pela EC nº 86, de 2015).

A Lei Complementar (LC) nº 141, de 13 de janeiro de 2012, regulamentou os dispositivos constitucionais que vinculam verbas orçamentárias da União, Estados, Distrito Federal e Municípios às ações e serviços públicos de saúde. De acordo com o art. 6º da LC nº 141/2012, Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea "a" do inciso I e o inciso II do *caput* do art. 159, todos da CF/88, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios (BRASIL, 2012).

No caso dos Municípios e do Distrito Federal, o art. 7º da LC nº 141/2012, estes deverão aplicar anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea "b" do inciso I do *caput* e o § 3º do art. 159, todos da CF/88 (BRASIL, 2012). Ainda, no caso do Distrito Federal, este aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

As EC nº 95 e nº 105 trouxeram ainda mais restrições ao financiamento da saúde, não contribuindo, pelo contrário, prejudicando o financiamento da saúde no país.

DESENVOLVIMENTO PERMANENTE DAS CAPACIDADES DE RESPOSTA ÀS FUTURAS EMERGÊNCIAS

O princípio da segurança sanitária exige do Direito Sanitário uma atualização permanente, especialmente em decorrência do constante aparecimento de riscos até então desconhecidos, ou do agravamento dos riscos já conhecidos. Seja em decorrência de uma grande crise (uma grande epidemia, transfusões de sangue contaminado, mortes ou danos por medicamentos falsos etc.), seja em decorrência de um futuro incerto (alimentos transgênicos, engenharia genética), o Direito precisa dar à sociedade uma resposta adequada e funcional para temas fundamentais que a afigem e que podem representar grave risco social. Como bem diagnostica Durand (2001, p. 68), “se a legislação evolui graças às crises e se as crises permanecem inevitáveis, é inevitável também que o direito progride e com ele a gestão dos riscos sanitários”.

A vigilância em saúde, por ter seu enfoque no risco, exige uma visão global que considere a possibilidade de o risco estar em qualquer lugar e apresentar-se das mais diversas formas. Englobam-se, portanto, no âmbito de competências da vigilância em saúde, a vigilância das mais diversas atividades humanas, tais como os atos médicos (clínicos, cirúrgicos, terapêuticos etc.); os movimentos populacionais de fronteiras; a produção, a comercialização, a dispensação e o consumo de medicamentos; o meio ambiente do trabalho; o uso de equipamentos de saúde em estabelecimentos de saúde (máquinas, material cirúrgico, materiais descartáveis etc.); o uso de drogas pela população; a violência; enfim, a vigilância sobre todos os fenômenos, ações, procedimentos, produtos e substâncias de interesse à saúde.

Embora em seu sentido geral o dever de vigilância em saúde do Estado deva ser compreendido na sua integralidade, tendo em vista a possibilidade de o risco ser encontrado em quaisquer atividades ou ambientes, o tratamento legal dado à questão da vigilância em saúde reflete a histórica organização da vigilância sanitária no Brasil, tendo a própria CF/88 incorporado a lógica de vigilâncias especializadas em seu texto. Assim é que verificamos no texto constitucional e nas leis que o regulamentam menção a vigilância sanitária, vigilância ambiental, vigilância epidemiológica e vigilância da saúde do trabalhador. Com efeito, a CF/88 prevê, em seus dispositivos, a existência da vigilância sanitária (art. 200, I e II), a vigilância epidemiológica (art. 200, II) e a vigilância relacionada com o meio ambiente (art. 200, VIII), aí incluído o meio ambiente do trabalho (art. 200, II e VIII) (BRASIL, 1988). Essa lógica especializada vem desde a década de 1970, com as Leis nº 6.437/1977 (vigilância sanitária) e nº 6.259/1975 (vigilância epidemiológica), e pouco contribui para a eficácia das políticas de vigilância em saúde no Brasil. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), por sua vez, não conseguiu romper a lógica da fragmentação e reforçou a existência de setores especializados de vigilância em saúde, dispondo de artigos específicos sobre cada uma das especialidades de vigilância acima referidas (BRASIL, 1990).

Além disso, a organização do Brasil em Estado de Direito prevê um sistema jurídico no qual vigoram direitos fundamentais que protegem as liberdades individuais dos cidadãos contra medidas arbitrárias do Estado. Nesse sentido, os direitos de ir e vir, uso e disposição do próprio corpo, inviolabilidade do domicílio, privacidade, intimidade, integridade física, entre outros, convivem com o direito à saúde e devem com ele se equilibrar. Quaisquer medidas estatais voltadas à proteção da saúde e que limitem as liberdades individuais devem estar previstas em lei, em respeito ao princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da CF/88.

A necessidade de uma compreensão atualizada sobre a regulação estatal na área de vigilância em saúde no Brasil mostra-se ainda mais premente quando nos defrontamos com o dever do Estado de adotar as medidas sanitárias necessárias para conter as denominadas “Emergências em Saúde Pública”. Nesse sentido, sempre que, em decorrência dos resultados obtidos por meio de análises de informações em saúde, as autoridades sanitárias responsáveis entenderem configurar-se uma situação de emergência em saúde pública de relevância nacional ou regional, o Estado deve estar preparado para adotar as medidas sanitárias cabíveis para a eliminação ou contenção dos riscos identificados e proteção do direito à saúde da coletividade.

As medidas sanitárias que podem ser adotadas nos casos de emergências em saúde pública podem assumir contornos que limitam seriamente os direitos e as liberdades individuais e devem, por isso, estar amparadas em dispositivos legais e normativos claros e precisos, que outorguem poderes específicos ao Estado para a adoção de tais medidas em nome do direito à saúde e da segurança sanitária.

Uma situação de emergência em saúde pública, como, por exemplo, uma epidemia com alto potencial de disseminação e letalidade, pode exigir do Estado medidas sanitárias bastante controversas (quarentena, isolamento, tratamento compulsório, entre outras medidas que limitam liberdades individuais e que devem ser reguladas pelo direito). Tais medidas, inseridas no poder de polícia estatal para a proteção do interesse público, devem estar expressamente previstas em lei, de forma a buscar o equilíbrio entre a ação estatal em prol da saúde pública e as liberdades individuais.

A atual legislação brasileira sobre o assunto, que ainda tem por base leis da década de 1970, necessita urgentemente ser avaliada e atualizada, por meio da compreensão do atual arrebatamento normativo incidente sobre o tema de emergência em saúde pública e da elaboração de propostas de aperfeiçoamento legislativo que harmonizem a legislação sobre o tema com a CF/88 e preparem o Estado brasileiro para o enfrentamento dos desafios sanitários do século XXI, em harmonia com uma sociedade em que vigoram as liberdades públicas e a democracia.

DEMOCRACIA SANITÁRIA COMO CAMINHO PARA A PLENA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A pandemia de covid-19 deixou sequelas também no direito sanitário brasileiro. Além das sequelas da pandemia, os desafios que se impõem são estruturais e necessitam de um amplo debate democrático.

A positivação do direito à saúde verificada no Direito Internacional e nos Estados nacionais vem ocorrendo de forma progressiva e com diferentes nuances. A tradução dos grandes temas de saúde pública feita pelo Direito, aí incluída a própria afirmação de que a saúde se trata de um direito, pode ser observada tanto na legislação internacional quanto na legislação de diversos países que integram a Organização das Nações Unidas (ONU).

A comprovação empírica da positivação do direito à saúde no Direito Internacional e nos Direitos internos mostra claramente que a saúde é considerada um valor universal, e que este valor é protegido pelo Direito interno dos países de forma diferente. É indicativo de que, em grande parte das Constituições modernas, exista algum tipo de proteção constitucional expressa à saúde. Igualmente indicativo é o fato de que, embora o direito à saúde seja reconhecido em maior ou menor grau, sua positivação interna é realizada de diferentes maneiras pelos países, assim como são diversos os contextos sociais, econômicos, políticos, morais e culturais que influenciam a formação do Direito Positivo e a sua aplicação concreta pelos Estados.

A democracia sanitária desempenha um papel central na efetivação do direito à saúde nos Estados de Direito, na medida em que representa o alicerce de legitimação desse direito e possibilita uma tradução mais fiel, pelo Direito, das reais necessidades de saúde de uma população. Para possibilitar a sua análise como uma categoria específica da democracia, a democracia sanitária é aqui conceituada como o regime de governo do povo, aplicado aos temas relacionados com a saúde individual e coletiva, por meio do qual os cidadãos participam e influem ativamente, de forma deliberativa ou consultiva, nos processos de tomada de decisões estatais de saúde de competência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

As decisões estatais em saúde, tomadas no âmbito do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, são responsáveis pela conformação real da abrangência do direito à saúde e de suas garantias em uma sociedade. Na tradução jurídica da saúde como um direito, a soberania popular deve ser exercida em sua plenitude, para que a expressão “direito à saúde” seja compreendida e aplicada como um direito democrático.

A evolução histórica do Direito Sanitário no Brasil demonstra um caminho progressivo de criação e utilização de garantias constitucionais, instituições e processos de participação nas decisões estatais em saúde. As opções jurídico-institucionais adotadas pela sociedade brasileira

para a efetiva participação da sociedade no campo da saúde são expressivas e permitem um quadro esclarecedor sobre a realidade empírica da democracia sanitária no País. De fato, a partir do reconhecimento da saúde como um direito de todos e um dever do Estado, foram criadas, pelo Direito, diversas garantias jurídicas visando ao efetivo exercício democrático do poder pelo povo, para que este participe ativamente das decisões estatais em saúde. As garantias jurídicas da democracia sanitária identificadas na pesquisa foram classificadas em: i) garantias constitucionais da democracia sanitária; ii) instituições jurídicas garantidoras da democracia sanitária; e iii) processos jurídicos garantidores da democracia sanitária.

O estudo empírico e teórico realizado sobre o direito à saúde e a democracia sanitária permite a compreensão da arquitetura das garantias jurídicas da democracia sanitária no Direito moderno. Os resultados da pesquisa realizada identificam claramente o potencial que o Direito tem para alavancar a democracia sanitária e ampliar a participação do povo na gestão do Estado no campo da saúde e, assim, realizar plenamente o direito à saúde.

As garantias constitucionais da democracia sanitária despontam como essenciais para que o direito à saúde seja, de fato, democrático. São exemplos dessas garantias: a separação de poderes; o princípio da legalidade; a soberania popular; as liberdades fundamentais (religião, reunião, associação, expressão etc.); a publicidade e a transparência dos atos estatais; os plebiscitos, referendos e projetos de lei de iniciativa popular; e, ainda, a diretriz constitucional de participação da comunidade no SUS.

As instituições criadas pelo Direito para possibilitar o exercício da soberania popular no campo da saúde também emergem como garantias jurídicas da democracia sanitária. As instituições jurídicas garantidoras da democracia sanitária vão além das instituições jurídicas clássicas criadas juntamente com o Estado de Direito e que representam formal e institucionalmente os poderes estatais. Certamente que Congresso Nacional, Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais, Estados e Municípios, STF, tribunais estaduais – enfim, o conjunto de instituições jurídicas que compõe os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário – fazem parte do desenho das garantias jurídicas da democracia sanitária e são fundamentais para que esta exista, mas evidencia-se aqui o surgimento de novas institucionalidades jurídicas de participação, como os conselhos e as conferências de saúde e as ouvidorias.

O terceiro tipo de garantia jurídica da democracia sanitária identificado são os processos juridicamente regulados, que contribuem para a tomada de decisões legislativas, executivas e judiciárias e compõem a arquitetura das garantias jurídicas da democracia sanitária no Brasil. Trata-se de um caminho que pode conduzir a vontade popular até a decisão estatal.

A nova configuração do Direito nos Estados Democráticos de Direito traz inovações que potencializam a democracia sanitária e contribuem para a efetivação do direito à saúde. Como primeiro benefício, ressalta-se a positivação do direito à saúde e das garantias jurídicas da

democracia sanitária. A previsão constitucional dos direitos fundamentais, aliada a instituições e processos jurídicos de participação democrática, oferece um suporte fundamental para que o cidadão interessado possa, efetivamente, participar e contribuir para a formação da decisão estatal. Também se destacam como benefícios gerados pelas garantias jurídicas da democracia sanitária: i) a organização do Estado para a prática de processos decisórios participativos; ii) a imposição de obrigações claras ao Estado para que sejam adotados processos decisórios participativos; iii) a ampliação dos espaços e processos de argumentação democrática dos temas de interesse público; e iv) o reforço da legitimização democrática do Direito.

Alguns limites também foram identificados no que se refere à contribuição do Direito para a democracia sanitária. Destacam-se os seguintes: i) a necessidade de estabelecer uma regra de decisão exclui a possibilidade de utilizar outras regras de decisão possíveis (por exemplo, regra da maioria, regra da proporcionalidade, regra do consenso); ii) a criação de instituições e de processos de participação pode resultar na restrição da própria participação; iii) a lei formal não basta para realizar o direito ou para consolidar a garantia jurídica; iv) a qualidade da participação depende do interesse em participar e da capacidade de influenciar no processo; e v) as garantias jurídicas da democracia sanitária podem deixar uma margem de discricionariedade importante às autoridades estatais, ao ponto de descharacterizar ou reduzir o valor da deliberação participativa.

A pesquisa realizada e sintetizada neste trabalho aponta para desafios que as sociedades democráticas devem enfrentar para a realização do direito à saúde em observância à democracia sanitária: i) necessidade de aperfeiçoamento permanente das garantias, instituições e processos jurídicos criados; ii) criação de mecanismos que induzam à ampliação do uso das garantias participativas pelas autoridades estatais; iii) criação de incentivos que induzam à ampliação do uso das garantias participativas pela sociedade; e iv) qualificação do uso das garantias jurídicas da democracia sanitária pelo Estado e pela sociedade.

Buscou-se, aqui, demonstrar que o direito à saúde, em uma sociedade democrática, deve ser construído democraticamente, isto é, por meio da democracia sanitária. A participação das pessoas nos processos decisórios do Estado relativos à configuração e à aplicação do direito à saúde é essencial para que as decisões estatais, da forma mais fiel possível, reflitam a vontade soberana do povo sobre os aspectos da saúde individual e coletiva que dizem respeito a todos e a cada um de nós.

REFERÊNCIAS

1. BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília-DF, ano 126, n. 191-A, 5 out. 1988.
2. BRASIL. Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000. Altera 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. **Diário Oficial da União**: seção 1, ano 138, n. 178-E, p. 1-2, 14 set. 2000.
3. BRASIL. Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, ano 149, n. 11, p. 1-4, 16 jan. 2012.
4. BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial da União**: seção 1, ano 158, n. 27, p. 1, 7 fev. 2020a.
5. BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**: seção 1, Brasília, DF, ano 128, n. 182, p. 18055-18059, 20 set. 1990.
6. BRASIL. Medida Provisória nº 926, de 20 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre procedimentos para aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 158, n. 55-G, p. 1, 20 mar. 2020b.
7. DALLARI, D. A. **Normas Gerais sobre Saúde**: cabimento e limitações. In: BRASIL. Fundação Nacional de Saúde. Programa Nacional de Controle da Dengue: amparo legal à execução das ações de campo – imóveis fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador. Brasília: Fundação Nacional de Saúde, 2002. p. 41-54.
8. DURAND, C. A segurança Sanitária num Mundo Global: aspectos legais e o sistema de segurança sanitária na França. **Revista de Direito Sanitário**, [s. l.], v. 2, n. 1, p. 59-78, 2001.
9. ROCHA. C. L. A. **República e Federação no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1997.

