

COLETÂNEA
DIREITO À SAÚDE

Volume 1

Institucionalização



CONASS

Conselho Nacional de Secretários de Saúde

Brasília, 2018 – 1ª Edição

Coletânea Direito à Saúde

Institucionalização

© 2018 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citadas a fonte e a autoria.

Tiragem: 1.200 exemplares.

A Coletânea Direito à Saúde é distribuída gratuitamente. Proibida a comercialização.

Também disponível na Biblioteca Digital do Conass em www.conass.org.br/biblioteca.

Coletânea Direito à Saúde – Institucionalização

Brasília, outubro de 2018.

ISBN 978-85-8071-047-2

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

C694 Coletânea direito à saúde: insitucionalização / Organizadoras Alethele de Oliveira Santos, Luciana Tolêdo Lopes. – Brasília (DF): CONASS, 2018.
320 p. : il. – (Coletânea Direito à Saúde; v. 1)

Inclui bibliografia
ISBN 978-85-8071-047-2

1. Assistência médica – Brasil. 2. Saúde pública 3. Seguro saúde. 4. Sistema Único de Saúde (Brasil). I. Santos, Alethele de Oliveira. II. Lopes, Luciana Tolêdo. III. Série.

CDD 368.40981

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

SECRETÁRIOS DE ESTADO DA SAÚDE 2018

AC	Rui Emanuel Rodrigues Arruda	PB	Cláudia Luciana de Sousa Mascena Veras
AL	Carlos Christian Reis Teixeira	PE	José Iran Costa Júnior
AM	Orestes Guimarães de Melo Filho	PI	Florentino Alves Veras Neto
AP	Gastão Valente Calandrini de Azevedo	PR	Antonio Carlos Figueiredo Nardi
BA	Fábio Vilas Boas	RJ	Sérgio D'Abreu Gama
CE	Henrique Jorge Javi de Sousa	RN	Pedro de Oliveira Cavalcanti Filho
DF	Humberto Fonseca	RO	Luis Eduardo Maiorquin
ES	Ricardo de Oliveira	RR	Antonio Leocádio Vasconcelos Filho
GO	Leonardo Vilela	RS	Francisco Antônio Zancan Paz
MA	Carlos Eduardo de Oliveira Lula	SC	Acélio Casagrande
MG	Luiz Sávio de Souza Cruz	SE	Valberto de Oliveira Lima
MS	Carlos Alberto Moraes Coimbra	SP	Marco Antônio Zargo
MT	Luiz Antonio Vítório Soares	TO	Renato Jayme da Silva
PA	Vítor Manuel Jesus Mateus		

DIRETORIA DO CONASS 2018/2019

PRESIDENTE

Leonardo Moura Vilela (GO)

VICE-PRESIDENTES

REGIÃO CENTRO-OESTE

Humberto Lucena Pereira Fonseca (DF)

REGIÃO NORDESTE

Carlos Eduardo de Oliveira Lula (MA)

REGIÃO NORTE

Vítor Manuel Jesus Mateus (PA)

REGIÃO SUDESTE

Ricardo de Oliveira (ES)

REGIÃO SUL

Acélio Casagrande (SC)

EQUIPE TÉCNICA DO CONASS

SECRETÁRIO EXECUTIVO

Jurandi Frutuoso

ASSESSORIA JURÍDICA

Alethele de Oliveira Santos

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Adriane Cruz

Marcus Carvalho

Tatiana Rosa

COORDENAÇÃO TÉCNICA

René José Moreira dos Santos

COORDENAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL

Ricardo de Freitas Scotti

ASSESSORIA TÉCNICA

Carla Uihôa André

Eliana Maria Ribeiro Dourado

Fernando P. Cupertino de Barros

Haroldo Jorge de Carvalho Pontes

Lourdes Lemos Almeida

Maria José Evangelista

Nereu Henrique Mansano

Tereza Cristina Lins Amaral

Viviane Rocha de Luiz

CONSELHO EDITORIAL

Adriane Cruz

Fernando P. Cupertino de Barros

Jurandi Frutuoso

Marcus Carvalho

Ricardo de Freitas Scotti

René Santos

Tatiana Rosa

ORGANIZAÇÃO DO LIVRO

ORGANIZAÇÃO

Alethele de Oliveira Santos
Luciana Tolêdo Lopes

REVISÃO TÉCNICA

Adriane Aparecida Cruz
Alethele de Oliveira Santos
Bárbara Niegia Garcia de Goulart
Beatriz Figueiredo Dobashi
Bruno Naundorf
Carlos Henrique Falcão de Lima
Daniel Cardoso
Fernando Alcantara Castelo
Fernando Passos Cupertino de Barros
Haroldo Jorge de Carvalho Pontes
José Luiz Souza de Moraes
Jurandi Frutuoso Silva
Lidia Cunha Schramm
Lourdes Lemos Almeida
Luciana Tolêdo Lopes
Marcella Parpinelli Moliterno
Maurício Carlos Ribeiro
Moacyr Rey Filho
Patrícia De Carli
Tereza Cristina Lins Amaral
Uirá Menezes de Azevêdo

REVISÃO GRAMATICAL

ALB Kist Filme e Vídeo ME
Ana Lucia Brochier Kist

EDIÇÃO

Marcus Carvalho

PROJETO GRÁFICO E DIAGRAMAÇÃO

Marcus Carvalho

COLABORAÇÃO

Alethele de Oliveira Santos
Aline Fabiana de Castro
Ana Paula do Rego Menezes
André Luís Soares da Paixão
Arthur Chioro dos Reis
Bruno Moretti
Carla Ulhoa André
Clarisvan do Couto Gonçalves
Claudia de Souza Ferreira Martins
Crhistine Cavalheiro Maymone Gonçalves
Daniel Pitangueira de Avelino
Danylo Santos Silva Vilaça
Danitza Passamai Rojas Buvnich
Diego Alexander Gómez-Ceballos
Eduardo André Viana Alves
Elizabeth Alves de Jesus Prado
Gabriel Schulman
Igor Veloso Ribeiro
Isabel Craveiro
Jarbas Ricardo Almeida Cunha
João Marcelo Barreto Silva
João Pedro Gebran Neto
Letícia de Oliveira Fraga de Aguiar
Lucas Felipe Carvalho Oliveira
Luzia Gonçalves
Maria Célia Delduque Nogueira Pires de Sá
Moacyr Rey Filho
Paula Lobato de Faria
Paulo César de Oliveira
Paulo Jorge dos Santos Sousa
Priscila Torres de Brito
Reynaldo Mapelli Júnior
Roberta Fernandes de Faria
Sílvia Badim Marques
Susana de Oliveira Rosa
Taiz Marrão Batista da Costa
Tereza Cristina Lins Amaral
Thiago Lopes Cardoso Campos
Valéria Alpino Bigonha Salgado
Wagner de Jesus Martins
Zulmira Hartz

SUMÁRIO

O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil	12
A Justiciabilidade dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Caso <i>Lagos Del Campo Versus Perú</i>	22
Direito Sanitário e Direito do Ambiente: uma Questão de Salvaguarda do Direito Fundamental à Vida	36
A Diretriz Constitucional de Participação Social no SUS	44
A saúde para além do Artigo 196 da Constituição de 1988	56
Participação da Comunidade no Sistema Único de Saúde: Juridicidade e Controle	68
A Importância da Judicialização da Saúde na Garantia do Direito à Saúde em <i>Medellín</i> – Colômbia	82
A Atenção Primária à Saúde: um Enredo Para o SUS	94
O Estado como Gestor de Serviços no SUS: Regime Jurídico e Implicações Práticas..	108
Por uma Regulação do Acesso mais Sistêmica e Produtora do Cuidado: uma Reflexão sobre a Política Nacional de Regulação do SUS e a Articulação entre as Centrais de Regulação e os Serviços.....	126
Os Estados e os Desafios da Regionalização da Saúde.....	136
Contratação de Serviços Complementares no Sistema Único de Saúde	148
A Tutela Estatal sobre os Conselhos de Profissões e sua Importância para as Políticas Públicas de Saúde	154
As Mudanças Legais para o Ambiente da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei 13.243/2016) e seus Reflexos para o Sistema Único de Saúde	166
Orçamento como Instrumento para Realização do Direito à Saúde? EC 95 e a LOA 2018	182
Patentes, Inovação e Direito à Saúde: Análise sobre as Discussões de Propriedade Intelectual em Saúde Pública na Organização Mundial da Saúde entre 2006 e 2016 ..	192

Entre Acertos e Exageros: a Difícil Relação entre o Administrador Público e os Órgãos de Controle	206
A garantia do Direito Sanitário sob a Perspectiva de Gênero: Desafios e Enfrentamentos perante o Sistema Único de Saúde para a Garantia do Direito à Saúde das Mulheres	220
O Papel da Segurança do Paciente na Qualidade do Cuidado em Saúde e na Concessão do Direito à Saúde pela Via da Judicialização.....	236
Internações Forçadas e Saúde Mental: entre Tratamento e Punição	248
A Desnecessidade da Cirurgia de Transgenitalização para o Reconhecimento da Alteração do Nome e do Sexo Jurídico Fundado na Universalidade dos Direitos Humanos e Tratamento Institucional Dado ao Tema pelos Poderes Instituídos	260
Direito Sanitário da População Transgênero: uma Construção Contemporânea.....	272
Acesso à Informação e Comunicação de Risco em Saúde: entre o direito e a Prudência.....	284
Desafios Jurídicos do Reporte de Eventos Adversos: Proposta de Agenda para a Melhoria da Segurança do Paciente	294
Pensar a Lei como Intervenção no Processo Avaliativo do Direito à Saúde.....	308

APRESENTAÇÃO

Cabe ao Conass, dentre outras atribuições, a produção e a difusão do conhecimento. O cumprimento desta função dá-se por diferentes estratégias, mas, em especial, a partir da publicação de livros técnicos, com temas de interesse da gestão estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) e do público em geral e que vêm, ao longo dos anos, dando corpo à biblioteca institucional.

No ano 2015, a partir da premissa de que conhecer o Direito Sanitário é essencial ao bom desempenho da gestão, o Conass lançou sua primeira publicação exclusiva para a temática. O livro “Direito à Saúde” compõe a Coleção Para Entender a Gestão do SUS e tem alcançado relevantes números de acesso e *download*, por diferentes públicos e em vários países.

Por reconhecer que os debates que envolvem o tema têm-se expandido, quer em quantidade, quer nas especificidades, o Conass apresenta a **Coletânea Direito à Saúde**, composta por três volumes que abordam eixos distintos, mas relacionados entre si. São eles: (i) a institucionalização do direito à saúde; (ii) os dilemas que envolvem o tema no fenômeno da judicialização, e por fim, (iii) as boas práticas e diálogos institucionais. Os eixos serviram de inspiração para nomear os livros da Coletânea, sendo que cada volume apresenta artigos/ensaios produzidos por expertos no assunto, pertencentes aos sistemas de saúde, de justiça e de ensino.

A apresentação dos volumes segue o padrão de impressão gráfica, bem como traz a possibilidade de utilização da ferramenta *QR Code*, seja para cada um dos livros, seja para cada artigo/ensaio. Esta ferramenta incrementa o acesso livre, desembaraçado e gratuito às obras do Conass, possibilitando maior alcance e economicidade.

É necessário agradecer. Primeiramente, aos autores, que mesmo individualmente responsáveis por suas palavras, generosamente as cederam para comporem a Coletânea. Agradecer também aos revisores, que contribuíram na busca da precisão e da melhor técnica. E, por fim, agradecer a todos que se empenharam para que a ideia tomasse forma.

Que a Coletânea seja capaz de produzir reflexões que contribuam com o amadurecimento dos debates, a inovação, as soluções ponderadas e racionais e estimulem a produção e difusão de mais conhecimento.

Boa leitura!

Leonardo Moura Vilela
Presidente do Conass

INTRODUÇÃO

A Coletânea Direito à Saúde está dividida em 3 volumes: (i) a institucionalização do direito à saúde; (ii) os dilemas que envolvem o tema no fenômeno da judicialização; (iii) as boas práticas e diálogos institucionais. Este é o primeiro volume e trata da temática da institucionalização do direito à saúde.

O Livro 1: institucionalização do direito à saúde, assim como os demais, é formado por capítulos compostos a partir de escritos elaborados por profissionais¹ ligados à gestão do sistema de saúde, ao sistema de justiça e também às pesquisas acadêmicas. Neste livro, os capítulos dizem respeito ao conjunto normativo pelo qual se espera a efetivação do direito à saúde, portanto, tratam da Constituição, da legislação ordinária, das normativas político-administrativas e também de disciplina internacional sobre a matéria.

Apontam questões relevantes sobre as bases do direito sanitário, sua característica complexa e interdisciplinar, a relação do sistema jurídico com o sistema sanitário e diferentes interesses acadêmicos, nacionais e internacionais. Apresentam debates sobre o limite legal das ações de gestão, da racionalização de custos, da dificuldade de incremento na atenção à saúde, sempre sob a premissa de que a política pública de saúde exige raciocínio elaborado e compromisso social.

No caso brasileiro, o estudo das relações entre o sistema de justiça e o sistema sanitário desponta como fundamental para o campo de saúde coletiva, em especial a partir de 1988, quando foi conferido, à saúde, o *status* constitucional de direito social e fundamental. O tema tem ocupado fortemente as pautas dos poderes executivo, legislativo e judiciário nacionais.

Num cenário de composição e fortalecimento de estratégias que facilitem a comunicação entre os sistemas sanitário e jurídico, merece apresentação a Câmara Técnica de Direito Sanitário (CTDS) do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), criada em 2013, que agrega representantes das 27 secretarias estaduais de saúde, para a discussão, formulação, avaliação e apresentação, à assembleia de secretários estaduais, dos itens referentes ao direito sanitário, e cuja participação na elaboração da presente coletânea é de vital importância.

Esta publicação não pretende, por óbvio, esgotar o assunto acerca da institucionalidade do direito à saúde, a sua juridicidade e especificidades. Contudo, pretende apresentar ao leitor uma possibilidade de auxílio na temática e no aprofundamento dos temas.

Ao tempo em que o Conass agradece aos autores, revisores e demais participantes deste levante editorial, compromete-se com a produção de novos conhecimentos no tema e sua difusão.

¹ Os autores elaboraram artigos/ensaios que expressam suas opiniões pessoais, que nem sempre coincidem com a do Editor, para comporem a Coletânea Direito à Saúde. Têm conhecimento que as publicações, tanto as impressas, quanto as disponíveis na rede mundial de computadores, são de acesso público, gratuito e desembaraçado (portal Conass). Não foram remunerados e cederam, gratuitamente, seus direitos autorais e de publicação.

O Mínimo Existencial como Retrocesso Sanitário para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil

Jarbas Ricardo Almeida Cunha*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/jEhJCD>

RESUMO

Este artigo analisa as consequências de adotar-se a teoria doutrinária do mínimo existencial como suporte jurídico para implementação constitucional do direito à saúde no Brasil. Utiliza-se a metodologia de revisão de literatura de tipo narrativa para demonstrar a construção intelectual do mínimo existencial, desde o surgimento no direito constitucional alemão até sua aplicação no constitucionalismo brasileiro, com os específicos impactos no Direito Sanitário em nossa realidade. Veremos que o mínimo existencial é um elemento de retrocesso sanitário para a efetivação do direito à saúde no Brasil, já que afronta objetivos, princípios e diretrizes constitucionais do Sistema Único de Saúde (SUS), como a universalidade, a igualdade e a integralidade.

Palavras-chave: Mínimo Existencial. Retrocesso Sanitário. Direito Constitucional à Saúde.

* CV disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4436088E4>.
Analista Técnico de Políticas Sociais – ATPS. Dourando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. E-mail para contato: jarbas.ricardo@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Abordaremos, neste artigo, o percurso intelectual da teoria doutrinária do mínimo existencial, desde seu advento no direito constitucional alemão, por meio da interpretação da Lei Fundamental de Bonn, até sua aplicação no direito constitucional brasileiro e seus reflexos, especificamente, na aplicação do direito à saúde no Brasil.

Para desenvolvermos nossa análise, realizaremos uma revisão bibliográfica sobre a temática proposta com a utilização de artigos, livros e sítios eletrônicos, utilizando a metodologia de revisão de literatura de tipo narrativa (1), que consiste em relatar publicações amplas, apropriadas para descrever e discutir o desenvolvimento ou o “estado da arte” de um determinado assunto, sob ponto de vista teórico ou contextual.

O intuito de escolhermos o tema do mínimo existencial no direito à saúde relaciona-se com a constatação de que a maioria dos pesquisadores, operadores do direito e gestores da saúde considera a doutrina do mínimo existencial como positiva para a efetivação do direito mencionado, já que se insere no contexto de defesa da dignidade da pessoa humana e do direito à vida como corolários para a ratificação do direito constitucional à saúde.

Veremos que essa argumentação majoritária pró-mínimo existencial no campo do direito sanitário é um equívoco, pois apresenta elementos que vão de encontro ao sistematizado tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei Orgânica da Saúde (LOS).

Para discorrermos sobre o tema, apresentaremos, primeiramente, a construção conceitual do mínimo existencial na conjuntura alemã e, depois, seu advento no Brasil. Logo após, abordaremos como o mínimo existencial pode ser considerado um retrocesso sanitário, principalmente em relação ao marco normativo do direito à saúde e, por último, proporemos a adoção de um básico social na área da saúde para contrapor à tese do mínimo existencial.

2. DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

O mínimo existencial – também conhecido como “conteúdo mínimo”, “mínimo vital”, “núcleo essencial”, “substância mínima” dos direitos fundamentais – surgiu da cultura jurídica alemã na segunda metade do século XX. No país germânico, esse conceito é desenvolvido e ratificado não só no âmbito jurídico, mas também no legislativo e administrativo, tornando-se uma referência tanto na solução de litígios quanto na gestão de políticas públicas, influenciando sua cultura institucional.

As teses doutrinárias sobre o mínimo existencial foram criadas na Alemanha, especificamente, porque a Lei Fundamental de *Bonn* (Constituição) – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* – de 1949, inicialmente, não sistematizava em seu bojo um direito social de direta obrigação estatal de cunho prestacional e, dessa maneira, a

discussão em torno da garantia de pelo menos um mínimo indispensável para uma existência digna ocupou um papel preponderante em relação à interpretação da conjuntura normativa constitucional à época, já que havia um vácuo no teor explícito de seu texto.

Como enfatizado por Krell (2), o Tribunal Constitucional alemão lastreou a construção do mínimo existencial em dois elementos concordantes e fundamentadores de uma interpretação hermenêutica progressista no direito atual: o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida em sua completude, ou seja, na sua integridade física e mental.

Enquanto o primeiro – princípio da dignidade da pessoa humana – estava inserido de modo normativo na Lei Fundamental de Bonn, especificamente, em seu artigo 1º, inciso I, o segundo – direito à vida em sua completa integridade – inseria-se no artigo 20, inciso I da mesma Carta Constitucional.

Sendo assim, a Corte Suprema alemã determinou a vinculação a um auxílio social (*Sozialhilfe*), com base em uma interpretação constitucional prospectiva, estipulando que o Estado, de forma obrigatória, oferecesse uma contribuição social a quem comprovasse ser hipossuficiente, preenchendo, dessa forma, o vazio deixado pelo texto constitucional no que se refere aos direitos sociais, influenciando a jurisprudência e a doutrina, não somente de seu país, como de outras regiões do ocidente.

Portanto, a tese do mínimo existencial foi uma espécie de “*mea culpa*” da Carta de Bonn, já que esta negligenciava qualquer tipo de direito social, tendo que encontrar um instrumento jurídico capaz de restituir esse vazio de dignidade humana.

Pouco depois, logo após a Segunda Guerra Mundial, o juiz Bachof (3) ratificou a construção argumentativa sobre o mínimo existencial, em que aliava o direito civil e político ao direito social. Sustentava que o mínimo existencial, subsumido à dignidade humana, não estaria resumido apenas à questão da liberdade, mas, principalmente, a um mínimo de segurança social como saúde, educação e moradia.

Desse modo, na década de 1970, o Tribunal alemão profere uma decisão em que afirma que um dos deveres inquestionáveis do Estado é a assistência aos necessitados, devendo lhes garantir “o mínimo”, ou seja, condições básicas para uma existência humana digna. Dessa forma, consagrou-se pela primeira vez um direito fundamental a um mínimo existencial embalado pelos sólidos desempenhos econômicos do Estado do Bem-Estar Social alemão à época.

No Brasil, esse debate é muito recente, ganhando força na última década e encontrando-se, ainda, em permanente construção doutrinária. Juristas como Torres (4), Barcellos (5) e Sarlet (6) têm contribuído com novos enfoques sobre o tema.

De acordo com Torres (4), as características centrais do mínimo existencial coadunam-se sobremaneira com os denominados direitos da liberdade: sua condição de pré-constitucionalidade, pois é inerente à pessoa humana, independente da formação de uma Constituição; é direito público subjetivo de qualquer cidadão, fortalecendo a interpretação de que o mínimo existencial é que influencia a ordem jurídica e não o seu

contrário; apresenta validade *erga omnes*, ou seja, tem consequências, sejam estas diretas ou indiretas, para toda a coletividade, como no exemplo de uma justificativa de estado de necessidade; e, por último, apresenta-se imbuído de historicidade, vale dizer, variando de acordo com o contexto social e econômico e a identidade territorial que deseja abarcar.

Já Barcellos (5) advoga que o mínimo existencial deve preceder o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo o Estado ofertar para os cidadãos um núcleo com um conteúdo básico, já que a efetivação do mínimo é condição *sine qua non* para a classificação de um ser digno ou indigno perante as características do ambiente em que reside. A autora ainda enumera como seria constituído este mínimo existencial: saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último, englobando alimentação, vestuário e abrigo.

Sarlet (6) está de acordo com as construções conceituais anteriores, porém destaca a restrição desse conceito, alertando que não se pode quantificá-lo de forma única e definitiva, pois o mínimo existencial varia conforme o lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, esfera econômica e financeira, expectativas e necessidades, que, no caso da interpretação dada por esse autor, podem confundir-se com desejos e aspirações individuais.

Sarlet (6) completa seu raciocínio, ao elucidar como se daria a definição desse mínimo existencial, tendo como referência o papel dos legisladores e dos juízes: cabendo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, entre outros aspectos a serem considerados; e, aos tribunais, caberia decidir sobre este núcleo existencial mínimo, mas apenas em casos de omissão ou desvio de finalidade por parte do sistema legiferante.

A conclusão a que chegam esses juristas é que, em um país com tamanha desigualdade social como o Brasil, não existem elementos concretos que possam efetivar todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, embora concordem que há uma contradição nesse tipo de argumentação, pois a erradicação da total desigualdade é um dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, de acordo com a Constituição Federal.

Assim, segundo os citados autores, em uma conjuntura em que nem todos os direitos fundamentais são respeitados, a teoria do mínimo existencial permitiria racionalizar as supostas escassez e má gestão/má distribuição dos recursos orçamentários, sendo de fundamental importância para a atuação das três funções do Estado – executiva, legislativa e judiciária – para garantir aos cidadãos mais necessitados um direito de cidadania, ou seja, um mínimo necessário para que possam existir de forma digna.

Mas veremos que, em relação ao direito à saúde, essa interpretação positiva e benevolente por parte dos doutrinadores sobre o mínimo existencial pode sinalizar um retrocesso sanitário em relação ao que foi instituído pela nossa Constituição e Lei Orgânica da Saúde, principalmente a respeito dos objetivos, princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL COMO RETROCESSO SANITÁRIO

Depois de analisar sucintamente a construção do mínimo existencial, desde sua origem na Alemanha até sua chegada ao Brasil, direciona-se, a partir deste ponto, uma explanação com a incumbência de comprovar como o conceito de mínimo existencial foi construído tendo o intuito, consciente ou não, de retroceder às conquistas abarcadas nos direitos sociais de nossa Constituição.

Inicialmente, devemos ter muita acuidade ao transferir a doutrina do mínimo existencial da Alemanha para o nosso direito pátrio. Essa transferência não pode ocorrer de forma mecânica, sem atentar para duas observações fundamentais: a primeira, em relação à diferença de conteúdo das Constituições germânicas e brasileiras; a segunda, referente à distância social, formação política e econômica que separa a realidade desses países.

Destarte, no caso do Brasil, a construção doutrinária de um mínimo de provimentos, sejam estes materiais ou não, seria um retrocesso constitucional, pois o que seria válido e eficaz em nossa realidade seria a concretização do rol dos direitos sociais do texto constitucional, direitos estes encadeados e interligados por um lastro de núcleo central estrutural e não residual, resultado do acúmulo de lutas e demandas dos movimentos sociais organizados e não um mínimo que, ao mesmo tempo que é limitado, também limita, não somente o texto constitucional no que ele de fato poderia ser, como também a coletividade de cidadãos em seus direitos mais elementares para a formação de uma vida digna. Dessa maneira, a tese sobre o mínimo existencial é deslocada e contraproducente em nosso país, retrocedendo a conquistas constitucionais.

E, complementando, a Alemanha, assim como os países centrais da Europa, goza de uma tradição de um Estado Social ainda atuante, apesar das restrições sofridas, podendo o país germânico se dar ao luxo de não sistematizar constitucionalmente direitos sociais. Já o Brasil, país de imensa desigualdade social, não pode confiar sua esperança de ratificação dos direitos sociais a uma espécie de mínimo vital, devendo perseguir, continuamente, os direitos fundamentais sociais de nossa Constituição em sua completude.

Como relata Krell (2), não se trata de analisar a Constituição como um texto bíblico, beirando o messianismo, mas apenas exigir que o Estado brasileiro – e Estado no sentido mais *lato* possível: executivo, legislativo, judiciário, instâncias consultivas e deliberativas – leve a sério os mandamentos constitucionais, já que a Constituição não é somente um texto normativo mas, principalmente, um projeto de nação (7).

Também há a ressalva trazida por Netto (8), ao questionar a ausência de parâmetros para definir o que seria o mínimo existencial em nosso país e sobre quem deveria delimitar e dar eficácia a essa doutrina, destacando que não há contornos definidos para a tomada de decisão e ação no plano concreto, seja numa lei, na gestão pública ou em uma decisão judicial, demonstrando certa fragilidade na questão prático-conceitual e, conseqüentemente, institucional.

E, sobre a especificidade do direito à saúde, o mínimo existencial está sendo desenvolvido com o claro intuito de restringi-lo somente à saúde básica, como vimos na definição de Barcellos (5), chocando-se frontalmente ao estipulado pelos principais marcos normativos do Sistema Único de Saúde (SUS), a Constituição Federal (9) e a Lei Orgânica da Saúde – Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (10).

O mínimo existencial confronta o art. 196 *in fine* da Constituição, quando este garante o direito à saúde mediante “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” e, em seu art. 198, inc. II, quando estipula como uma das diretrizes do SUS: “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”.

A Lei Orgânica da Saúde também é confrontada pela interpretação do mínimo existencial, principalmente em relação aos princípios do SUS, como universalidade (art. 7º, inc. I), integralidade (art. 7º, inc. II) e igualdade (art. 7º, inc. IV). Dessa forma, podemos hermeneuticamente afirmar que o mínimo existencial é uma construção argumentativa inconstitucional e ilegal em relação aos normativos do direito à saúde no Brasil, por contrapor-se aos objetivos, princípios e diretrizes do SUS.

Além disso, o fenômeno da judicialização da saúde – que vem a ser a constante busca dos cidadãos pelo efetivo cumprimento da Constituição – pode vir a sofrer críticas de certo ranço conservador, legitimadas pela doutrina do mínimo existencial. Por exemplo, não haveria respeito à lógica sanitária constitucional – principalmente à estrutura normativa do SUS delimitada nos arts. 196 a 200 da CF/88 – caso o juiz justificasse sua negativa de atendimento aos pacientes que recorram à justiça demandando média e alta complexidade com base no argumento do mínimo existencial, pois em praticamente todas essas situações está-se relacionando com o delicado tema do direito inalienável à vida e à dignidade da pessoa humana, que não corresponde a um certo “mínimo vital”, pois para a manutenção da vida, deve-se atentar para o máximo de atendimento e tratamento, respeitando os objetivos e diretrizes do Sistema, principalmente o princípio da universalidade combinado com o princípio da integralidade. (11)

Sendo assim, advogamos que o “Estado-Juiz” – no caso de judicialização da saúde – não deveria considerar, como prévia análise, se o requerente está provido de condições financeiras para custear o tratamento/medicamento requerido, pois parte considerável dos gastos com medicamentos concedidos pelo Poder Judiciário vai para aquisição de insumos de alta complexidade, somado ao agravante de não haver fornecimento desses produtos e insumos pelos planos privados de saúde, mesmo com uma série de isenções e desonerações que o governo, ano após ano, presenteia esses grupos de empresários do complexo médico-industrial, ou seja, também, nesse caso, o mínimo existencial seria um retrocesso.

Com essas observações, ressaltamos que não estamos defendendo o cumprimento do direito à saúde para todo e qualquer pleito, já que são demasiadamente conhecidos os limites financeiros, de recursos humanos e de estrutura de gestão da política pública de saúde, só estamos atentando para o fato de que não há possibili-

dade de interpretação do conceito do mínimo existencial diante de um direito universal lastreado pelo mais alto documento normativo do país.

Vimos, portanto, que o denominado mínimo existencial tem, como principal escopo, retroceder os direitos sociais à categoria de um direito natural, um mínimo de cidadania que não condiz com a natureza preceptiva de nossa Constituição, principalmente em relação à máxima prestação pela efetivação do direito à saúde.

4. MÍNIMO EXISTENCIAL X BÁSICO SOCIAL

Para além do positivismo jurídico, ousa-se, também, analisar o conceito de mínimo existencial comparando-o e, ao mesmo tempo, contrapondo-o com o conceito de básico social, ou seja, em uma análise para além do direito. Pereira (12) destaca que não se pode confundir os termos mínimo e básico. Apesar de sua quase irmandade semântica, são bastante diferentes em termos político-sociais.

Segundo a autora mencionada, o conceito de mínimo exige uma proteção por baixo, rasteira, somente atentando-se às necessidades biológicas para a pura e simples sobrevivência, sem preocupar-se com o desenvolvimento físico e mental do ser humano para que alcance percepção crítica sobre seu lugar e posicionamento perante o mundo; contrapondo ao mínimo, o conceito de básico deve ser algo fundamental, para além de uma satisfação simplista, que dê oportunidades de fato para que o ser humano se reconheça como tal, no completo bem-estar de sua saúde física, concomitante com um grau subjetivo de autonomia cidadã, refletindo sobre seus objetivos e crenças.

Pereira (12), ao nos apresentar a construção intelectual do mínimo, só ratifica a perspectiva de retrocesso incluída nesse conceito. A autora relata as contribuições do representante da Escola Austríaca de Economia, Friedrich Hayek, em defesa de um mínimo de renda somente para pessoas que não apresentam condições para participação no mercado de trabalho: enfermas, pessoas física e mentalmente incapazes, viúvas e órfãos.

Hayek (13) defende um mínimo como dever moral e não cívico, uma mínima rede de segurança para amenizar a pobreza extrema, numa conceituação de dimensão biológica, ou mero alívio para necessidades fisiológicas. A defesa de um mínimo englobaria uma série de ações no campo da economia política: a defesa de um Estado Mínimo, políticas assistencialistas com conteúdo focalizado, atuação do mercado em políticas públicas estratégicas; não se preocupando com o regime político adotado, se ambiente democrático ou não, o importante, para esse pensador, era que o ser humano não fosse submetido “ao caminho da servidão” propagado pelo Estado.

Já Rawls (14), apesar de suas progressivas elucubrações sobre o “véu da ignorância” e o “princípio da diferença”, apresenta a defesa de um mínimo que flerta com a abstração, pois, inerente à condição de pré-existência do ser humano em quaisquer sociedades analisadas, busca-se concretizar um mínimo vital para a mínima sobrevivência. Defende uma ordem léxica em que se pressupõe que o princípio da liberdade e oportu-

nidade esteja à frente do princípio da igualdade, demonstrando ínfima preocupação com a questão da igualdade material, fortalecendo, ao contrário, a igualdade formal, em que a *lex mercatoria* estaria acima de qualquer princípio distributivo.

Portanto, ao apresentarmos – em apertada síntese – ideias de clássicos autores do pensamento liberal, deduzimos que o conceito de mínimo seria próximo a um mínimo de subsistência, resposta isolada e emergencial aos efeitos da pobreza extrema, uma política assistencialista conjuntural, que legitima as desigualdades sociais e a concentração de renda numa sociedade dividida em classes e setores desprovidos de um apoio material sólido e constante.

Para contrapor a doutrina do mínimo existencial, surge o conceito de básico social (15), que seria caracterizado por apresentar um alargamento social de direitos, numa integralidade e junção com as três clássicas gerações de direito: liberal, social e difuso; e não somente com políticas assistencialistas e focalizadas, tentando solucionar problemas de fundo jurídico-político de caráter estrutural.

Os programas, na conceituação do básico social, devem estar encadeados e integrados, complementando-se mutuamente, no caso da saúde pública brasileira, por exemplo, o programa Estratégia Saúde da Família (ESF) deve ser efetivado juntamente com a vigilância sanitária, saneamento básico, assistência, educação, cultura, etc., objetivando a reorganização integral da atenção básica em nosso país em respeito aos determinantes e condicionantes da política pública de saúde – art. 3º da Lei Orgânica da Saúde.

No conceito de básico social devem estar contidas duas características imprescindíveis (15): ser objetivo e universal. Ser objetivo, no sentido de que sua especificação teórica e empírica deva ser independente de preferências ou desejos pessoais; e universal, no que se refere às consequências do não cumprimento de um bem-estar à coletividade, proporcionando sérios prejuízos decorrentes de sua não satisfação adequada, em qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo e em qualquer cultura.

Somente duas necessidades humanas básicas apresentam os requisitos de objetividade e universalidade inerentes à conceituação do básico social – são elas a saúde física e a autonomia (15), que devem ser efetivadas por meio de uma política pública atuante, de modo conjunto e contínuo. Ambas são pressupostos iniciais para uma vida digna, não se resumindo como um fim em si mesmas. A saúde física seria como um axioma para o desfrute da vida, sendo uma necessidade humana primária, que tem como indicadores básicos a taxa de mortalidade e a expectativa de vida. A saúde física é como um lastro para o alcance da autonomia, esta seria a capacidade do indivíduo de eleger objetivos e crenças, de valorá-los com discernimento e de pô-los em prática sem opressões, não somente no sentido de fazer-se ciente de sua posição como indivíduo mas, principalmente, como pertencente a uma coletividade, respeitando regras e valores que devem ser construídos de forma democrática e participativa.

Portanto, a doutrina do básico social diferencia-se da doutrina do mínimo existencial no sentido de que se consolida como uma política estrutural, exigindo reformas

de base, como a efetivação de uma reforma sanitária com base em nossa Constituição, política de Estado e não de governo, com total afinidade com os ditames constitucionais. No caso do direito sanitário, isso significa a luta pela concretização dos princípios do Sistema Único de Saúde (SUS), quais sejam a universalidade, integralidade, equidade, de acordo com a implementação de políticas sociais e econômicas com o fim de ratificar objetiva e subjetivamente a saúde pública brasileira.

Dessa forma, destacamos que a difundida e ingenuamente bem-intencionada doutrina do mínimo existencial restringe, limita e até pode extinguir o direito à saúde conforme os ditames do SUS Constitucional, sendo que, em contraponto, devemos apresentar a defesa de um básico social que, como vimos, está em conformidade tanto com nossa Constituição quanto com nossa Lei Orgânica da Saúde.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção conceitual da doutrina do mínimo existencial deve ser avaliada com razoabilidade e proporcionalidade ao ser aplicada no Brasil pelo fato de sermos um país de modernidade tardia e, conseqüentemente, termos uma situação juspolítica e econômico-social muito distinta da Alemanha, além das situações históricas inerentes a cada contexto à época de aplicação dessas teses.

A análise comparativa dos documentos constitucionais de ambos os países não deixa dúvidas quanto à dissonância hermenêutica da aplicação desses conceitos: enquanto na Alemanha a origem e desenvolvimento do mínimo existencial podem ser considerados como instrumentos de salvaguarda da dignidade da pessoa humana, no Brasil, constata-se um retrocesso social, principalmente em relação ao direito constitucional à saúde.

Nosso direito à saúde – estruturado e consolidado pela Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde – apresenta como características principais sua universalidade, integralidade e participação social subsumidos em um Sistema Único de Saúde (SUS) que ratifica esse direito social fundamental de relevância pública como direito de todos e dever do Estado.

A aplicação da doutrina do mínimo existencial limitaria as conquistas do SUS a um mínimo sanitário represado por restrições orçamentárias, não efetivando o direito à saúde em todos os seus níveis, nem reconhecendo seus objetivos, fundamentos e princípios, obstaculizando as conquistas e anulando a ratificação do direito sanitário constitucional brasileiro, podendo ainda impactar negativamente a efetividade da Justiça na questão sanitária.

Dessa forma, urge necessário pensarmos alternativas doutrinárias e conceituais coerentes com a efetivação do direito à saúde no Brasil para não endossarmos projetos de retrocessos sanitários com o intuito de restringir e, até mesmo, extinguir o SUS de nossa Constituição.

REFERÊNCIAS

1. Rother E. Revisão sistemática x revisão narrativa. *Acta Paulista de Enfermagem*. 2007;20(2). [acesso em 17 jan 2018]. Disponível em <http://www.redalyc.org/pdf/3070/307026613004.pdf>.
2. Krell AJ. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 2002.
3. Bachof O. Begriff und Wesendes Sozialen Rechtsstaates. In *VVDStRL 12*. Berlin; 1954.
4. Torres RL. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar; 2009.
5. Barcellos AP. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar; 2012.
6. Sarlet IW. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2015.
7. Bonavides P. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros; 2017.
8. Netto LC. O princípio de proibição de retrocesso social. Porto Alegre: Livraria do Advogado; 2010.
9. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal; 2018.
10. Brasil. Lei Orgânica da Saúde. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.
11. Wang DW. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. (Resenha). *Rev de Direito Sanitário*. 2009;10(1):308-318.
12. Pereira P. Necessidades humanas. São Paulo: Cortez; 2011.
13. Hayek F. O caminho da servidão. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil; 2010.
14. Rawls J. Political liberalism. New York: Columbia University Press; 2005.
15. Doyal L, Gough I. Teoria de las necesidades humanas. Madrid: Icaria; 2010.

A Justiciabilidade dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais: Caso *Lagos Del Campo* Versus *Perú*

Taiz Marrão Batista da Costa*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/fECzfe>

RESUMO

O artigo 26 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos prevê que os Estados devem comprometer-se a, progressivamente, dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais (DESCA). Neste contexto, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (*Protocolo de San Salvador*), tendo em vista o parâmetro da progressividade adotada pela Convenção no tema e o espaço de singularidade reconhecido a cada Estado no que tange à adoção de políticas públicas, colocou, conforme o artigo 19.6 do diploma, os DESCAs, com exceção dos direitos sindicais e do direito à educação, fora da sistemática de petições individuais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Neste artigo, objetivou-se analisar a recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Caso *Lagos Del Campo Vs. Perú* à luz dos dispositivos da normativa interamericana e dos parâmetros jurisprudenciais até então adotados em relação à “justiciabilidade” dos DESCAs. Através da análise dos fundamentos da decisão de 31 de agosto de 2017, da jurisprudência sedimentada até então e da doutrina especializada, foi possível concluir que, embora o novo precedente seja apontado como um marco para a “justiciabilidade” plena dos DESCAs, os parâmetros da interdependência e da indivisibilidade destes em relação aos direitos civis e políticos já permitiam que a Corte tutelasse tais direitos. Ademais, concluímos que parece necessário refletir acerca da legitimidade e do potencial de eficácia da alteração abrangente do perfil do artigo 26 da Convenção (mutação convencional) operada pela Corte sem correspondente alteração convencional politicamente acordada entre os Estados-partes.

Palavras-chave: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. “Justiciabilidade”.

* Advogada da União. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Possui *Master of Laws* pela *Georgetown University*. E-mail para contato: taizbatista@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o *Protocolo de San Salvador*, harmonicamente, tutelam os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESCA) no Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob o parâmetro da progressividade, dotando-os de exigibilidade, mas limitando sua judicialização:

[..] o Protocolo limitou a possibilidade de litígio de casos concretos de DESCA no Sistema. De acordo com o artigo 19, inciso 6, as vítimas só podem apresentar petições individuais alegando violações aos seus direitos à educação e à liberdade sindical [...].(1 p. 60)

Entretanto, as disposições normativas não impediram que a Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciasse denúncias de violações aos DESCA. Tradicionalmente, ela o fez a partir de uma concepção de interdependência e indivisibilidade em relação aos direitos civis e políticos e não de uma abordagem direta de violação ao artigo 26 da Convenção:

*Como regla general la Corte IDH se ha pronunciado sobre algunas dimensiones del derecho a la salud con base en su interdependencia e indivisibilidad con los derechos civiles y políticos. Así, en algunos casos lo ha hecho en conexión con los derechos a la vida o integridad personal; en otros dentro del concepto de “vida digna”; en algunos más con motivo de la atención médica prestada en centros de reclusión o instituciones similares; incluso en relación con los derechos sexuales o reproductivos. Por su parte, en muy pocos casos ha entrado al análisis sobre los alcances del artículo 26 de la Convención Americana, limitándose en general a interpretar ciertas porciones normativas de dicho dispositivo convencional em relación con los derechos económicos, sociales y culturales. **En ningún caso ha declarado de manera directa y autónoma la violación de dicho precepto** (grifo nosso). (2 p. 29-30)*

Explorando esta via indireta de tutela, pela “utilização de algum direito civil ou político como ponte” (1), pavimentou a Corte o caminho para a “justiciabilidade” dos DESCA no Sistema Interamericano.

Neste artigo, nos debruçamos sobre o caso *Lagos Del Campo Vs. Peru*, sentenciado em 31 de agosto de 2017, que teria operado uma virada interpretativa em direção à plena “justiciabilidade” dos DESCA.

2. MÉTODOS

Este artigo foi escrito a partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana no campo dos DESCA e de material bibliográfico relacionado à temática da “justi-

ciabilidade” de tais direitos no Sistema Interamericano. Apresenta conceitos importantes que se relacionam com a tutela internacional dos direitos sociais, trabalhando os limites de sua judicialização sob os prismas da legitimidade e da eficácia.

3. A PROTEÇÃO DOS DESCAs NA NORMATIVA INTERAMERICANA

Dada a impossibilidade de estabelecerem-se parâmetros uniformes e judicialmente aferíveis de maneira legítima em relação à pluralidade de Estados quanto às políticas públicas na seara dos DESCAs, a normativa interamericana restringe, no tema, o acionamento do sistema de petições. Assim dispõe o artigo 19.6 do Protocolo:

Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. (3)

O Protocolo coloca os DESCAs, com exceção dos direitos sindicais e do direito à educação, fora da sistemática de petições individuais do Sistema Interamericano:

[...] *el Artículo 19 del Protocolo de San Salvador establece los Medios de Protección del mismo, donde en su inciso 6 se indica de forma clara que únicamente en el caso del párrafo a) del Artículo 8 (derecho a los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección) y el Artículo 13 (derecho a la educación), se podrá dar lugar a la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [...].* (4)

A razão da norma repousa na natureza dos direitos tutelados pelo Protocolo, cuja implementação depende de prestações positivas, o que acarretou a adoção de *standard* diferenciado para a apreciação de eventuais violações. Os Estados acordaram em comprometer-se à realização progressiva, condicionada à capacidade de cada um e às opções constituintes de cada povo.

Assim, os DESCAs, pela normatividade interamericana, não podem ser exigidos judicialmente de forma imediata. Esta é a tônica do compromisso assumido pelos Estados que ratificaram a Convenção:

[...] Artigo 26. Desenvolvimento progressivo.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e

sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (5)

Percebemos a coerência existente entre o que dispõem os artigos 26 da Convenção e 19.6 do Protocolo.

Para se determinar se um Estado teria violado o artigo 26 da Convenção, seria necessário avaliar a conduta do Estado, não em relação a fatos particulares, mas em relação à evolução da legislação e das políticas públicas ao longo do tempo. Tal análise, de caráter mais político e geral que jurídico e casuístico, prevista pela normativa interamericana, resguarda a margem nacional de apreciação de cada comunidade que compõe o continente, evitando distorções que podem decorrer da judicialização de decisões políticas fundamentais.

A Corte Europeia de Direitos Humanos explica a necessidade de respeitar-se a margem nacional de apreciação de cada Estado quanto às questões socialmente complexas, em que não se logre uniformidade:

Essence of applicants' complaints concerns authorities' continuing insistence on determination of gender according to biological criteria and refusal to annotate or update information inscribed on register of birth to take account of post-operative gender status — in that respect, applicants' complaints similar to those of applicants in Rees and Cossey cases. In Court's view, no scientific or legal developments in area of transsexualism since Cossey judgment which would persuade it to depart from its decisions in above cases — respondent State still entitled to rely on a margin of appreciation to defend its refusal to recognise in law post-operative transsexual's sexual identity — for Court, it continues to be case that transsexualism raises complex, scientific, legal, moral and social issues in respect of which there is no generally shared approach among Contracting States. (6)

Nos temas em que não há consenso, “os órgãos de Estrasburgo têm permitido que as autoridades nacionais ampliem seus padrões de discricionariedade”, tendo sido desenvolvida a doutrina da margem nacional de apreciação “para conciliar a necessidade de se conseguir um padrão comum europeu de direitos humanos com as demandas de Estados com diferentes valores culturais e socioeconômicos”. (7)

A normativa interamericana segue esta lógica, com expressa pactuação de judicialização limitada dos DESCAs, preservando para cada Estado que tenha ratificado a Convenção e o Protocolo, por exemplo no que tange ao direito social à saúde, a liberdade de determinar internamente quais técnicas médicas serão institucionalizadas, que modelo de prestação de serviço de saúde será utilizado, ou o cronograma de absorção pelo sistema de novas metodologias.

4. A TRADICIONAL JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA EM MATÉRIA DE DESCA

[...] *el impulso dado por los representantes de las víctimas (MELISH, 2008, p. 7) y la aceptación de dicho impulso por parte de la Corte IDH ha llevado al desarrollo de estrategias orientadas a la judicialización “indirecta” de un DESC, de forma tal que la judicialización de estos derechos, en el sistema interamericano, en particular, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hoy en día es una realidad [...]. (8 p. 261)*

Estados como Brasil e Guatemala, desde os trabalhos preparatórios da Convenção, posicionaram-se no sentido da exigibilidade plena destes direitos, mas esta não foi a posição da maioria dos Estados:

The Court certainly mentioned the controversies which, right from the start, had reflected the extreme sensitivity of the question, but then went on to put forward the points of view of only those States which, like Brazil and Guatemala, had been trying since 1969 to give economic and social rights the place they deserved and ‘to materialize the exercise of [said rights] by means of the activity of the courts’... Brazil and Guatemala aside, the preparatory works show just how reluctant the majority of States were to recognize that what was to become Article 26 should be actionable. (9)

Os DESCA são, consoante a decisão política majoritária dos países quando da elaboração da Convenção e do Protocolo, exigíveis, mas não o são de forma imediata e por meio de tutela jurisdicional (sistema de petições), ao menos no que diz respeito à maioria destes direitos (consoante ressalva do artigo 19.6 em relação aos direitos à educação e sindicais).

Não obstante, a Corte Interamericana, ainda que indiretamente, já, há muito, confere “justiciabilidade” aos DESCA. Leão (10) aponta que, ainda em 1993, apreciando o caso *Aloeboete y otros Vs. Suriname*, que envolvia o assassinato de *cimarrones* por militares, a Corte levou em consideração o direito cultural para efeitos da reparação. Condenou o Estado por violações de direitos civis e políticos, mas determinou que reparasse os herdeiros das vítimas conforme seus costumes culturais.

No caso *Villagran Morales y otros Vs. Guatemala (Caso de los Niños de la Calle)*, a Corte condenou o Estado pela violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade pessoal, às garantias judiciais, todos direitos civis e políticos. Mas, pelo voto concorrente conjunto dos Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli, o caso adquiriu importância histórica para o desenvolvimento da tutela dos DESCA, à medida em que explicitou que “o direito à vida não se trata somente da privação da vida”, mas consiste, concomitantemente, na “obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado esse direito básico”, de garantir que as pessoas gozem de uma vida digna: (10)

[...] 7. *Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana, tan bien articulada por la Corte en los párrafos 144 y 191 de la presente Sentencia.*

8. *Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana [...]. (11)*

Também o caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*, em que o Estado foi condenado pela despedida em massa de trabalhadores de empresas públicas sem que os tenha conferido adequada proteção judicial, poderia ser apontado como exemplo de “justiciabilidade” indireta dos DESCAs na jurisprudência da Corte. Como explica Ferreira:

Apesar de a violação dos direitos econômicos, sociais e culturais não ter sido analisada diretamente, a Corte determinou, em sua sentença, que o Estado reincorporasse os trabalhadores e pagasse os salários que deixaram de ganhar. (1 p. 64)

A autora também ressalta a importância do caso *La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, em que a Corte, em 2001, relacionou o direito dos povos indígenas às suas terras ancestrais com a sua sobrevivência cultural, de forma que a decisão, a qual determinou que o Estado procedesse à demarcação e à titulação das terras, também determinou que o fizesse respeitando os usos e costumes do povo. (1)

A Corte indiretamente tutelou DESCAs em vários casos, como em *Cinco Aposentados (Pensionistas) Vs. Peru*, *Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, *Gonzales Lluy e outros Vs. Equador*, entre outros. Há mais de década, portanto, a Corte aprecia violações aos DESCAs, sob o manto de outros direitos, construindo interpretação ampliativa dos direitos civis e políticos, subsumindo os DESCAs naqueles, transferindo a “justiciabilidade” convencional ampla dos direitos civis e políticos aos DESCAs:

[...] O entendimento outorgado ao direito à vida pela Corte Interamericana é no sentido de que este direito fundamental não se restringe a não ter sua vida ceifada arbitrariamente pelo Estado, mas também o direito a que não se impeça o acesso às condições que garanta (*sic*) uma existência digna. Nesta concepção mais ampla e completa do direito à vida, incluindo o conceito de dignidade, como sendo também um direito a uma vida digna, com efetivo acesso aos direitos humanos fundamentais, estão inseridos os direitos econômicos, sociais e culturais [...]. (12)

Apesar de vir tutelando indiretamente os DESCAs, Mac-Gregor (2) aponta que, em poucos casos, a Corte adentrara a análise sobre o alcance do artigo 26 da Convenção.

Entretanto, desde o *leading case Acevedo Buendía y otros*, em 2009, a Corte pronunciara-se mais explicitamente sobre o alcance do dispositivo, tendo firmado, a partir da interdependência e da indivisibilidade dos DESCAs em relação aos direitos civis e políticos, sua competência para conhecer sobre eventuais violações ao artigo 26:

[...] 101. *En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. [...]. (13)*

Como explica Mac-Gregor (2), a importância na consideração de interdependência e indivisibilidade entre os direitos humanos naquele precedente radica no pronunciamento ter-se dado no contexto da análise do alcance interpretativo do artigo 26 a respeito do direito à seguridade social, direito não reconhecido como “justiciável” pelo artigo 19.6 do Protocolo.

Naquele julgado, a Corte decidiu pela improcedência da questão preliminar de incompetência *ratione materiae* alegada pelo Estado, com base na expressa linguagem do Protocolo, que coloca o direito à seguridade social fora do alcance do sistema de petições, e examinou o mérito da questão, tutelando indiretamente tal direito sob o *standard* “indivisibilidade e interdependência”. (2 p. 34)

Sobre a postura tradicional da Corte IDH no que tange à tutela dos DESCAs, Azevedo Neto concluiu:

[...] a Corte IDH, quando provocada, embora não tenha logrado chegar à justiciabilidade direta dos DESCAs, tem realizado a proteção dos direitos sociais de forma indireta. Avanços ainda podem ser dados. De toda forma, a cada sentença, a Corte fica mais conhecida. E cremos que ficará mais ainda com a sentença do caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde” [...]. (14)

No caso *Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*, a Corte aprofundou sua visão integrativa entre os DESCAs e os direitos civis e políticos. Apesar de não ter condenado o Estado diretamente pela violação de direitos econômicos e sociais, enfatizou a situação de pobreza dos trabalhadores como agravante das violações, destacando as características compartilhadas por eles, suas vulnerabilidades econômicas e sociais específicas:

[...] 339. A Corte constata, no presente caso, algumas características de particular vitimização compartilhadas pelos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000: eles se encontravam em uma situação de pobreza; provinham das regiões mais pobres do país, com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego; eram analfabetos, e tinham pouca ou nenhuma escolarização (par. 41 supra). Essas circunstâncias os colocava (sic) em uma situação que os tornava mais suscetíveis de serem aliciados mediante falsas promessas e

enganos. Esta situação de risco imediato para um grupo determinado de pessoas com características idênticas e originários das mesmas regiões do país possui origens históricas e era conhecida, pelo menos, desde 1995, quando o Governo do Brasil expressamente reconheceu a existência de “trabalho escravo” no país [...].

341. Ao constatar a situação anterior, a Corte conclui que o Estado não considerou a vulnerabilidade dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000, em virtude da discriminação em razão da posição econômica à qual estavam submetidos. Isso constitui uma violação ao artigo 6.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo daquelas pessoas. [...]. (15)

5. O CASO *LAGO DEL CAMPO VS. PERÚ* E ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES À LUZ DOS DISPOSITIVOS DA NORMATIVA INTERAMERICANA E DOS PARÂMETROS ATÉ ENTÃO ADOTADOS PELA CORTE EM RELAÇÃO À “JUSTICIABILIDADE” DOS DESCAs

[...] Si bien el artículo 26 de la CADH ha sido abordado (aunque no impulsado) por la CIDH como una puerta para judicialización de los DESC, y por lo tanto permitir el abordaje conjunto por parte de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos; en el caso de la Corte IDH, su tratamiento ha sido tímido y tangencial. En razón de ello, no podemos considerar al artículo 26 y los esfuerzos de las víctimas por exigir su judiciabilidad, como un factor determinante en la exigibilidad de los DESC y el desarrollo de jurisprudencia orientada a la protección de estos derechos. No obstante sí consideramos necesario que la Corte IDH desarrolle de manera más exhaustiva las posibilidades reales de judicialización de este artículo. En este sentido se ha pronunciado el Juez Ferrer Mac-Gregor en su voto concurrente para el caso Suarez Peralta Vs. Ecuador, al postular que el artículo 26 otorga a la Corte IDH competencia para pronunciarse sobre el derecho a la salud, y entender la justiciabilidad directa de dicho derecho social (no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles) [...]. (8 p. 262)

Ainda que a Corte tenha adotado postura claramente ativista em relação à “justiciabilidade” dos DESCAs, para muitos, a estratégia da tutela indireta não seria suficiente.

Uma “interpretação evolutiva” do artigo 26 da Convenção, à luz do artigo 29 e do princípio *pro persona*, com alteração substancial de seu significado e extensão, pela via de mutação convencional, é, assim, advogada pelos que desejam ver uma “justiciabilidade” plena dos DESCAs independentemente de alteração formal do texto convencional:

[...] Para profundizar en la garantía directa de los derechos económicos, sociales y culturales, y en particular del derecho a la salud, resulta

de especial utilidad efectuar una interpretación evolutiva respecto al alcance de los derechos consagrados en el artículo 26 de la Convención Americana. [...].

[...] En el presente trabajo he tratado de defender una interpretación que intenta otorgar primacía al valor normativo del artículo 26 de la Convención Americana. [...] pretendo llamar a la reflexión – por ser mi profunda convicción – sobre la legítima posibilidad interpretativa y argumentativa para otorgar vía el artículo 26 del Pacto de San José efectividad directa a los derechos económicos, sociales y culturales. La posibilidad está latente y el debate abierto para avanzar hacia una nueva etapa en la jurisprudencia interamericana, lo cual no representa ninguna novedad si atendemos a que, por un lado, la Comisión Interamericana así lo ha entendido en varias oportunidades y, por otro, la propia Corte IDH ha reconocido explícitamente la justiciabilidad del artículo 26 de la Convención Americana em 2009. [...]. (2 p. 57)

A Corte parece ter dado, em *Lago Del Campo Vs. Perú*, um passo em direção à adoção de tal “interpretação evolutiva” rumo à “justiciabilidade” direta dos DESCA.

O caso relaciona-se com a demissão de Alfredo Lagos del Campo em decorrência de declarações, em entrevista para a revista *La Razón*, enquanto exercia o cargo de Presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa *Ceper-Pirelli*, na qual teria relatado irregularidades na eleição de membros do conselho diretivo da comunidade. A demissão não teria sido revertida pela Justiça interna.

A Corte analisou se o fato teria violado os direitos à livre manifestação do pensamento (artigo 13 da Convenção), à proteção judicial e às garantias judiciais (artigos 8 e 25 da Convenção), à livre associação (artigo 16 da Convenção) e à estabilidade laboral (que, segundo o entendimento adotado, estaria diretamente tutelado pelo artigo 26).

O ativismo da Corte no julgado iniciou-se com a escolha por analisar, independentemente de provocação, pelo princípio do *iura novit curia*, violação ao direito à estabilidade laboral, o que não havia sido alegado pela Comissão, órgão interamericano com funções de acusação:

[...] 133. En el presente caso, la Corte nota que em el litigio ante esta Corte, ni los representantes ni la Comisión hicieron alusión expresa a la presunta violación de los derechos laborales a la luz de la Convención Americana. Sin embargo, este Tribunal constató que la presunta víctima en todas las instancias, tanto internas como ante la Comisión, alegó reiteradamente la violación a sus derechos laborales, en particular a la estabilidad laboral [...]. (16 p. 133)

A Corte fixou, a partir de interpretação conjunta da Carta da OEA, da Declaração Americana e da Convenção, que os direitos laborais estariam protegidos pelo artigo 26 e que o Estado poderia ser diretamente condenado por sua violação:

[...] 144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto corpus iuris internacional; inter alia: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

146. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto. [...].

[...] 154. Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (*supra* párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado *Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de este tratado. [...]. (16 p. 144-146; 154)

A Corte fixou, ao analisar o direito à liberdade de associação no contexto laboral, que este não se limitaria ao direito de constituir sindicatos, tutelado pelo artigo 8 do Protocolo, mas se estenderia a outras organizações, desde que tivessem como finalidade a representação de interesses legítimos dos empregados. Para a Corte, o artigo 26, que derivaria das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da OEA, reconheceria o direito dos empregadores e empregados de associarem-se livremente. (16 p.158)

Em voto fundamentado, o juiz Roberto F. Caldas ressaltou a relevância da sentença pela adoção de novo paradigma para a tutela dos DESCAs:

1. Esta es una decisión histórica, que representa un gran paso jurisprudencial. Si bien, un demorado trayecto pero debidamente estudiado, reflexionado, ponderado y trabajado a lo largo de muchos años sobre la justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (en adelante “DESCA”) por diversas composiciones judiciales de este Tribunal de San José, y con ello la decisión de declarar violado por primera vez, en su historia jurisprudencial, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “CADH”). Esta decisión se adoptó de manera tan consciente y madura que me parece importante reflejar la fuerza conjunta de todas las composiciones que en ese momento llegasen a la misma conclusión. Aunque ampliamente mayoritaria la votación (cinco votos contra dos), creemos que la siempre deseable unanimidad llevará algún tiempo alcanzar debido a las distintas formaciones o experiencias nacionales.

2. Que quede claro que la Corte Interamericana hace mucho tiempo protege también los DESCAs. El Tribunal lo venía haciendo como derecho secundario o indirecto de un derecho civil o político, cuando en muchos casos, en verdad, era el principal derecho reivindicado. Por ello hasta el día de hoy muchos consideran, incluso juristas, que no cabía encausar una petición directa sobre DESCAs en el Sistema Interamericano. (16 p. 1-2)

Como ressaltou Mac-Gregor (2), em sua defesa de uma “interpretação evolutiva” do artigo 26, a Corte já lograva tutelar os DESCAs, ainda que se utilizando de “ponte” com os direitos civis e políticos. Assim, o novo paradigma, na prática, não parece trazer novidade. Todavia, sob o prisma normativo, a adoção de uma interpretação pela Corte que acarreta mutação convencional ao arrepio de consulta aos Estados signatários gera perplexidades.

6. RESULTADOS, DISCUSSÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A normativa interamericana prevê a justiciabilidade limitada dos DESCAs, adotando o parâmetro da progressividade e excluindo-os expressamente, em sua maioria, da sistemática de petições.

A Corte, entretanto, há muito, distancia-se da justiciabilidade limitada acordada pelos Estados, tutelando os DESCAs pelo sistema de petições, de forma indireta, com base no binômio interdependência e indivisibilidade.

Ao analisarmos a virada interpretativa operada em *Lagos Del Campo Vs. Perú* à luz da normativa interamericana e dos parâmetros jurisprudenciais até então adotados, concluímos que, embora o precedente seja apontado como marco para a “justiciabilidade” plena dos DESCAs, a interdependência e a indivisibilidade já permitiam que a Corte tutelasse tais direitos, sem criar um confronto normativo direto.

A mutação convencional operada pela Corte deve ser avaliada sob olhar crítico, tendo-se em conta as exigências de legitimidade e eficácia, já que houve alteração abrangente do perfil da proteção conferida pelo artigo 26 (mutação convencional) sem correspondente alteração convencional politicamente acordada pelos Estados-partes.

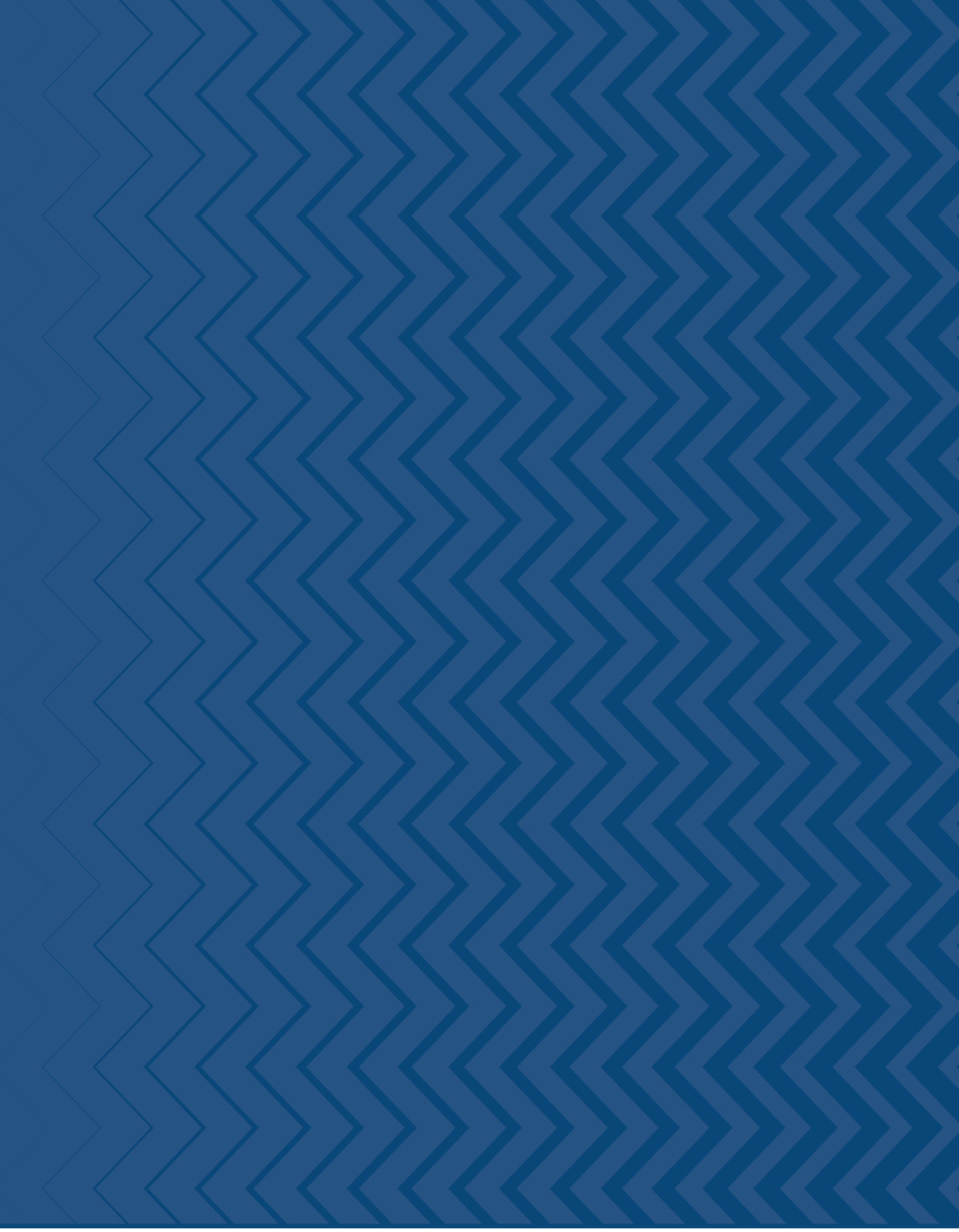
Independentemente da nobreza do objetivo de dar-se máxima extensão à proteção dos DESCAs, é inegável que a interpretação ampla que a Corte conferiu ao artigo 26 cria uma antinomia real em relação aos dispositivos do Protocolo, que expressamente limitam o acesso ao sistema de petições e que, por consequência, impedem a tutela direta pretendida pela Corte. A Corte não tratou com profundidade sobre esta antinomia.

Alteração convencional desta monta, que parece ultrapassar os limites do mandato convencional conferido pelos Estados, para gozar de legitimidade e eficácia, sob pena de não passar de retórica sem correspondência com a realidade, não prescinde de expressa anuência, de nova manifestação de vontade e comprometimento pelos que se submetem à normativa.

REFERÊNCIAS

1. Ferreira PG. O litígio de casos individuais dos DESC no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Proposta no 02, Março/Maio de 2002.
2. Mac-Gregor EF. Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. In *Ius constitutionale commune na américa latina*. v ii. Curitiba: Juruá; 2016.
3. Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador, artigo 19.6. [internet]; [acesso em 10 abr 2018]. Disponível em http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm.
4. Robles MEV. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de derechos económicos, sociales y culturales. *Rev HDH*. 2004;40:106.
5. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 26. [internet]; [acesso em 10 abr 2018]. Disponível em https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

6. European Court of Human Rights. Case of Sheffield and Horsham v. The United Kingdom (31-32/1997/815-816/1018-1019). Judgement. Strasbourg, 30 Jul 1998.
7. Seferjan TR. Proteção Internacional dos Direitos Humanos: a teoria da quarta instância e da margem de apreciação nacional. *Rev de Direito Constitucional e Internacional*. 2015;92:389-415.
8. Lazarte RB. ¿Verdadera indivisibilidad? las consencias de las judicialización indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. In Lopes AMD, Maués AM, Organizadores . a eficácia nacional e internacional dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris; 2013.
9. Burgorgue-Larsen L, Torres AU. The Inter-American Court of Human Rights: case Law and Commentary. Oxford University Press; 2011. p. 633.
10. Leão RZ. Os direitos econômicos, sociais e culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2001.
11. Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los Niños de la Calle) Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Voto concurrente conjunto de los Jueces AA. Cañado Trindade y A. Abreu Burelli. P 6-8.
12. Vieira AZ. O direito à educação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos numa perspectiva comparada com a jurisprudência do STF. *Rev de Direito Educacional: RED*, v. 3, n. 6, p. 21-40; jul./dez. 2012. p. 35.
13. Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”). Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). p. 101.
14. Azevedo Neto PT. A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça. São Paulo: LTr; 2017. p.144.
15. Corte IDH. Caso trabajadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). p. 111-112.
16. Corte IDH. Caso Lagos Del Campo Vs. Peru. Sentencia de 31 de agosto de 2017. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
17. Corte IDH. Caso Lagos Del Campo Vs. Peru. Sentencia de 31 de agosto de 2017. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). p. 1-2.



Direito Sanitário e Direito do Ambiente: uma Questão de Salvaguarda do Direito Fundamental à Vida

Roberta Fernandes de Faria*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/3GPMhC>

RESUMO

A proteção e melhoria do ambiente do ser humano provêm diretamente de uma necessidade vital de proteger a vida humana e garantir a sua qualidade e condição, logo, o direito a um ambiente saudável aponta para a satisfação de uma necessidade vital, agregada aos princípios morais fundamentais da igualdade e da dignidade humana. O dever partilhado entre cidadãos e Estado de proteger o ambiente implica o surgimento de uma aspiração por novos valores, como a ética pela vida, o uso racional dos recursos e o equilíbrio ecológico, criando uma consciência ambiental. A defesa do direito fundamental à saúde e do direito fundamental ao ambiente sadio e equilibrado estão associados, uma vez que o ser humano, inserido no contexto ecológico, depende de um ambiente sadio para ter saúde e qualidade de vida, sendo o Direito Sanitário tratado também como uma questão de saúde ambiental.

Palavras-chave: Saúde. Ambiente. Direito Sanitário.

* Advogada. Doutoranda em Direito Pública pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito de Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente pela Universidade de Coimbra. E-mail para contato: fariabeta@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A proteção e melhoria do ambiente do ser humano provêm diretamente de uma necessidade vital de proteger a vida humana e garantir a sua qualidade e condição, logo, o direito a um ambiente saudável aponta para a satisfação de uma necessidade vital agregada aos princípios morais fundamentais da igualdade e da dignidade humana.

O direito a um ambiente saudável pode ser considerado como um aspecto vital do direito à vida, pois sem um ambiente ecologicamente equilibrado não seria possível manter uma qualidade de vida aceitável, ou até mesmo a própria vida. Assim, o direito à vida está no núcleo central dos direitos humanos.

Mesmo considerados como consequentes do direito à vida (que é um direito de primeira geração), os direitos ambientais são geralmente direitos que pertencem a um grupo de indivíduos. Eles podem ter uma dimensão regional ou mesmo global, como o esgotamento da camada de ozônio e o efeito estufa, que trazem consequências que afetam todo o planeta, e, mesmo que o entendimento deles possa variar de região para região e de cultura para cultura, o conceito de direitos humanos continua a ser universal.

Desta forma, o direito não pode ser retido a partir de um indivíduo em função de sua raça, nacionalidade, religião, sexo, local de nascimento, ou qualquer qualificação classe limitante e, por isso, o direito a um ambiente saudável pertence a todo o globo. Assim, por ter a dimensão regional ou global, o direito a um ambiente saudável entra para a lista de direitos humanos “de terceira geração”. Estes direitos são considerados como direitos da coletividade, possuindo um caráter difuso e constituindo um direito-dever de todos.

Tratado como direito fundamental, o ambiente sadio tem levado o Estado a repartir com a sociedade a responsabilidade pela proteção ambiental, que deixou de pertencer ao domínio exclusivamente público, passando também ao domínio privado. O dever partilhado entre cidadãos e Estado de proteger o ambiente implica o surgimento de uma aspiração por novos valores, como a ética pela vida, o uso racional dos recursos e o equilíbrio ecológico, criando uma consciência ambiental.

A emergência desta nova consciência ambiental importa o reconhecimento de garantias que propiciem respostas a esses novos anseios e, neste enquadramento, o Direito do Ambiente assume importante papel.

Para garantir uma qualidade de vida para a população, o Estado precisa, de forma geral, estabelecer ações que visem a proteger o ambiente como bem fundamental para promover a salvaguarda da saúde humana, matéria esta de competência do Direito do Ambiente. Concomitantemente, é de se destacar o Direito sanitário, que, também com o propósito de garantir uma melhor qualidade de vida para todos, trabalha no sentido de identificar e travar riscos que possam provocar doenças e serve como resposta jurídica para demandas sociais relacionadas à saúde. Esses dois ramos do Direito são muito próximos, sendo que seus princípios e objetivos são quase equivalentes, pois am-

bos visam a ofertar qualidade de vida da população vinculada à proteção e preservação do Ambiente.

No sistema jurídico português, o Direito do Ambiente e o Direito Sanitário são estruturas que possuem competências que se assemelham, no que tange à preocupação com a qualidade de vida e saúde dos cidadãos. Com a implementação do Estado de bem-estar social, a saúde e o ambiente passaram a ser caracterizados como direitos humanos fundamentais, encontrando apoio na Constituição da República Portuguesa nos artigos 64º, quando é referenciado o Direito à saúde, e 66º, sobre o Direito ao Ambiente sadio e Equilibrado.

2. O DIREITO AO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

O regime de proteção do Ambiente surgiu a partir de um reconhecimento de uma crise ambiental global, dando origem à Conferência de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, em 1972, e ao longo dos anos, estes regimes influenciam-se mutuamente. (1)

O princípio 1 da Declaração de Estocolmo evidencia que a questão da proteção ambiental não se limita ao controle dos danos ao ambiente, abrangendo um universo amplo e complexo, que envolve e interliga todas as concepções de direitos humanos. Tal assertiva é consequência da Resolução n. 217 da Assembleia Geral da ONU ter reconhecido que os 26 princípios da Declaração de Estocolmo possuem a mesma relevância da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, servindo, portanto, de grandes referenciais éticos. (1)

O direito do ambiente construído por Estocolmo e, mais tarde, pela Conferência das Nações Unidas do Rio de Janeiro (conhecida como ECO 92), é estruturado pela inserção do acesso a um ambiente sadio no rol dos direitos humanos de solidariedade. Na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO 92), foram reafirmados os princípios de universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, vinculando-os à estruturação de uma “nova engenharia” (2) na proteção internacional do meio ambiente.

Trindade (3) trouxe à tona a necessidade de um sistema global de proteção dos direitos de solidariedade, alertando sobre o fortalecimento dos mecanismos institucionais de proteção dos direitos de solidariedade, que tem sido feito pela vinculação da causa ambiental aos direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais; ou seja, é feito pelo “diálogo” entre as atuais normas de proteção ambiental e os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos (4).

Com base nas considerações acima, de que o ambiente saudável faz parte do direito à vida, há uma relação entre a saúde ambiental e a saúde humana, fazendo com que o direito internacional dos direitos humanos não encontre dificuldades em fazer decorrer direitos ambientais dos direitos humanos existentes, como a vida, o bem-estar, a vida privada ou a propriedade. (5)

A necessidade de um ambiente saudável é, como vimos, vital para a proteção da vida e para a preservação e melhoria da sua qualidade e condição, sendo certo que interferências na relação ecológica do homem com a natureza podem desestabilizar a sua personalidade humana. Desta forma, não pode haver dúvida de que, após essa abordagem, a necessidade de ambiente saudável deve ser vista na maturidade de um direito humano.

É com base na ideia de que o direito ao ambiente saudável é uma pré-condição para o desfrute de outros direitos humanos que os tribunais regionais de direitos humanos (principalmente a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos) ampliaram a definição de diversos direitos fundamentais – como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à saúde – para determinar que apenas é possível sua total garantia se os seres humanos também gozam de um direito ao meio ambiente sadio. Assim, por meio de uma interpretação progressiva dos direitos humanos, e com fundamento na indivisibilidade, inter-relação e interdependência destes direitos, os Tribunais de Direitos Humanos vêm julgando casos de dano ou ameaça de dano ao ambiente como justificativa na proteção dos direitos humanos.

O jurista Trindade (3) aponta os paralelos e conexões existentes entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito ao ambiente no seu livro “Direitos Humanos e Meio Ambiente”. O autor identificou o início do desenvolvimento de bases jurisprudenciais sobre o tema, pelas cortes internacionais de direitos humanos, constando a mudança dos julgados, que começava a ocorrer nestas cortes, que ampliavam o conceito do direito à vida, abarcando este não apenas o direito de uma pessoa de não ser privada de sua vida arbitrariamente, mas também o direito de ter sua vida protegida e salvaguardada em um sentido amplo, ou seja, por meio da proteção do ambiente.

A Lei nº 19/2014 (6), que define as bases de política de ambiente em Portugal, no nº 1 do artigo 2º estabelece que os objetivos da política de ambiente:

visa a efetivação dos direitos ambientais através da promoção do desenvolvimento sustentável, suportada na gestão adequada do ambiente, em particular dos ecossistemas e dos recursos naturais, contribuindo para o desenvolvimento de uma sociedade de baixo carbono e uma «economia verde», racional e eficiente na utilização dos recursos naturais, que assegure o bem-estar e a melhoria progressiva da qualidade de vida dos cidadãos.

A Constituição da República Portuguesa (7) também expressa preocupação com a preservação do ambiente e promoção da qualidade de vida, levando em conta que o “ambiente” não é tratado apenas com foco de proteção dos espaços naturais, mas como espaço onde o ser humano está inserido quando, no nº 1 do artigo 66º é assim disposto: “Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender”, logo, a vida das pessoas depende de um ambiente que esteja ecologicamente equilibrado. Como pode-se verificar, o ambiente ecologicamente equilibrado também é garantia de saúde e o Estado deve “promover a integração

de objetivos ambientais nas várias políticas de âmbito sectorial” (artigo 66º, nº 2, f da CRP), havendo necessidade de controle de impactos ambientais que comportem riscos para a vida, sempre visando ao bem da coletividade.

O Direito do Ambiente é complexo, pois é responsável por uma atuação que tutela a segurança à vida das pessoas e da natureza em geral. Neste sentido, Antunes (8), defende que o Direito do Ambiente tutela a manutenção das qualidades de salubridade do Meio Ambiente com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, da biodiversidade e tudo aquilo que é essencial para a vida.

Prieur (9) sustenta que o núcleo central do direito do ambiente é constituído pelo direito da natureza, pelo direito de poluição e de riscos. Essa afirmação permite compreender que existe uma segunda linha de direitos que possuem uma relação direta com o Direito do Ambiente, mas que não necessariamente é tutelada por ele, como é o caso do Direito da Saúde.

A proposta constitucional de direito ao ambiente sadio leva em consideração o fato de que o ser humano e o ambiente fazem parte de um mesmo contexto. A efetividade das normas ambientais, que são de grande importância para a manutenção da vida e da saúde.

3. O DIREITO À SAÚDE E QUALIDADE DE VIDA

O direito fundamental à saúde é protegido constitucionalmente no artigo 64º e o artigo 35º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (10). Esses dispositivos legais garantem a saúde como um direito de todos e o dever de Estado de protegê-la através de políticas “econômicas, sociais, culturais e ambientais”, além da promoção do “desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável” (artigo 64º, nº2, b, da CRP).

O conteúdo semântico de saúde é melhor definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que define saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças ou enfermidades” (11). Antes, entendia-se que a saúde era a não existência de doenças (12) e, hodiernamente, a própria OMS ampliou esse entendimento e, conforme estabelecido na Carta de Ottawa, em 1986 (Carta de ação para alcançar a Saúde para todos no ano 2000 e além):

Alcançar um estado completo de bem-estar físico, mental e social, um indivíduo ou grupo deve ser capaz de identificar e realizar aspirações, satisfazer necessidades e lidar com o meio ambiente. A saúde é, portanto, vista como um recurso para a vida diária, não o objetivo de viver. A saúde é um conceito positivo enfatizando recursos sociais e pessoais, bem como capacidades físicas. Portanto, a promoção da saúde não é apenas responsabilidade do setor da saúde, mas vai além dos estilos de vida saudáveis e do bem-estar. (13)

É de notar-se que há uma preocupação em buscar uma saúde fundamentada no “bem-estar” e, assim, podemos concluir que o conceito de saúde não deve ser somente curativo, mas também preventivo, com o fim de proporcionar qualidade de vida. Desta forma, o intuito é criar um ambiente onde seja possível “proporcionar saúde” (14 p. 256) e não apenas criar centros de tratamento de enfermidades.

A OMS também definiu qualidade de vida como “a percepção do indivíduo de sua inserção na vida no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”. Logo, qualidade de vida envolve concepções individuais sobre as condições de vida digna de uma pessoa humana, envolvendo, também, aspectos da vida social. Além disso, a qualidade de vida, na acepção de Santos (15), também envolve condições ambientais e um modo de vida que atenda às necessidades mínimas para garantir uma vida saudável e longe de doenças.

4. O AMBIENTE E A SAÚDE

Neste contexto, a qualidade da biodiversidade deve ser analisada de forma a inviabilizar riscos para a saúde pública. Os elementos água, ar, solo, florestas e fauna devem ser analisados de forma a perceber se estes “estão em estado de sanidade e de seu uso advenham Saúde ou doenças e incômodos para os seres humanos”. (16)

Neste passo, o ambiente sadio é determinante para a qualidade de vida da população, demandando um controle de uso dos recursos naturais pelo ser humano, de forma a evitar que este uso sem regulação possa prejudicar a saúde das pessoas e a conseqüente qualidade de vida. Assim, o direito ao ambiente sadio e equilibrado só pode ser conquistado se não for degradado e se não oferecer risco à saúde humana.

Na seara dos direitos fundamentais, importante faz-se lembrar os ensinamentos de Dworkin (17), no sentido de que os “direitos devem, sim, ser levados a sério”, e que os direitos fundamentais só terão sua efetividade atingida no grau máximo se todos forem aplicados. Assim, buscando o exemplo dado por Caldeira (14 p. 253), seria inócua a garantia da liberdade de expressão (direito de 1ª dimensão) sem a concretização do direito à saúde (direito de 2ª dimensão) bem como não produz efeito a liberdade de expressão e a saúde digna sem um ambiente sadio (direito de 3ª dimensão), restando claro que os direitos fundamentais e humanos são indivisíveis e estão interligados.

5. O DIREITO SANITÁRIO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE AMBIENTAL

O Direito Sanitário compreende um conjunto de normas que têm por objetivo a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos, de forma a regular e controlar a circulação de produtos, serviços e atividades que possam colocar em risco a saúde das pessoas.

Neste contexto, temos que muitas doenças ainda decorrem da falta de saneamento básico, que é a política ambiental mais próxima da saúde e da vida. As ações de saneamento básico incluem a potabilidade da água, o gerenciamento correto do lixo, a preservação dos mananciais, a erradicação da poluição, entre outras, que contribuem para a salvaguarda da saúde pública, evitando a propagação de enfermidades.

De acordo com Barroso (18), dentre os direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, o saneamento básico deve ser considerado como prioridade, pois é a

principal política pública de saúde preventiva conforme parâmetro mundialmente aceito, além de ser vital para impedir o comprometimento do meio ambiente, pela contaminação do solo, dos mananciais (fontes de água para abastecimento), rios e praias. O saneamento básico constitui um serviço público essencial que se materializa em ações de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgoto, bem como manejo de águas pluviais e dos resíduos sólidos (lixo).

Assim, a questão do direito à saúde não pode ser enfrentada de forma isolada, mas sim sob um prisma global, com diálogo institucional e interdisciplinar entre o Direito do Ambiente e o Direito da Saúde, buscando soluções possíveis e adequadas. A interdependência entre o direito à saúde e a salubridade ambiental representam o dever de proteção dos direitos humanos. (3 p. 71)

Muitas doenças estão associadas à deterioração do ambiente, sendo certo que grande parte do dinheiro público usado para custear tratamentos médicos poderia ser evitado caso houvesse uma cultura ecológica e de preservação ambiental.

REFERÊNCIAS

1. Bosselman K. Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade. Rev Cedoua. (21). Ano xi. p.11.
2. Soares GF. A proteção internacional do meio ambiente. Barueri: Manole; 2003. p. 48-73.
3. Trindade AA. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris; 1993. p. 196;155.
4. Mazzuoli VO. Direitos humanos e meio ambiente: um diálogo entre os sistemas internacionais de proteção. In Mazzuoli VO, Irigaray CT. organizadores. Novas perspectivas do direito ambiental brasileiro: visões interdisciplinares. Cuiabá: Cathedral; 2009. p. 61.
5. Birnie P, Boyle A. International law & the environment. 2nd ed. Oxford; 2002. p. 252.
6. PORTUGAL. Lei nº 19, de 14 de abril de 2014. As bases da Política de Ambiente. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=2091&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo.

7. Portugal. Constituição (1976). Constituição da República Portuguesa. Disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.
8. Antunes PB. Direito ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas; 2012. p. 5.
9. Prieur M. Droit de l'environnement. 2e ed. Paris: Dalloz; 2004. p. 7.
10. Carta dos direitos fundamentais da União Europeia, de 07 de dezembro de 2000.
11. Aith F. Curso de direito sanitário. São Paulo: Quartier Latin; 2007. p.46.
12. Boorse C. Health as a theoretical concept. Philosophy of science. 1977; 44. p. 542-573.
13. Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, Ottawa, em 21 de novembro de 1986. [internet].[acesso em 09 ago 2018]. Disponível em <http://www.euro.who.int/en/publications/policy-documents/ottawa-charter-for-health-promotion,-1986>.
14. Caldeira APC. A interconexão entre o direito à saúde e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In A sustentabilidade ambiental em suas múltiplas faces. Campinas: Millenium; 2012. p. 256.
15. Santos L. Direito à saúde e qualidade de vida: um mundo de corresponsabilidades e fazeres. In Santos L, organizador. Direito da saúde no Brasil. Campinas: Saberes; 2010. p. 32.
16. Machado PA. Direito ambiental brasileiro. 18 ed. São Paulo: Malheiros; 2010. p. 62.
17. Dworkin R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martin Fontes; 2002. p. 313.
18. Barroso LR. Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos. Palestra magna de encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em Curitiba. 24 de novembro de 2011. [internet]. [acesso em 09 ago 2018]. Disponível em <https://www.iabnacional.org.br/mais/iab-na-imprensa/democracia-desenvolvimento-e-dignidade-humana-uma-agenda-para-os-proximos-dez-anos>.

A Diretriz Constitucional de Participação Social no SUS

Thiago Lopes Cardoso Campos¹
Valéria Alpino Bigonha Salgado²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/Lu2s9B>

RESUMO

O presente artigo discute os conceitos de participação e controle social, à luz do ordenamento jurídico nacional e a sua aplicação no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); o papel dos conselhos na consolidação do modelo de gestão democrática das políticas de saúde. Para tanto, faz uma análise dos marcos constitucionais, legais e normativos vigentes que dão estrutura jurídica aos conselhos de saúde e fixam as suas atribuições no âmbito do SUS; identifica a ocorrência de preocupante dessintonia entre eles, que tem afetado a implementação efetiva das diretrizes constitucionais estabelecidas no art. 218 da Constituição Federal.

Palavras-chave: Participação. Controle Social. Saúde.

¹ Advogado Especialista em Direito Sanitário e em Gestão de Políticas Públicas de Saúde. Vice-presidente do Instituto de Direito Sanitário – IDISA, Membro da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil na Bahia. E-mail para contato: tlccampos2@gmail.com

² Pesquisadora-bolsista da Fundação Oswaldo Cruz e Consultora na Área da Gestão Pública. Especialista em Gestão Pública e Qualidade em Serviços. E-mail para contato: valeria.alpino@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A intenção constitucional de afastar do País o regime meramente representativo, no qual a soberania do povo é autônoma apenas para fazer-se representar, está bem clara nos diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) que legitimam espaços de participação e controle da sociedade sobre os atos dos governos e mitigam os plenos poderes concedidos às autoridades públicas por meio do sufrágio universal.

Pode-se, assim, dizer que o regime político nacional, definido como democrático de direito, conjuga elementos de representação política e de participação direta dos cidadãos nos assuntos do Estado.

Ressalta-se que participação e controle social não são termos sinônimos, embora sejam conceitos intimamente interligados e complementares. Participação implica a postura ativa do cidadão na vida do Estado, por meio da sua interferência, individual ou coletivamente organizada, no processo de realização da função administrativa, implementada em favor de interesses da coletividade (1). Participar implica estar presente nos espaços de decisão acerca das políticas públicas e contribuir para a sua formulação, acompanhamento, avaliação e controle.

Por sua vez, controle social pode ser entendido como a atividade de fiscalização, vigilância, velamento dos atos dos agentes estatais na implementação das políticas públicas, realizada pelos cidadãos, de forma individual ou coletiva. Sua finalidade é verificar a conformidade, em relação às normas constitucionais, legais e infralegais; o mérito (conveniência, oportunidade); e/ou os resultados das atividades estatais. (1)

Participação e controle social são, portanto, exercícios da soberania popular; desdobramentos do poder do povo, ao qual se refere a Constituição, em seu art. 1º, parágrafo único: o poder político de participar das decisões relativas à formulação das políticas públicas e das regras normativas que regulam a atuação do Estado; o direito público subjetivo de controlar a execução dessas decisões (1). Ambos implicam o exercício da atividade política pelo cidadão, em uma postura ativa de exercício dos deveres e direitos de sua cidadania.

No campo da saúde pública, disciplinada nos arts. 196 a 200 da Carta Maior, a participação social é diretriz organizativa do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso III do *caput* do art. 198) e impacta as suas estruturas, em todas as esferas de governo.

O presente artigo analisa os institutos de participação e controle social adotados no âmbito do SUS, em observância à diretriz constitucional e, em especial, o papel e os poderes concedidos aos conselhos de saúde nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas de saúde.

2. METODOLOGIA

O presente artigo contém uma reflexão acerca do papel e dos poderes concedidos aos conselhos de saúde e, em especial, ao Conselho Nacional de Saúde, nos processos de formulação, avaliação e controle das políticas públicas de saúde, a partir da análise dos seus marcos legais e normativos vigentes. O estudo adota o método de pesquisa qualitativa, baseado nos ensinamentos de Minayo (2), com revisão bibliográfica e pesquisa documental.

3. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Em consonância ao comando constitucional da participação dos cidadãos nas políticas públicas e, em especial, à diretriz estabelecida no inciso III do art. 198 do texto magno, o ordenamento jurídico legal que orienta a organização e o funcionamento do SUS disciplina os espaços obrigatórios de participação e controle social da comunidade nos assuntos da saúde pública; garante aos cidadãos, inclusive, poderes de fiscalização dos aspectos econômicos e financeiros do Sistema.

A Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, foi a primeira a tratar do tema de forma sistematizada, no âmbito do SUS, ao tornar legalmente obrigatória a realização das conferências de saúde e a criação dos conselhos de saúde em todas as instâncias gestoras do SUS; e ao prever, em sua organização e funcionamento, a participação de representações da comunidade, de forma paritária, à representação de órgãos e entidades governamentais.

A Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, tratou, inicialmente, apenas dos conselhos de saúde, prevendo, no art. 33, a sua competência de fiscalizar os recursos financeiros do SUS, em cada esfera de governo. Disciplinou, ainda, as comissões interestoriais de nível nacional do Conselho Nacional de Saúde (art. 12); as suas competências de aprovar os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial (art. 26); estabeleceu as diretrizes a serem observadas pelas instâncias gestoras do SUS na elaboração dos planos de saúde (art. 37).

Posteriormente, o texto desse diploma legal foi emendado, com acréscimo de dispositivos que trataram da representação da comunidade indígena nos conselhos de saúde (art. 19-H); da competência dos conselhos em relação a controle de medicamentos (art. 19-Q); da representação do Conselho Nacional de Saúde na Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) (art 19-P).

Mas foi a Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012 (LC 141), sobre financiamento do SUS, que disciplinou, de forma mais especificada, as competências dos conselhos de saúde no processo de formulação, implementação, acompanhamento, avaliação e controle das políticas públicas de saúde, além de prever a realização das

audiências e consultas públicas para informação e análise dos cidadãos acerca dos assuntos relativos à saúde pública (vide Quadro I).

Quadro 1 – Relação das formas de participação social do SUS previstas na legislação de regência.

INSTITUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL	LEI	DISPOSITIVO	ASSUNTO
Audiência pública	LC n. 141/2012	art.31, parágrafo único	Elaboração e discussão do plano de saúde.
Audiência pública na Casa Legislativa	LC n. 141/2012	art. 36, §5º	Apresentação do Relatório de Gestão pelo gestor do SUS
Conferência	Lei n. 8.142 /1990	art. 1º, <i>caput</i> , e §1º e	Obrigatória em todas as instâncias gestoras do SUS
		art. 2º, §5º	Organização e funcionamento
Conselho de Saúde	Lei n. 8.142 /1990	art. 1º, <i>caput</i> e art. 2º, art. 2º, §5º	Obrigatório em todas as instâncias gestoras do SUS
		art. 2º, §5º	Organização e funcionamento
		art. 4º, <i>caput</i> , inciso II e Parágrafo único	Composição paritária
	Lei n. 8.080/1990	arts. 12, 13 e 14 (CNS)	Comissões do Conselho Nacional de Saúde
		art. 19-H	Participação da comunidade indígena nos conselhos de saúde
		art. 19-P, inciso III	Competência dos conselhos em relação a controle de medicamentos
		art. 19-Q, §1º (CNS)	Representação na CONITEC
		art. 26 (CNS)	Competência de fixar a tabela SUS
		art. 33	Competência de fiscalização dos recursos do SUS
		art. 37 (CNS)	Competência de estabelecer diretrizes para os planos de saúde
	LC n. 141/ 2012	art. 3º, inciso VI	Competência de aprovar ações e serviços de saneamento básico de domicílios e pequenas comunidades, para efeito da apuração da aplicação dos recursos mínimos estabelecidos na LC 141
		art. 17, §3º	Competência de manter-se informado sobre o montante de recursos transferidos entre União a estados, DF e municípios
		art. 19, §2º	Competência de aprovação de metodologia de alocação de recursos
		art. 20	Competência de aprovação de critérios de transferência de recursos dos estados para os municípios

INSTITUTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL	LEI	DISPOSITIVO	ASSUNTO
Conselho de Saúde	LC n. 141/ 2012	art.22, parágrafo único, inciso I	Destinação de recursos para financiamento dos conselhos
		art. 30, §4º	Competência de deliberação sobre as diretrizes para o estabelecimento de prioridades nos planos de saúde
		art.31, inciso III	disponibilização das prestações de contas dos gestores do SUS para apreciação dos cidadãos.
		art. 36, §1º, §2º e §3º	Competência de avaliação do Relatório de Gestão do gestor do SUS e da programação anual do plano de saúde.
		art.38	Competência de atuar como órgão de fiscalização da gestão da saúde
		art.39, §5º	Obrigatoriedade de comunicação ao conselho quando houver o descumprimento das disposições da LC 141
		art.41	Competência de avaliação do relatório de gestão do gestor do SUS
		art. 43, §1º	Competência de apreciar os indicadores de avaliação da qualidade das ações e serviços de saúde
		art. 44, <i>caput</i>	Acesso ao membros dos conselhos a programa permanente de educação na saúde
Disponibilização de informações aos cidadãos	LC n. 141/2012	art.31	Sobre as ações e os resultados das políticas públicas de saúde, para consulta e apreciação pelos cidadãos
Consulta e audiência pública	Lei n. 8.080/90	art. 19-R, §1º, incisos III e IV	Sobre a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos

Fonte: elaborado pelos autores, com base na legislação. (2017).

Destaca-se que os mencionados instrumentos legais não tratam de forma aprofundada sobre esses institutos, como, tampouco, exaurem todos os mecanismos e espaços de participação e controle social existentes no Sistema.

As ouvidorias do SUS, por exemplo, que têm-se organizado de forma sistêmica, sob a coordenação do Ministério da Saúde, têm seus fundamentos e orientações de organização e funcionamento estabelecidos por meio de portarias daquele Ministério, ainda que, nos últimos anos, tenham sido apresentados projetos de lei, no âmbito do Congresso Nacional, com o objetivo de assegurar a esses institutos uma modelagem legal, sem êxito até o momento.

Sobre as ouvidorias do SUS, cabe comentar que são órgãos instituídos dentro da estrutura organizacional dos órgãos e entidades participantes do Sistema Único de Saúde, que atuam como estruturas auxiliares e complementares às estruturas de participação social já institucionalizadas, como os conselhos de saúde e as conferências, e funcionam como espaços privilegiados de interlocução direta com os cidadãos, de forma individual.

Merece, também, menção a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Carta-SUS), aprovada na 198ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Saúde e publicada na Portaria do Ministro da Saúde n. 1.820, de 13 de agosto de 2009, pelo seu caráter inovador na prestação de informações qualificadas ao cidadão, estimuladoras de uma postura consciente acerca dos serviços públicos usufruídos e do controle direto da ação dos agentes públicos. A Carta SUS é uma correspondência enviada pelo Ministério da Saúde ao usuário do SUS que foi internado ou submetido a procedimento de saúde dentro do Sistema, que informa os serviços que foram a ele prestados, o valor do custo desses serviços para o SUS, e encaminha pesquisa de satisfação sobre o atendimento prestado pelo hospital ou pela unidade de saúde. A Carta SUS lembra ao cidadão que o serviço público não é gratuito, mas que é um direito do cidadão usufruí-lo de forma gratuita, e possibilita ao usuário, inclusive, denunciar, caso haja inconsistências entre os serviços notificados na Carta e os que ele efetivamente usufruiu, contribuindo para a identificação de fraudes.

3.1 OS CONSELHOS DE SAÚDE À LUZ DA LEGISLAÇÃO

Os conselhos de saúde, conforme definidos pela Lei n. 8.142, de 1990, são órgãos colegiados de natureza permanente, cuja finalidade é atuar na formulação de estratégias e no controle da execução das políticas públicas de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, conforme competências especificadas na LC 141/12.

Dotados, portanto, de funções deliberativas, com capacidade para influir nos processos de formulação de estratégias e definição de normas para as estruturas federativas do SUS – assim como para exercer o controle sobre os atos dos gestores de saúde e dos resultados por eles alcançados – os conselhos de saúde são órgãos que devem responder diretamente ao chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo, sendo suas decisões homologadas por essa autoridade, conforme comando do §2º do art. 2º da Lei n. 8.142, de 1990.

Outro aspecto importante sobre a natureza dos conselhos de saúde advém da análise de sua composição, segundo o que determina a lei. Não obstante sejam frequentemente chamados de conselhos sociais, segundo o que dispõem os §2º do art. 1º e o inciso II do art. 4º da Lei n. 8.142, de 1990, os conselhos de saúde não são exclusivamente constituídos por representações de grupos sociais, contemplando a representação de órgãos de governo, entidades de classe, sindicatos e outros, garantida a paridade entre a representação dos usuários em relação ao conjunto dos demais segmentos.

Embora não haja dúvidas de que os conselhos de saúde sejam espaços públicos que privilegiam a “participação e o controle social”, há uma importante diferença entre um órgão colegiado **ser** um “conselho social”, com competências relacionadas à participação e ao controle social, e um órgão colegiado **ter** composição que possibilita

a participação e o controle social (grifo nosso). Para ser, de fato, um conselho social, o colegiado deve constituir-se integralmente por atores não governamentais, preferencialmente representativos de grupos sociais relevantes na área da política pública em que atua. As funções desses conselhos são, usualmente, consultivas, de assessoramento à autoridade pública superior da área da política pública.

Nesse sentido, dispõem o ordenamento jurídico e a doutrina nacionais, que reconhecem os conselhos sociais como órgãos constituídos exclusivamente por representantes da sociedade, com competências de caráter consultivo (conforme arts. 18 a 22 da Lei n. 13.460, de 2017), diferenciado-os, por conseguinte, dos conselhos de políticas públicas.

Esses últimos estão disciplinados como órgãos colegiados permanentes, de natureza política, que atuam como instâncias máximas de deliberação na formulação da política pública e no acompanhamento e avaliação de sua implantação, podendo exercer, adicionalmente, funções normativas e consultivas. São, normalmente, previstos em lei, que dispõe sobre seu caráter intersetorial e interdisciplinar e atribui-lhes, diretamente, sua finalidade e/ou competências. (3)

Por suas funções deliberativas, esses conselhos são constituídos por autoridades públicas (já investidas formalmente de poderes de decisão, em razão dos cargos públicos que ocupam) podendo, ainda, contar com a participação de especialistas e representações de entidades privadas e de grupos sociais entre seus membros. Registram-se conselhos com referências constitucionais específicas, integrados por autoridades políticas do Executivo e do Legislativo, do Judiciário e da sociedade civil, como o Conselho da República e o Conselho da Defesa Nacional. (3)

É esse o caso dos conselhos de saúde previstos na estrutura organizativa do SUS. A composição mista desses órgãos colegiados, da qual, inclusive, participam o Ministro ou o Secretário de Saúde, dá sustentação jurídico-administrativa à sua natureza de órgão deliberativo superior, representado pelas principais partes interessadas nas políticas públicas de saúde (usuários/cidadãos, corporações da saúde, setor empresarial, academia etc.), cujas opiniões e posições políticas devem ser observadas (e não apenas consideradas) pelas autoridades públicas, nos processos de decisão superior do Governo de que trata o inciso II do art. 84 da Constituição.

A composição paritária, com representações de setores variados da sociedade e do mercado, é uma forma de equilibrar e dar maior qualidade às decisões da autoridade pública responsável pela política de saúde, à qual o conselho responde diretamente, na esfera de cada ente federativo.

O instrumento jurídico de oficialização das deliberações desse órgão é a resolução de hierarquia jurídica superior aos atos isolados das autoridades que o compõem (e, portanto, superior à portaria do Ministro ou Secretário), devendo ser homologada pelo Chefe do Poder Executivo, em cada esfera de governo, sempre que o assunto nela tratado assim o exigir.

Assim, e não apenas em razão do comando do § 2º do art. 2º da Lei n. 8.142, de 1990, mas em decorrência das competências legais de natureza decisória e fiscalizatória exercidas pelos Conselhos, esses órgãos colegiados devem assumir, na estrutura de governo, posição hierárquica superior à da autoridade responsável pela gestão das políticas públicas de saúde, compatível com o mandato que lhes foi legalmente atribuído, especialmente pela LC 141, de avaliar e fiscalizar a gestão (e o gestor) de saúde.

Desconsiderar esses comandos legais e submeter os conselhos à supervisão hierárquica direta do gestor de saúde significa incorrer, a um só tempo, em: (a) anulação, de fato, das funções deliberativas dos conselhos de saúde, na eventualidade de um de seus membros (o gestor de saúde) optar por não homologar decisão tomada pelo colegiado em que tenha sido voto vencido; (b) desrespeito ao princípio da segregação de funções, ao submeter os atos da instância controladora (o conselho de saúde) à revisão do agente controlado (gestor de saúde); (c) inversão da hierarquia das normas jurídicas, consagrada na doutrina jurídica nacional, ao fazer sobrepujar a portaria do gestor público à resolução do conselho deliberativo, do qual ele participa apenas como um dos membros.

Nada obstante, desde a promulgação da Lei n. 8.028, de 12 de abril de 1990 (art. 23, inciso III, alínea “a”), até os dias de hoje (conforme inciso I do art. 64, da Medida Provisória n. 782, de 31 de maio de 2017), a posição organizacional do Conselho Nacional de Saúde na estrutura do Poder Executivo Federal tem sido a de órgão subordinado ao Ministro da Saúde, em franca antinomia jurídica em relação às leis organizativas do SUS.

Sobre essa antinomia, poderia-se apresentar o argumento de que, com base nos arts. 84-VI-“a” e 87, inciso IV, da Constituição Federal, é facultado ao Chefe do Poder Executivo delegar, à autoridade a ele diretamente subordinada, a competência de homologar os atos do Conselho Nacional de Saúde. Se é verdade que pode o Presidente da República fazê-lo, também é verdade que, em respeito ao princípio da segregação de funções, não pode essa competência ser delegada à autoridade fiscalizada pelo Conselho – no caso, o Ministro da Saúde – devendo ser delegada a outra autoridade, preferencialmente, de órgão assessor, integrante da estrutura da própria Presidência da República. O mesmo argumento vale para os conselhos estaduais e municipais.

O “desalinhamento” entre os marcos legais do SUS e a natureza organizacional do CNS, segundo os atos normativos do Governo Federal pode ser, também, verificado na baixa convergência entre as competências estabelecidas para esse órgão no Decreto n. 8.901, de 10 de novembro de 2016, e as competências legalmente atribuídas aos conselhos de saúde na Lei n. 8.080, de 1990 e LC 141, conforme pode ser visualizado no Quadro II, a seguir.

Das 29 referências a competências legais dos conselhos de saúde identificadas na Lei n. 8.080, de 1990, e na LC 141, apenas duas foram incorporadas no referido Decreto, demonstrando a dessintonia entre os marcos legais e normativos que regem o CNS, especialmente nas funções relativas ao controle das políticas públicas, nas quais

a referência às competências de avaliação e fiscalização da qualidade da gestão de saúde ficaram restritas à função de “acompanhamento”, conforme incisos VI e IX do art. 52 do Decreto n. 8.901, de 2016.

Em contrapartida à mitigação normativa dos poderes legais do CNS de fiscalizar o gestor de saúde, o inciso VIII do art. 52 do mencionado Decreto estende ao colegiado a competência de controlar as atividades de instituições privadas de saúde que mantenham contratos, convênios ou outros ajustes com o Poder Público, sem especificar o objetivo desse controle, nem delimitar o universo de entidades a serem fiscalizadas (no âmbito do Ministério da Saúde ou no SUS?) e, principalmente, sem considerar que o acompanhamento, a avaliação e o controle exercidos pelos Conselhos são de natureza eminentemente política e não de natureza executiva, própria de órgãos de auditoria e controle institucional.

Quadro 2 – Análise das competências legais dos conselhos de saúde e das competências legais e normativas do Conselho Nacional de Saúde

	RELACIONADAS À FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS E ESTRATÉGIAS (N.)	RELACIONADAS À FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS E ESTRATÉGIAS (N.)	
COMPETÊNCIAS LEGAIS ESTABELECIDAS PARA OS CONSELHOS DE SAÚDE (LC 141, LEI 8.080 E Lei 8.142)	09	15	24
COMPETÊNCIAS LEGAIS ESPECÍFICAS DO CNS (LC 141, LEI 8.080)	05	00	05
COMPETÊNCIAS NORMATIVAS ESTABELECIDAS PARA O CNS (POR DECRETO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL)	10	03	13
COMPETÊNCIAS NORMATIVAS ALINHADAS A COMPETÊNCIAS LEGAIS ESTABELECIDAS PARA OS CONSELHOS DE SAÚDE E/OU CNS	02	00	

Fonte: elaborado pelos autores, com base na legislação (2017).

A baixa correspondência entre as competências legais e as normativas estabelecidas para o CNS sinaliza para questões preocupantes. A primeira delas refere-se às competências que vêm sendo, de fato, exercidas por esse órgão e se elas alcançam todo o leque de responsabilidades que a lei prevê e impõe a essas estruturas, em defesa ao interesse público.

A segunda preocupação refere-se à seguinte pergunta: se nem o Governo Federal, responsável pela aprovação das leis de âmbito nacional que regulam o SUS e fixam as competências dos conselhos de saúde, tem a preocupação em dispor adequadamente sobre as competências do Conselho Nacional de Saúde, nos atos normativos de organização e funcionamento desse órgão, como será que estão disciplinados os demais conselhos de saúde, pelo país afora?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os desafios à internalização e à consolidação dos mecanismos de cidadania ativa no País são históricos e generalizados, não constituindo uma exclusividade do setor das políticas públicas de saúde. Na verdade, a saúde é um dos setores que mais têm investido e evoluído no País, no período pós-Constituição de 1988, em direção à abertura de espaços políticos qualificados nas instâncias gestoras das políticas públicas, aos cidadãos e aos seus movimentos sociais, notadamente em respeito à diretriz do art. 198 da Carta Maior.

Ouvidorias, conferências e conselhos de saúde municipais, estaduais, distritais e nacionais, audiências e consultas públicas, sistemas de informação 0800, investimentos sistemáticos na formação de conselheiros e de apoio à organização e atuação de movimentos sociais, campanhas de informação e divulgação na mídia – esses e outros institutos têm, de forma crescente, contribuído para informar os usuários do SUS e formar uma consciência política de proteção ao direito universal dos cidadãos à saúde.

Não obstante os avanços já alcançados, é preciso considerar que as desigualdades socioeconômicas tendem a traduzirem-se em desigualdades políticas e refletirem-se na falta de equilíbrio e de representatividade dos canais de participação cidadã. Em estudo sobre controle e participação social na administração pública federal brasileira, a pesquisadora Grau (1) chegou à conclusão de que, apesar de dispor de diversos institutos de defesa dos direitos dos cidadãos, especialmente dos usuários dos serviços dos serviços públicos, o Brasil registra pouca efetividade no funcionamento desses mecanismos.

De fato, em muitos campos, a sociedade brasileira ainda não alcançou o estágio de evolução nos seus vínculos com as autoridades públicas, que lhe permita participar, de forma concreta, dos espaços decisórios estatais. Há alto índice de apatia política no seio social. Segundo Grau (1), no Brasil, os mecanismos de “*accountability*” ainda são pouco disseminados dentro da administração pública, e as instâncias de participação social, fundamentalmente baseadas na constituição de conselhos e realização de conferências, ainda não conseguiram assegurar representatividade e qualidade às decisões.

Uma questão crítica e atual para a evolução e amadurecimento da participação social no Sistema Único de Saúde é, portanto, fazê-la expressar interesses sub-representados das minorias e corrigir, ou mimimizar, as assimetrias de representação, seja nas conferências, nos conselhos de saúde, nas ouvidorias e demais institutos e canais de participação cidadã.

Por outro lado, tão grave quanto os déficits de participação, perdura, na burocracia pública nacional, como herança histórica da formação do Estado Brasileiro, uma cultura administrativa caracterizada pelas práticas autocentradas de organização e funcionamento, refratária às contribuições sociais, não raro, sob o argumento da sua baixa qualidade, factibilidade e conveniência.

Participação e controle social são discursos positivos e elegantes nas agendas políticas dos governos, mas sua efetivação, além de cara e morosa, é carregada de conflitos, com interferência direta no espaço de discricionariedade que os gestores habituaram-se a dispor, ao amparo dos poderes delegados às autoridades públicas pela Constituição Federal. (4)

Em conclusão, pode-se dizer que a baixa capacidade dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de saúde de incorporar, nos seus processos decisórios, os resultados da participação e do controle social, por um lado; a apatia política de grande parte da população brasileira em relação às questões referentes ao SUS, aliada à insuficiência da organização dos movimentos sociais e instituições de defesa dos interesses dos usuários do SUS existentes, em fazer valer as recomendações concertadas durante as conferências; o desconhecimento (ou seria desinteresse?) do corpo social, como um todo, em defender o sistema estatal de saúde pública cristalizado na Constituição Federal de 1988 – único, universal e comprometido com a prevenção, promoção e recuperação da saúde dos cidadãos – favorecem a ocorrência de desvios na aplicação da lei e da norma e, em última instância, da própria Constituição.

Convive, assim, a democracia brasileira, com o paradoxo de ter que absorver e vivenciar os paradigmas da igualdade política, da participação e do controle social, e superar os traços culturais de apatia e submissão/apatia política, que caracterizam grande parte da população, em um cenário global marcado: pela complexidade, no qual observam-se mutações basilares na própria definição e prática democráticas, ocasionadas pela escassez e conseqüentes disputas crescentes por recursos; pelos efeitos da globalização da economia; pela internacionalização do direito e, finalmente, pela crise dos conceitos tradicionais de estado e soberania nacionais.

REFERÊNCIAS

1. Grau NC. Modelos de controle e participação social existentes na administração pública federal. In Participação social: textos para discussão. Inovação na gestão pública, cooperação Brasil – Espanha. 2013;6:149-151.
2. Minayo MC. Pesquisa social. teoria, método e criatividade. 34 ed. Petrópolis: Vozes; 2013.
3. Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Gestão Pública. Programa GESPÚBLICA, modelo de excelência em gestão pública. Vers. 1/2014. Brasília: MP, SEGEP; 2014.
4. Dahl RA. Sobre a democracia. Brasília: Editora Universidade de Brasília; 2011. p. 37-38.

A Saúde para além do Artigo 196 da Constituição de 1988

Danylo Santos Silva Vilaça¹
Moacyr Rey Filho²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/JtVXo4>

RESUMO

O Direito à Saúde é compreendido como direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente, que garante aos cidadãos o direito de exigir do Estado as condições necessárias para o mais completo bem-estar físico, social e mental. Trata-se de pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio de técnicas de análise documental, sendo realizada a busca epistemológica pela unidade de palavra “saúde” e o seu contexto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O Artigo 196, popularmente conhecido e amplamente disseminado, é apenas mais um artigo constitucional que aborda o Direito à Saúde. Destaca-se o artigo 6º, primeiro artigo constitucional que aborda a saúde como direito, somado ao artigo 194, que interpreta o direito à saúde na perspectiva de seguridade social, como também o art. 198, que, ao tratar dos princípios e diretrizes do sistema de saúde vigente, estabelece indiretamente uma preocupação com o direito à saúde.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Sistema Único de Saúde.

¹ Membro da Mesa Diretora do Conselho de Saúde do Distrito Federal. Mestrando em Ciências e Tecnologias em Saúde na Universidade de Brasília. Bacharel em Saúde Coletiva na Universidade de Brasília. E-mail para contato: danylovilaca.unb@gmail.com

² Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UniCEUB e Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. E-mail para contato: moacyr.rey.filho@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde no Brasil pode ser caracterizado de diversas formas, mas este estudo concentra-se em apresentá-lo como uma conquista e como um fenômeno que carece de evidenciação. Nossa constituição é clara: saúde é um direito. Estejamos, talvez, diante de um dos mais conhecidos trechos constitucionais, popularmente disseminados – de forma limitada aos seus primeiros versos – como se um ditado popular fosse, a saber: “Saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Não significa que devamos enxergar essa redução do trecho constitucional como algo limitante, mas, por tratar-se de um direito tão significativo, ainda que apresentado de modo limitado, é ideal distingui-lo com fulgência. Importantíssimo ressaltar, então, que estes versos supracitados anteriormente vêm acompanhados dos seguintes dizeres:

[...] 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. (1)

Essas palavras agrupadas, bem como os seus significados, constituem parte significativa do que hoje denominamos Sistema Único de Saúde (SUS). Ao considerar a política de saúde como uma política social, tem-se, como consequência imediata a assumida responsabilidade de que a saúde é um dos direitos inerentes à cidadania (2). Imagine um sistema de saúde cuja meta seja ofertar assistência à saúde, em suas dimensões de prevenção, proteção e recuperação para mais de 207 milhões de pessoas/usuários (3), considerando ainda as singularidades territoriais e de distribuição econômico-social diferenciada, em um país assemelhado a um continente, cujas atribuições ultrapassam a assistência e capilarizam-se para a regulação de um outro subsistema – saúde suplementar – até as práticas de intersectorialidade e participação social.

De fato, podemos estar diante de algo grandioso, sistêmico, único. Existe uma vasta gama de países com sistemas universais de saúde implantados que não garantem o direito à saúde, mas, sim, o direito aos serviços de saúde (4). Por Direito à Saúde, compreende-se um dos direitos humanos fundamentais, cuja aplicabilidade é inquestionável haja vista a sua proteção à vida, estando assegurado constitucionalmente, garantindo aos cidadãos o direito de exigir do Estado as condições necessárias para o mais completo bem-estar físico, social e mental, tal qual o conceito ampliado de saúde, descrito no Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), aprovada em 22 de julho de 1946, que assim estabelece: “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (5, 6).

Na busca por melhor compreender o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, vista por muitos autores como algo ainda recente (7), objetiva-se, com este estudo, tratar a saúde de modo epistemológico, bem como analisar os registros da palavra

“saúde” na constituição, apontando quais artigos constitucionais podem estar direta e indiretamente ligados ao que se compreende por direito à ou em saúde.

2. MÉTODOS

Trata-se de pesquisa qualitativa, desenvolvida por meio de técnicas de análise documental. Dentre outras características, a análise documental representa o conteúdo de um documento, sob a forma diferente do seu formato original, objetivando facilitar a compreensão, consulta e até mesmo a referência (6). Para este estudo, o documento em análise é a Constituição da República Federativa do Brasil, sobretudo as menções à saúde e seu contexto. A formação em análise de conteúdo faz-se pela prática (7). A prática, aqui realizada, consiste nas técnicas do tipo temático e frequencial, por tratar-se de um método facilmente aceito, conhecido e útil para uma primeira abordagem de análise.

O critério de inclusão consiste na exigência da unidade de palavra “saúde” situar-se nos artigos existentes na Constituição de 1988, excluindo-se, assim, os registros em preâmbulos e Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Segundo Barroso (8), os ADCT auxiliam na transição de uma ordem jurídica para outra. Optou-se por retirar os 97 artigos dos ADCT da análise pela sua característica transitória, encontrando-se entre transição pelo antigo e novo direito, dando-se, assim, prioridade ao corpo da constituição, compreendendo os seus 250 artigos. A coleta foi direcionada por meio de um quadro matriz, preenchido segundo as características: “artigo constitucional”, “ementa constitucional”, “conteúdo do artigo” e “categoria”. Este último tratou-se de produto da análise do autor.

Os procedimentos para o levantamento e análise dos dados foram separados em três dimensões processuais, conforme descrição processual que segue: (i) levantamento: acesso à Constituição da República Federativa Brasileira mais atualizada, por meio do portal oficial do Senado Federal; (ii) seleção e análise de conteúdo: esta etapa subdivide-se em três momentos, a saber: pré-análise; a exploração documental; por fim, o tratamento dos resultados por meio de interpretação e elaboração textual. Considerou-se a frequência/quantidade de repetição da unidade de palavra selecionada, a saber: “saúde”; (iii) categorização dos resultados: por meio da constituição de um quadro resumo dos artigos mais relevantes sobre Direito à Saúde.

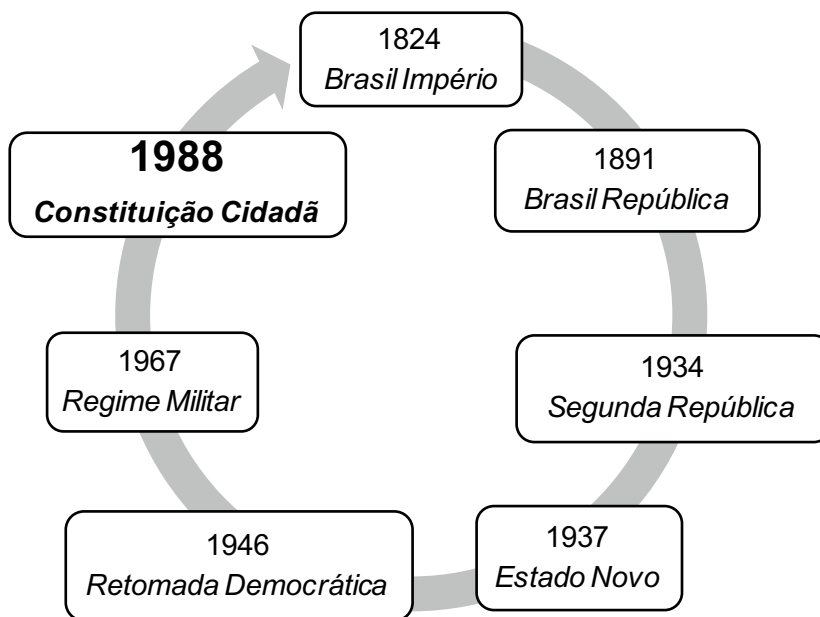
Quanto aos preceitos éticos, este estudo dispensou a aprovação em Comitê de Ética em Pesquisa, por não utilizar-se da participação de seres humanos para coleta e obtenção de resultados.

2.1 PERÍODO DE ANÁLISE

A Constituição da República Federativa do Brasil, por meio da construção social e atuação legislativa, passou por modificações ao longo dos anos. A Constituição em

vigência data do ano de 1988, denominada por muitos de “Constituição Cidadã”, pelo seguinte motivo: Ulysses Guimarães, presidente da Câmara dos Deputados à época, declarou a vigência da nova Constituição Federal porque era o Brasil, àquela ocasião, um país recém-saído da ditadura militar (Conf. Figura 1). Sendo a Constituição vigente, optou-se por analisá-la por encontrar-se nessa condição.

Figura 1. As Constituições adotadas pelo Brasil no período de 1824 a 1988



Fonte: Elaboração própria dos autores com base em informação da Coleção Constituições Brasileiras, do Senado Federal. (9)

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A palavra “direito” possui ao todo 529 registros no escopo da Constituição Federal, enquanto, à palavra “saúde”, cabem 187 menções. Destas 187 menções, 42 (22,4%) compõem a análise deste estudo por atenderem aos critérios de inclusão. A unidade de palavra “direito” é mais frequente que a unidade de palavra “saúde” no documento analisado. Em intersecção, estas palavras juntas poderiam somar 716 registros, ainda que epistemologicamente tenha sentido, não intenciona-se apresentar-lhes as frequências com que surgem estas palavras em nossa constituinte, bem como as suas potencialidades agregadas podem significar, mas, sim, trazer-lhes a seguinte reflexão: Que direito à saúde é este?

Dentre os 250 artigos existentes no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, edição técnica de 2016, encontraram-se 23 artigos que versam, em algum momento, sobre a saúde (Conf. Quadro 1). Em alguns momentos, relacionando-a enquanto direito e, em outros, dando especificações de direitos trabalhistas, da aplicação de recursos por parte dos respectivos entes federados brasileiros – torna-se vedada a acumulação de cargos e empregos no setor saúde, tanto na esfera da admi-

nistração pública direta, quanto na indireta – até a necessidade de ações intersetoriais para garantia de direitos fundamentais.

Quadro 1. Síntese dos artigos constitucionais referentes à saúde, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

AC*	EC**	Conteúdo do Artigo Analisado	Categoria
Art. 6º	26/2000, 64/2010 e 90/2015	A saúde é listada como um Direito Social, junto de outros direitos, tais como a educação, trabalho e a moradia.	Informação e Direito à Saúde
Art. 7º	20/1998 e 72/2013	Versa sobre direitos dos trabalhadores e, em seu vigésimo segundo item, aponta a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.	Direitos e Deveres dos Trabalhadores
Art. 23	NSA***	Trata-se de artigo que determina as competências comuns que União, Estados, Distrito Federal e Municípios possuem. Em segundo item, estabelece que uma competência comum aos entes é cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.	Informação e Direito à Saúde
Art. 24	NSA***	Trata dos papéis que os entes (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) possuem frente ao legislativo. Situa-se a defesa da saúde. Observa-se que, para defendê-la, é preciso, anteriormente, entendê-la enquanto um direito constitucionalmente assegurado.	Informação e Direito à Saúde
Art. 30	NSA***	Aborda a competência dos Municípios. Dentre muitas outras, compete aos municípios brasileiros prestar serviços de atendimento à saúde da população, contando com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado.	Informação e Direito à Saúde
Art. 34	14/1996 e 29/2000	Versa sobre a não intervenção da União para com os Estados e Distrito Federal, ainda que se tenham algumas exceções, dentre as quais a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Observa-se um ente controlando minimamente o papel do outro frente à aplicação de recursos mínimos.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 35	29/2000	Versa sobre a não intervenção do Estado para com os Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, ainda que se tenham algumas exceções, dentre as quais: se os municípios não tiverem aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Observa-se um papel fiscalizador e intervencionista entre entes.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 37	34/2001	Trata-se dos princípios, aos quais a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão, tais como a moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, sendo vedada a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas. Exemplificam-se as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias.	Direitos e Deveres dos Trabalhadores

AC*	EC**	Conteúdo do Artigo Analisado	Categoria
Art. 40	20/1998 e 47/2005	Este artigo determina, entre outras questões, que é assegurado aos servidores o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público. Em seu quarto parágrafo, estabelece impedimentos diferenciados para concessão de aposentadorias, ressalvando casos especificados em lei complementar, de servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.	Direitos e Deveres dos Trabalhadores
Art. 166	86/2015	Versa, em seu nono e décimo parágrafos, respectivamente, que (i) as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, destinando-se metade deste recurso para as ações e serviços públicos de saúde e que (ii) a execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2o do art. 198 (visto à frente), vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 167	42/2003	Este artigo, disposto por meio de 11 incisos e cinco parágrafos, versa sobre o Sistema Tributário Nacional e apresenta algumas vedações. Ao que nos interessa, registra-se: é cerrada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 194	20/1998	Apresenta-se, neste artigo, uma sintética, porém obsoleta, compreensão no que concerne à seguridade social, compreendendo-a como 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.	Informação e Direito à Saúde
Art. 195	20/1998 e 42/2003	Dita-se, neste artigo, o financiamento da seguridade social, realizado por toda a sociedade direta ou indiretamente. Os órgãos responsáveis pela saúde apresentarão propostas de orçamento, agindo integralmente com os órgãos da previdência e assistência social. Os critérios de transferência de recursos para o Sistema Único de Saúde serão definidos em lei específica (Lei Complementar 141/2012).	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 196	NSA***	Define-se a saúde como direito de todos, devendo o Estado executá-la por meio de políticas sociais e econômicas, objetivando a redução do risco de doença e de outros agravos, bem como acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.	Informação e Direito à Saúde
Art. 197	NSA***	Apresentam-se as ações e serviços de saúde como relevância pública, restando ao poder público a regulamentação, fiscalização e controle, cuja execução deve ser feita diretamente, ou através de terceiros, e também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Entender as ações de saúde como relevantes é valorizar o Direito à Saúde.	Informação e Direito à Saúde

AC*	EC**	Conteúdo do Artigo Analisado	Categoria
Art. 198	29/2000, 51/2006, 63/2010 e 86/2015	Versa sobre diretrizes organizativas do sistema de saúde, cuja execução deve integrar uma rede descentralizada, regionalizada e hierarquizada. O SUS é financiado segundo os recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Estes mesmos entes aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados em legislação específica (a saber: LC 141/2012), cujas observâncias consistem em: (i) critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais e (ii) as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. Ainda tratando-se das decisões que objetivam a organização do sistema, versa sobre a possibilidade de os gestores locais admitirem agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação, obedecendo legislação federal própria que disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 199	NSA***	Este artigo possibilita a livre, porém regulamentada, participação da iniciativa privada no SUS, podendo participar de forma complementar, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Veda-se a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no país, salvo nos casos previstos em lei. Observa-se o dever do Estado na função de regulador das práticas privadas, ao considerar a relevância pública das ações e serviços de saúde também nesse setor.	Informação e Direito à Saúde
Art. 200	NSA***	Atribuem-se as competências do SUS, em seu papel de controlador e fiscalizador de procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participante da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos. Executante das ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador e ordenador da formação de recursos humanos na área de saúde.	Informação e Direito à Saúde
Art. 201	20/1998, 41/2003 e 47/2005	Trata-se da organização e regime da previdência social em caráter contributivo e de filiação obrigatória. Veda-se, em seu parágrafo primeiro, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de pessoas com deficiência. Algo semelhante ao que se observa no Art. 40.	Direitos e Deveres dos Trabalhadores
Art. 208	59/2009	Versa sobre o papel do Estado frente à educação. Contudo, não dissocia a execução do setor educação sem a participação complementar que o setor saúde possui junto ao mesmo, no tocante à assistência à saúde dos educandos.	Informação e Direito à Saúde

AC*	EC**	Conteúdo do Artigo Analisado	Categoria
Art. 212	NSA***	Dita-se a totalidade de aplicação anual que União, Estados, Distrito Federal e os Municípios deverão executar na educação, registrando-se que programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.	Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde
Art. 220	NSA***	Este artigo objetiva a garantia da liberdade de expressão e pensamento e, no tocante à saúde, estabelece limites de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.	Informação e Direito à Saúde
Art. 227	65/2010	Trata-se de artigo que responsabiliza o Estado, familiares e a sociedade como um todo, assegurando à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Afirma-se a incumbência do Estado em promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo ao preceito de aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. Trata-se, sobretudo, da conexão entre política social e política transversal, em que o setor saúde conecta-se às políticas de proteção e assistência de uma população específica.	Informação e Direito à Saúde

*AC: Artigo Constitucional.

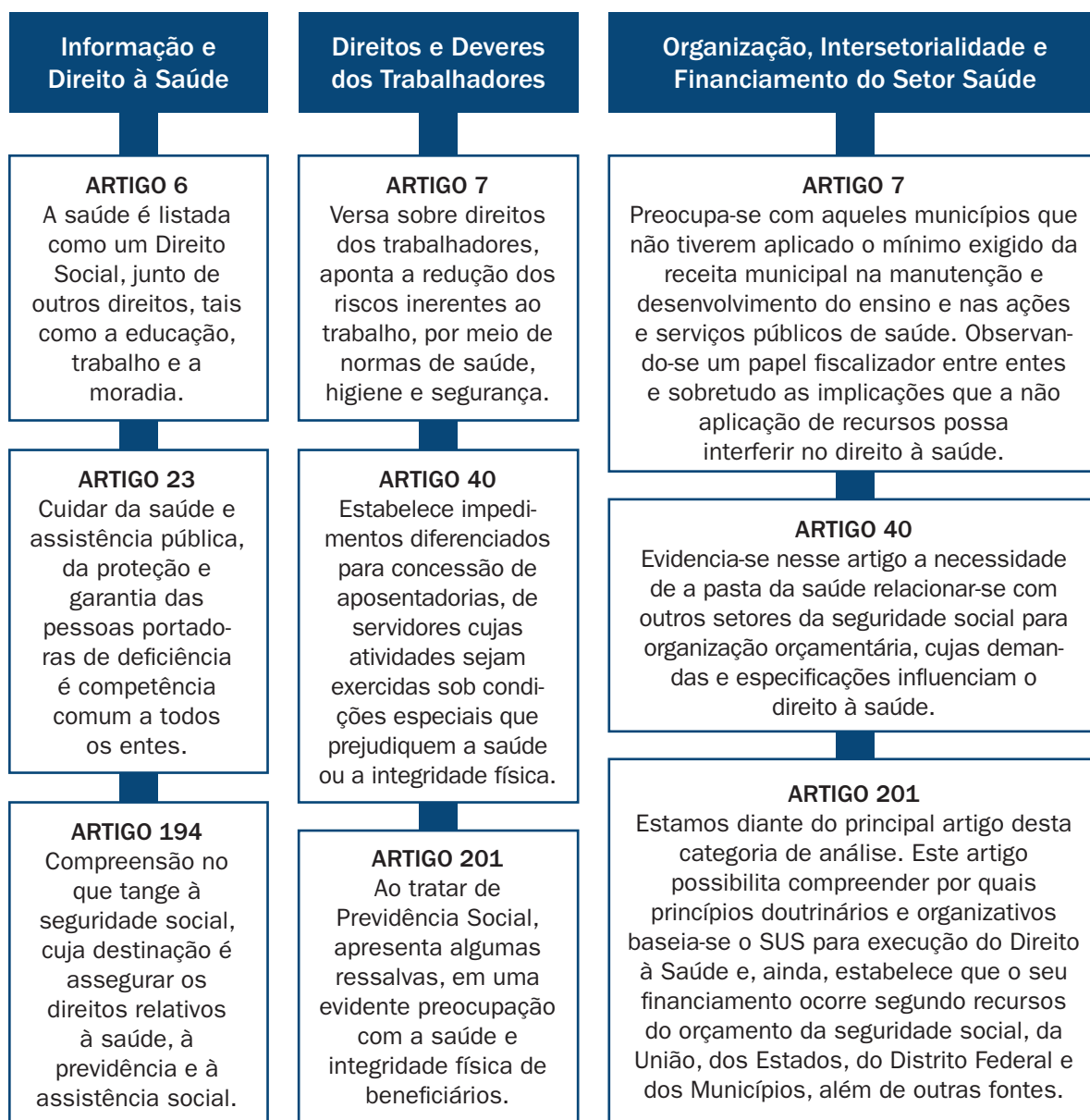
**EC: Ementa Constitucional.

***NSA: Não se aplica, inexistente EC referente ao artigo ou caso exista não se relaciona à saúde.

Fonte: Elaboração própria dos autores com informações da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, edição 2016.

Após a saturação e análise, estabeleceram-se três categorias, a saber: “Informação e Direito à Saúde” (n= 12, 52,2%), “Direitos e Deveres dos Trabalhadores” (n=4,17,3%) e a categoria “Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde” (n=7, 30,5%), todas justificadas pelo registro da unidade de palavra saúde em seu conteúdo que, após analisado, evidenciaram-se as potencialidades que os mesmos possuem quando relacionados ao Direito à Saúde. No que se refere à categoria “Informação e Direito à Saúde”, cabe registrar seu surgimento em primeiro na ordem de importância pelo fato de sustentar os interesses deste estudo, e não pelo seu registro quantitativo frequencial ser superior às demais categorias evidenciadas.

Figura 2. Categorias de análise e principais artigos constitucionais relevantes ao direito à saúde



Fonte: elaboração própria dos autores.

Para a categoria “Informação e Direito à Saúde”, a apresentação dos artigos constitucionais número 6º, 23 e 194, como simbolicamente mais relevantes quando comparados aos demais, parte de um olhar específico em compreendê-los como originais. Ao artigo 6º, por exemplo, cabe historiar que se trata do primeiro artigo constitucional que estabelece a saúde enquanto direito, aprovando assim a sua menção de relevância para esta análise. Ao artigo 23, cabe registrar a utilização do verbo “cuidar”,

quando o assunto saúde está em voga, demonstrando também, simbolicamente, que a constituição cidadã adota de fato a compreensão que hoje temos relacionada ao SUS.

No tocante à categoria “Direitos e Deveres dos Trabalhadores”, valoriza-se a citação dos artigos constitucionais número 7º, 40 e 201. Esses artigos denotam preocupação com os riscos à saúde e integridade física – termo este notado nos artigos analisados – aos quais os trabalhadores possam eventualmente expor-se. Para a categoria “Organização, Intersetorialidade e Financiamento do Setor Saúde”, a indicação dos artigos constitucionais número 35, 195 e 198 surge pelo fato de estarem em consonância com a compreensão de que um sistema organizado tal qual pretende-se o SUS, com orçamento condizente com a realidade das necessidades de seus usuários, garante o Direito à Saúde expresso constitucionalmente, para além do artigo constitucional 196. No tocante à variável financiamento, indica-o enquanto componente estratégico para atingir os objetivos de proteção, melhoria e qualidade da saúde dos cidadãos. Estudos demonstram que, quanto mais público e solidário for o financiamento do sistema implantado, mais ele atenderá a estes objetivos. (10)

Haja vista as recorrentes menções à saúde relacionada à seguridade social, designada como uma modalidade da proteção social e compreendida como um conjunto de políticas públicas alicerçadas pelo princípio de justiça social, que garante a todos os cidadãos o direito a um mínimo fundamental (2), entende-se que a Constituição Federal de 1988 agregou a saúde à seguridade social como direito social, consagrando um modelo de seguridade social inovador. A admissão da previdência, saúde e assistência social na Constituição, bem como na seguridade social, introduz o entendimento de direitos sociais universais integrados à condição de cidadania, antes restritos à população beneficiária da previdência, ou seja, os trabalhadores formais.

Por fim, em resposta à indagação feita inicialmente neste tópico (que direito à saúde é este?), é oportuno afirmar que se trata de um direito compreendido como social, vital, fundamental e humano, que permeia o direito à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras, bem como o estabelecimento de normas, condições e diminuição de riscos à saúde destes. Vislumbra-se, como direito à saúde de crianças, adolescentes e jovens, o direito à informação em saúde, à assistência pública e até privada em saúde. Que conecte políticas setoriais com políticas transversais. Ao considerar-se a política de saúde como uma política social, tem-se, como consequência, a responsabilidade de que a saúde é um dos direitos inerentes à cidadania.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações deste estudo corroboram com a titulação que recebe. O Direito à Saúde, no escopo da Constituição Cidadã, é muito valoroso. Existe uma vasta gama de artigos constitucionais que se relacionam ao Direito à Saúde, como analisado e categorizado. O Direito à Saúde, ainda hoje, apresenta-se como contemporâneo, mesmo após a promulgação da Carta Magna que o legitima, corroborando para o processo de

judicialização da saúde em curso. Dentre as três categorias constituídas, pensa-se que deva haver uma melhor justificativa do porquê adotar a organização, intersectorialidade e financiamento da saúde em relação ao direito à saúde, mas de modo sintético, afirma-se que a organização e aplicação financeira de recursos em sistemas de saúde universais, tais como o SUS, estão intrinsecamente ligadas ao Direito à Saúde. Notou-se, neste estudo, que existe uma intersecção entre políticas setoriais (saúde, previdência), e políticas transversais (direitos dos trabalhadores, crianças e adolescentes). Acredita-se que a utilização de metodologia qualitativa, alicerçada em análise documental, é suficiente para suprir as intenções originais do estudo, mas indica-se a necessidade de ampliar a discussão para o meio técnico, demais pesquisadores e até juristas, para captação de percepções frente ao tema.

5. REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas; 2016.
2. Fleury S, Ouverney AM. Política de saúde: uma política social. Giovanella L, Escorel S, Lobato LV, et al, organizadores. Políticas e sistema de saúde no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; 2012. p. 25-57.
3. Brasil. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Estimativa de população em 1º de julho de 2017.[internet]; [acesso em 16 jan 2018]. Disponível em ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2017/estimativa_dou_2017.pdf.
4. Syrett KL. Legitimacy and rationing of health care: a contextual and comparative perspective. Cambridge: Cambridge University Press; 2007.
5. Schwartz, G. (2001). Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. In *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*.
6. World Health Organization. (2011). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO). 1946.
7. Medeiros M, Diniz D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Cien Saude Colet* 2013. 18(4):1079-1088.
8. Chaumier J. Le traitement linguistique del information. *Enterprise moderned’Edition*. 3e ed.1988. Apud Bardin L. 2011.
9. Bardin L. Análise de conteúdo. Reto LA, Pinheiro A, tradutores. 2 reimp. 1 ed. São Paulo: Edições 70; 2011.
10. Barroso LR. Disposições constitucionais transitórias. Clève CM, Barroso LR, organizadores. *Doutrinas essenciais direito constitucional*. V.1. RT; 2011.p. 491.

11. Porto WC. Coleção constituições brasileiras. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas; 2012.
12. Lobato LV, Giovanella L. Sistema de saúde: origens, componentes e dinâmica. Giovanella L, Escorel S, Lobato LV, *et al*, organizadores. Políticas e sistema de saúde no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; 2012. p. 89-120.

Participação da Comunidade no Sistema Único de Saúde: Juridicidade e Controle

Daniel Pitangueira de Avelino*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/xz25Hm>

RESUMO

A diretriz da participação da comunidade na organização das ações e serviços de saúde, prevista na Constituição Federal, é concretizada por meio de instâncias como o Conselho Nacional de Saúde (CNS). A legislação estabelece as atribuições do colegiado e condiciona as suas decisões à homologação de autoridade pública. Este trabalho tem como objetivo discutir a natureza jurídica dessa participação, por meio de pesquisa bibliográfica, e propor alternativas à organização do CNS, com base em análise de regimentos internos de conselhos similares. As manifestações do colegiado, quando exerce atribuição consultiva, foram classificadas como requisito procedimental de ato administrativo, cuja ausência é convalidável. A atuação decisória ou normativa, por sua vez, foi entendida como primeira parte de um ato administrativo composto, que exige a homologação como requisito de exequibilidade. Pela análise comparativa de regimentos internos, foram identificadas práticas de controle de juridicidade que poderiam ser adaptadas ao CNS, em substituição à necessidade de homologação. Entre elas, estão o reexame por pedido ministerial e a autonomia do colegiado para publicar suas decisões; assessoramento por consultoria jurídica ou equipe de apoio técnico; a criação de comissão permanente de Direito Sanitário. Todas as alternativas, já praticadas em outros conselhos de grande porte, são compatíveis com o CNS. A única estratégia que não se recomenda é exatamente a atual. A necessidade de homologação limita o exercício do controle pelo conselho e, na prática, retira eficácia da diretriz constitucional de participação da comunidade. Diante das alternativas apresentadas, não há como defender esse mecanismo.

Palavras-chave: Conselhos. Ato Administrativo. Homologação.

* Advogado. Pesquisador e Membro da Carreira de Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA. Doutor em Política Social. Mestre em Filosofia. E-mail para contato: daniel.avelino@ipea.gov.br

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabelece a saúde como direito de todos e dever do Estado, a ser prestado por meio de sistema único, organizado, dentre outras, segundo a diretriz da participação da comunidade (1). A legislação específica do Sistema Único de Saúde (SUS), em especial a Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, disciplina as instâncias colegiadas integradas ao sistema – a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde – como formas de concretização dessa diretriz. (2)

O presente trabalho tem como objetivo analisar a atuação dessas instâncias, em especial o Conselho Nacional de Saúde (CNS), na promoção da participação da comunidade no SUS. De modo específico, pretende, em primeiro lugar, discutir a natureza jurídica dessa participação, à luz da teoria geral dos atos administrativos, no contexto específico da gestão da saúde pública. Em seguida, com base em mapeamento de estratégias de controle de legalidade adotadas por conselhos similares, tem a intenção de propor alternativas à atual forma de organização do CNS.

A escolha do CNS como foco da análise justifica-se por ser este o órgão colegiado permanente e deliberativo responsável pela formulação de estratégias e controle da execução da política nacional de saúde. Não é a única instância de participação da comunidade, nem a mais ampla, mas ainda é uma arena independente e consolidada na qual a sociedade, por meio de seus representantes, pode exercer influência concreta sobre a gestão do SUS.

Com representação do governo, prestadores de serviço, profissionais da saúde e usuários, o colegiado manifesta-se por meio de resoluções, recomendações e moções. Enquanto as duas últimas envolvem sugestões ou proposições (portanto não vinculantes) do CNS para algum destinatário específico, as resoluções concretizam o poder decisório e normativo do conselho, estabelecendo diretrizes, planos ou determinações que são mandatórias para todo o SUS, no limite de sua competência. Pela elevada responsabilidade envolvida na elaboração desses atos decisórios, é razoável considerar que devam ser rigorosamente avaliados de acordo com sua aderência às normas legais e constitucionais que regem a saúde no Brasil.

Para isso, a Lei n. 8.142/1990 não estabeleceu outra forma de controle das decisões do CNS, além da necessidade de homologação pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo. Não é simples tratar de controle de legalidade ou constitucionalidade de decisões de instâncias colegiadas, porque não há, entre elas e as autoridades públicas, qualquer vínculo de subordinação. Trata-se de um órgão dotado de autonomia decisória e, portanto, alheio ao controle hierárquico que, usualmente, é responsável por filtrar decisões juridicamente inválidas. Ainda assim, é parte da estrutura estatal e, como tal, deve obediência aos princípios norteadores da administração pública.

Os procedimentos de homologação das decisões do CNS estão previstos em seu regimento interno, atualmente estabelecido pela Resolução n. 407, de 12 de dezembro de 2008, com alterações posteriores. Em síntese, as resoluções aprovadas pelo conselho devem ser submetidas ao Ministro de Estado da Saúde que, no prazo de 30 dias, pode homologá-las ou devolvê-las de modo motivado para avaliação do Pleno. A esta instância cabe, então, acatar as justificativas ou reenviar o ato ao Ministro para homologação. De forma genérica, o regimento estabelece que, em caso de nova omissão ministerial, a resolução deve retornar ao conselho “para os devidos encaminhamentos”. (3)

A tabela a seguir lista a quantidade de resoluções aprovadas pelo CNS desde 1988, segundo a situação de cada uma delas. Os atos não homologados totalizam 44, e aqueles pendentes de homologação são apenas quatro – somados representam cerca de 9% das 530 resoluções pesquisadas. Apesar de ser um percentual relativamente baixo, chama a atenção o fato de que seis das resoluções do último ano – ou 20% delas – não foram homologadas pelo titular do Ministério, o que sugere uma tendência de dissenso entre os órgãos. A situação é ainda mais significativa se for observado que algumas dessas resoluções não homologadas contrariam fortemente interesses do Ministério, como a Resolução n. 551 (que reprova o Relatório Anual de Gestão de 2016), ou a Resolução n. 565 (que solicita ao Ministério Público Federal medidas para garantir a assistência farmacêutica).

Tabela 1 – Número de resoluções aprovadas pelo Conselho Nacional de Saúde, segundo a situação (Brasil, 1988-2018).

Ano	a. Em Tramitação	b. Aguardando Homologação	c. Não Homologada	d. Homologada	e. Em Vigor	f. Em Vigor <i>Sub Judice</i>	g. Implementada	h. Implementada Parcialmente	i. Não Implementada	j. Desconsiderada	k. Referente a Projeto de Lei	l. Revogada	m. Prescrita	n. Retificada	o. Renumorada	p. Sem Dados	Total do Ano
1988												1					1
1991					9		11	1									21
1992				1	9		3					1					14
1993			6	1	18		26	3	1	2	2		1	1		1	62
1994			5		33	1	7		3							1	50
1995					17		6		1			1				1	26
1996			1		24		2					1				5	33
1997			5		46		2									2	55
1998			7		15											1	23
1999					8											2	10
2000			3		3							1				1	8
2001			6	1													7
2002			3		1										1		5
2003					13							1					14
2004					8												8
2005	1		1		9							1					12
2006	1				4												5
2007					11							14					25
2008					8							2					10
2009					8							7					15
2010					3												3
2011					13												13
2012					10												10
2013					18							9					27
2014			1		2							1					4
2015					5											1	6
2016		2		1	31												34
2017			6	7	16												29
Total Geral	2	2	44	11	342	1	57	4	5	2	2	40	1	1	1	15	530

Fonte: Elaboração do autor, com base em dados do Conselho Nacional de Saúde, sítio eletrônico (consultado em 23 fev. 2018).

Estes dados são insuficientes para descrever todos os casos de homologação em geral, mas servem para sinalizar o grau de dissenso que se vem formando atualmente na relação entre CNS e Ministério. Em um contexto como este, é fundamental reafirmar a diferença de responsabilidades entre eles e procurar relembrar os limites de interferência de um sobre outro. Este trabalho se posiciona como uma contribuição a este debate.

2. MÉTODOS

O presente estudo está fundamentado em pesquisa bibliográfica e documental, de natureza qualitativa, organizada segundo estudos de casos selecionados de forma intencional. O trabalho tem finalidade analítica (partindo da hipótese de que há formas alternativas de controle de legalidade e constitucionalidade além da homologação) e também propositiva (sugerindo medidas para implementação no contexto do CNS).

A primeira etapa da pesquisa envolveu o exame dos atos normativos que regem a atuação do CNS vis-à-vis a literatura jurídica sobre a teoria dos atos administrativos. O objetivo específico desta etapa é identificar a natureza jurídica das decisões do colegiado e seus requisitos de validade, para definir os efeitos da homologação (ou da sua ausência) sobre a decisão consilar.

A segunda etapa foi composta por análise documental dos atos regimentais de outros conselhos, considerados semelhantes ao CNS. Com base no porte do colegiado e na maneira como vem conseguindo cumprir suas atribuições nos últimos anos (4), quatro outros casos foram selecionados: o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS); o Conselho Nacional de Educação (CNE); o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA); o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA).

O regimento interno (e outras normas relacionadas) de cada um deles foi examinado, procurando identificar as estruturas internas e as estratégias adotadas para controle de legalidade e constitucionalidade dos atos produzidos. As diferentes situações identificadas foram objeto de análise comparativa, não apenas para evidenciar possíveis vantagens e desvantagens, mas, principalmente, para verificar o grau de adequação da medida à realidade do CNS e possíveis adaptações necessárias.

Tabela 2 – Características dos colegiados nacionais selecionados (Brasil, 2017).

Colegiado	Sigla	Criação	Base normativa atual	Conta com Secretaria Executiva exclusiva?	Nível do cargo de Secretário Executivo	Número de servidores	Número de colaboradores
Conselho Nacional de Assistência Social	CNAS	1993	Lei	sim	DAS 4	21	59
Conselho Nacional de Educação	CNE	1911	Lei	sim	DAS 5	36	36
Conselho Nacional de Saúde 1	CNS	1937	Lei	sim	DAS 5	21	40
Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional	CONSEA	1993	Lei	sim	DAS 4	7	12
Conselho Nacional do Meio Ambiente	CONAMA	1981	Lei	sim	DAS 5	13	18

Fonte: elaboração do autor, com base em pesquisas do IPEA. (4-5)

As informações sobre os regimentos internos foram levantadas no primeiro semestre de 2017. Os dados sobre estrutura e funcionamento dos conselhos e suas equipes de apoio, com base em publicações anteriores (4-5), são referentes a agosto e setembro de 2016. Todas as demais informações, salvo observação em contrário, foram obtidas em fevereiro de 2018.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 JURIDICIDADE E PARTICIPAÇÃO DA COMUNIDADE

A garantia do direito à saúde, nos termos da Constituição, é realizada por meio de políticas sociais e econômicas, bem como ações de promoção, proteção e recuperação. O Estado é o titular constitucional desse dever, por meio de ações e serviços de saúde integrados em uma rede regionalizada e hierarquizada (que não excluem a oferta privada) que hoje compõe o SUS. Com o devido reconhecimento à responsabilidade legislativa e judiciária para concretização desse dever, é no âmbito administrativo que as relações jurídicas que envolvem a gestão da saúde pública ocorrem de modo preponderante.

Assim, aquela “rede regionalizada e hierarquizada” que as ações e serviços públicos de saúde integram materializa-se no Poder Executivo da União, Estados (e Dis-

trito Federal) e Municípios e, especial e respectivamente, no seu Ministério, nas suas Secretarias Estaduais ou Secretarias Municipais de Saúde. São os órgãos gestores das políticas de saúde, que direta ou indiretamente, promovem o acesso às ações e serviços relacionados a este direito.

É relativamente simples compreender como a própria administração pública realiza o controle das decisões tomadas no âmbito desses órgãos gestores. Segundo a organização hierárquica, cabe às instâncias superiores revisar as decisões dos seus subordinados, seja por razões formais, ou de mérito, contando com um aparato interno de assessoria e consultoria técnica e jurídica, quando necessário. Isso nada mais é do que a aplicação prática do princípio da autotutela, segundo o qual:

A Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (6)

A questão do controle torna-se mais complexa quando entra em discussão ato emanado do exercício da participação da comunidade no SUS, constitucionalmente prevista. Nessas situações, não é possível dizer que haja subordinação da comunidade ao gestor, o que torna inviável qualquer tipo de controle hierárquico. Para enfrentar essa dúvida, é preciso, inicialmente, tratar da natureza jurídica da participação da comunidade.

A Constituição estabelece a participação da comunidade como uma diretriz de organização do SUS. Não define a forma dessa participação, que vai ser especificada na Lei n. 8.142/1990, como as conferências e conselhos. Não são, todavia, as únicas formas de participação possíveis – e nem poderiam ser. A própria lei faz a ressalva às “funções do Poder Legislativo”, e, em outros diplomas legais, há referência a diferentes modos de envolvimento da sociedade, como as consultas e audiências públicas (7). Isto posto, a análise seguinte centra o foco nas decisões de conselhos de saúde.

As competências definidas, de forma geral, na Lei n. 8.142/1990, são especificadas, no âmbito federal, pelo Decreto n. 5.839, de 11 de julho de 2006, que dispõe sobre as atribuições do CNS (8). São competências muito diversas, que variam de decisões terminativas sobre temas específicos, à mera emissão de opinião sobre determinados assuntos. Assim, a tutela jurídica sobre os atos do colegiado difere de acordo com a competência sendo exercida.

A manifestação do CNS sobre criação de cursos superiores de saúde é um exemplo de atribuição consultiva. Prevista na Constituição, essa atribuição é disciplinada nas normas educacionais, que estabelecem prazo para sua realização e, explicitamente, definem seu caráter meramente opinativo (9). Adotando a classificação de Mello, esta atuação consultiva pode ser considerada um pressuposto objetivo de validade do ato administrativo, na forma de um requisito procedimental: “atos que devem, por imposição normativa, preceder a um determinado ato.” (10)

Para Zancaner, os atos administrativos com vício de procedimento devem ser convalidados, desde que não haja desvirtuamento da finalidade do ato (11). O conselho, portanto, atua neste caso como o órgão consultivo previsto no art. 42, §2º, da Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, cujo parecer obrigatório e não vinculante contribui, mas não é essencial à decisão. (12)

Diferente, é a atuação decisória ou normativa do CNS, quando exerce o poder de fixar diretrizes em caráter geral, ou decide casos concretos. Nessa situação, é do colegiado a competência para produção do ato administrativo, que não deveria estar submetido a controle hierárquico por parte de nenhum órgão ministerial. Assim, quando a legislação cria a figura da homologação, está, em outras palavras, transformando a decisão colegiada em um ato administrativo composto, entendido como aquele “que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exequível”. (13)

A necessidade legal de homologação das decisões do conselho cria situações de difícil solução. Uma delas é o possível conflito de interesses da autoridade pública em homologar decisões de um colegiado do qual faz parte e, em alguns casos, preside. Outra, é o efeito paralisante causado pela omissão ou negativa de homologação, que vem acontecendo com frequência em relação às recentes resoluções, como visto. É ainda mais tautológica a situação quando o conselho exerce atribuição de aprovação: cabe ao CNS aprovar ou reprovar uma proposta do Ministério, mas essa decisão será submetida à homologação do titular da própria pasta.

Como é um requisito de exequibilidade, o ato de homologação exigido pela legislação termina por estabelecer um controle de mérito sobre a atuação do CNS, o que limita a regra constitucional da participação da comunidade e inviabiliza um controle autônomo. Sem a homologação, a decisão colegiada não produz efeitos, o que é extremamente grave nos casos em que a concordância, ou os parâmetros, são um requisito legal para a prática de atos posteriores. É o caso, por exemplo, da Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012, que condiciona vários atos administrativos à aprovação ou às diretrizes estabelecidas pelos conselhos (14). Sem estas resoluções (mesmo por falta de homologação), os atos posteriores não podem ser praticados.

Em suma, quando o CNS atua como órgão consultivo, sua manifestação tem a natureza jurídica de pressuposto objetivo de validade e requisito procedimental do ato administrativo posterior, cuja ausência gera vício formal convalidável. Quando exerce competência decisória ou normativa, o conselho pratica a primeira parte de ato administrativo composto, sujeito à homologação de autoridade legalmente estabelecida. A ausência de homologação nega exequibilidade à decisão consilar. Em alguns casos legalmente previstos, a falta da concordância, ou dos parâmetros estabelecidos pelo conselho, contaminam com vício insanável os atos posteriores praticados sem a observância destes.

3.2 FORMAS DE CONTROLE DE JURIDICIDADE

A homologação, por vezes, é justificada como uma necessária modalidade de controle da legalidade e constitucionalidade dos atos do conselho, no legítimo exercício da autotutela administrativa. Admitindo que os atos do CNS precisem passar por um crivo de juridicidade, vamos procurar verificar, por meio desta pesquisa, quais alternativas existem, em casos similares, para essa finalidade.

O Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS) também tem atribuições consultivas, normativas e decisórias e publica os próprios atos, sem necessidade de homologação ministerial. O seu regimento, de modo diferenciado, prevê a solicitação de presença da consultoria jurídica do ministério, em suas reuniões, quando solicitada. Além disso, atribui competência revisional normativa a alguns setores da Secretaria Executiva. À Coordenação de Normas da Assistência Social compete “elaborar e revisar propostas de resolução”, “prestar esclarecimentos e buscar a correta interpretação das resoluções” e “elaborar consulta à Consultoria Jurídica do MDS [...], visando à observância das normas legais e regulamentares”. Ao Serviço de Normas compete “acompanhar os atos normativos afetos à assistência social e ao CNAS, propondo alterações para adequação das normas internas à legislação atual”. (15)

As propostas de resolução submetidas ao Plenário do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) são submetidas a sucessivos controles prévios de legalidade. O primeiro deles é realizado pela Secretaria Executiva, que, segundo o regimento, pode solicitar “manifestação dos órgãos competentes do Ministério do Meio Ambiente sobre proposta de resolução e de recomendação, incluindo sua Consultoria Jurídica, entidades vinculadas e outras instituições”. Além disso, toda proposta de resolução deve ser submetida ao Comitê de Integração de Políticas Ambientais (CIPAM) do conselho, para decisão sobre sua admissibilidade e pertinência. Por fim, depois da análise da Câmara Técnica pertinente, a matéria deve ser encaminhada à Câmara Técnica de Assuntos Jurídicos. Esta instância analisa a constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa de propostas de resolução, assim como sua compatibilidade com os acordos internacionais dos quais o Brasil seja signatário. É presidida por representante indicado pelo Ministro e composta por bacharéis em direito com reconhecida competência em direito ambiental. Após decisão do Plenário, o Presidente do CONAMA (o Ministro de Estado do Meio Ambiente) pode adiar, em caráter excepcional e motivado, a publicação de qualquer ato aprovado, desde que constatadas, pela Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, inadequações técnicas, inconstitucionalidades ou ilegalidades. Nesse caso, a matéria deve ser, obrigatoriamente, devolvida ao Plenário e incluída na pauta da reunião subsequente. (16)

No regimento do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), que possui funções de assessoramento, não foram identificados mecanismos de homologação ou de controle de juridicidade dos seus atos. (17)

De acordo com o regimento, o controle de legalidade dos atos do Conselho Nacional de Educação (CNE) pode acontecer por atuação de agentes externos ou internos

ao conselho. Externamente, é exercido pelo Ministro de Estado da Educação, ou seus órgãos auxiliares, durante o momento de homologação das decisões provenientes daquele colegiado. De modo interno, a própria Secretaria Executiva do CNE conta com um setor especializado com a atribuição de revisão técnica dos atos do conselho:

Art. 44 – Ao Serviço de Apoio Técnico compete:

I – promover o apoio técnico necessário ao funcionamento do Conselho Pleno e das Câmaras;

[...]

III – proceder, preliminarmente, à revisão técnica dos pareceres aprovados pelo Conselho Pleno e pelas Câmaras. (18)

Quadro 1 – Síntese das formas de controle de juridicidade nos colegiados nacionais selecionados (Brasil, 2017).

Colegiado	Sigla	Regimento	Atribuições	Exige Homologação?	Forma de controle interno	Forma de controle externo
Conselho Nacional de Assistência Social	CNAS	<u>Resolução n. 6</u> , de 9 de fevereiro de 2011.	consultiva; normativa; decisória.	não	consultoria jurídica; equipe técnica.	não consta.
Conselho Nacional de Educação	CNE	<u>Parecer n. 99</u> , de 6 de julho de 1999.	consultiva; normativa; decisória.	sim	equipe técnica.	homologação ministerial.
Conselho Nacional de Saúde	CNS	<u>Resolução n. 407</u> , de 12 de dezembro de 2008.	consultiva; normativa; decisória.	sim	não consta.	homologação ministerial.
Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional	CONSEA	<u>Resolução n. 1</u> , de 25 de março de 2013.	consultiva;	não	não consta.	não consta.
Conselho Nacional do Meio Ambiente	CONAMA	<u>Portaria n. 452</u> , de 17 de novembro de 2011.	consultiva; normativa; decisória.	não	comitê de admissibilidade; câmara jurídica.	secretaria executiva; reexame a pedido do Ministro.

Fonte: elaboração do autor.

Os achados desta pesquisa, sintetizados no quadro anterior, apontam para uma multiplicidade de estratégias de exame da juridicidade de atos colegiados. A homologação não é a regra, e há conselhos com poder decisório e normativo comparáveis ao CNS, como é o caso do CNAS e CONAMA, que a dispensam completamente. Todos os casos pesquisados, com exceção do CNS e CONSEA, adotam estratégias híbridas de controle – compostas por mecanismos internos e externos ao colegiado. Em resumo,

há várias alternativas para exercício do controle de juridicidade além da exigência de homologação ministerial.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A diretriz da participação da comunidade na organização das ações e serviços públicos de saúde é uma regra prevista constitucionalmente de forma genérica. A legislação federal, ao disciplinar a matéria, previu as conferências e conselhos (e outras formas), como instâncias de exercício dessa participação, mas impôs algumas limitações ao seu exercício, como a necessidade de homologação. O regimento interno do CNS, por sua vez, não dotou o conselho de meios de superar a recusa, ou a omissão ministerial em homologar as resoluções. Ao contrário de alguns entendimentos de que o “Conselho pode fazer valer suas resoluções, a despeito de negativa de homologação do Ministro de Estado da Saúde”(19), este trabalho sugere que, como ato administrativo composto, as resoluções não possuem autoexecutoriedade, por expressa vedação legal.

Esse quadro normativo é bastante preocupante para quem acredita na concretização da diretriz da participação da comunidade. Na prática, torna a atuação do conselho inócua ou controlável. Pode ser inócua quando atua de forma consultiva, uma vez que sua manifestação é requisito procedimental que não é essencial ao ato resultante. Quando exerce competência decisória ou normativa, por sua vez, sua atuação pode ser controlável por meio da omissão ou negativa de homologação, requisito de exequibilidade do ato administrativo composto. Isso estabelece uma relação de subordinação entre o colegiado e o órgão ministerial e, além disso, inviabiliza o exercício autônomo do controle legalmente previsto.

A pesquisa regimental mostrou que a exigência de homologação não é essencial para o bom funcionamento de um conselho de grande porte. No CNS, ela pode ser substituída, sem prejuízo, pela estratégia do reexame por pedido ministerial, como no caso do CONAMA. É um procedimento mais célere, que não impede a validação da decisão colegiada, em caso de permanência do dissenso. Além disso, quando o próprio conselho publica suas decisões, como no caso do CNAS, a separação de atribuições entre o colegiado e o órgão ministerial fica mais nítida. Com essa diferenciação formal de papéis, desaparecem quaisquer constrangimentos para agentes do Ministério que atuem no CNS, mesmo na presidência.

Por fim, a criação de mecanismos internos de revisão da juridicidade é importante para assegurar a qualidade das decisões e tornar desnecessária qualquer forma de homologação. A previsão regimental de assessoramento por parte dos órgãos de consultoria jurídica, ou pela equipe de apoio técnico, como ocorre no CNAS, é uma boa forma de exame prévio do conteúdo dos atos. De modo mais intensivo, a criação de uma estrutura interna permanente formada por especialistas em Direito Sanitário, nos moldes do CONAMA, pode fortalecer ainda mais o processo decisório consilar. A medida

é bastante compatível com o regimento do CNS, que já admite a participação de especialistas e convidados em suas comissões.

Essas medidas são viáveis no contexto do CNS, e algumas delas podem ser adotadas com simples alterações regimentais. São várias alternativas, compatíveis e cumuláveis, que já foram testadas em órgãos semelhantes e podem ser aperfeiçoadas por meio da troca de experiências com eles. Em conjunto, elas trazem mais segurança e autonomia ao exercício da função de conselheiros e conselheiras, fatores ainda mais importantes, em um cenário de dissensos entre colegiado e órgão ministerial.

A única estratégia que não se recomenda é exatamente a atual. A necessidade de homologação limita o exercício do controle pelo conselho e, na prática, retira eficácia da diretriz constitucional de participação da comunidade. Diante das alternativas apresentadas, não há como defender esse mecanismo.

Pelo menos, não para quem acredita na democracia e no SUS.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: 5 out 1988; [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
2. Brasil. Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990. 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. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8142.htm.
3. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 407, de 12 de setembro de 2008. [internet]; [acesso em 21 dez 2017]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2008/res0407_12_09_2008.html.
4. Avelino DP, Alencar JL, Costa PC. Colegiados nacionais de políticas públicas em contexto de mudanças: equipes de apoio e estratégias de sobrevivência. Rio de Janeiro: IPEA; 2017. [internet]; [acesso em 21 dez 2017]. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2340.pdf.
5. Avelino DP, Ribeiro JD, Machado DF. Representação da sociedade civil nos conselhos e comissões nacionais: relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA; 2017. [internet]; [acesso em 21 dez 2017]. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/170531_relatorio_pesquisa_representacao_sociedade_civil_conselhos_comissoes_nacionais.pdf.
6. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Aprovada em 3 dez. 1969. DJ 10 dez 1969.

7. Brasil. Constituição (1988). Art 19-R, §1º, III e IV, da Lei n. 8.080/1990. Lei n. 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. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm.
8. Brasil. Decreto n. 5.839, de 11 de julho de 2006. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o processo eleitoral do Conselho Nacional de Saúde - CNS e dá outras providências. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5839.htm.
9. Brasil. Decreto n. 9.235, de 15 de dezembro de 2017. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e de pós-graduação no sistema federal de ensino. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9235.htm.
10. Mello CA. Curso de direito administrativo. 32 ed. São Paulo: Malheiros; 2015. p.412.
11. Zancaner W. Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos. 2 ed. 3 tir. São Paulo: Malheiros; 2001. p.71-75.
12. Brasil. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9784.htm.
13. Meirelles HL. Direito administrativo brasileiro. 34 ed. São Paulo: Malheiros; 2008. p.175.
14. Brasil. Lei Complementar n. 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. [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm.
15. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Conselho Nacional de Assistência Social. Resolução n. 6, de 9 de fevereiro de 2011. Diário Oficial da União. 25 fev 2011:78.
16. Ministério do Meio Ambiente. Portaria n. 452, de 17 de novembro de 2011. [internet]; [acesso em 21 dez 2017]. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=656>.

17. Brasil. Presidência da República. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Resolução n. 1, de 25 de março de 2013. Diário Oficial da União. 1 set 2014:8-10.

18. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Parecer CP 99/99. Aprovado em 6 Jul 1999. [internet]; [acesso em 21 dez 2017]. Disponível em <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/p99.pdf>.

19. Conselho Nacional de Saúde. Nota Técnica n. 001/2009 – CNS. A natureza deliberativa e a executoriedade das decisões do Conselho Nacional de Saúde. 2 set 2009; [internet]; [acesso em 23 fev 2018]. Disponível em <http://unasus.org.br/imagens/Nota%20Tecnica%20-%20CNS%20-%20Versao%20Final.pdf>.

A Importância da Judicialização da Saúde na Garantia do Direito à Saúde em *Medellín* – Colômbia

Diego Alexander Gómez-Ceballos¹
Isabel Maria Rodrigues Craveiro²
Luzia Augusta Pires Gonçalves³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/97HnR7>

RESUMO

O direito à saúde na Colômbia é, frequentemente, posto em causa por seguradoras e prestadores de cuidados de saúde. Perante esta situação, os usuários recorrem, cada vez mais, aos tribunais para exigir o acesso aos cuidados de saúde. Durante 2016, foi realizada em *Medellín* uma investigação quantitativa com uma amostra probabilística de 1031 processos e foi aplicado um questionário estruturado aos litigantes. Para uma sub-amostra (n=490), procuraram-se informações adicionais através das fontes oficiais do sistema judicial, tendo-se obtido apenas 179 processos. Os cuidados de saúde mais solicitados na ação de tutela foram os medicamentos (31,3%), as consultas de especialidade (21,9%), as cirurgias (19,3%) e os produtos médicos e equipamentos (15,9%). Dos 1031 processos, 95,9% das sentenças judiciais foram a favor dos beneficiários da ação de tutela e, destas, 70,6% foram dadas no tempo regulamentado. O acesso aos cuidados de saúde, após a sentença favorável, ocorreu em 76,2% dos casos, em 14,0%, foi parcial e, em 9,8%, não ocorreu. Só em 17,9% dos casos, o acesso ocorreu no tempo previsto na lei. O sucesso da judicialização da saúde nos tribunais não é garantia de acesso aos cuidados de saúde, pois existe um descumprimento das sentenças judiciais por parte das seguradoras. Portanto, é fundamental a articulação dos Ministérios de Justiça, Saúde e Proteção Social, para implementar estratégias para que as sentenças judiciais sejam efetivamente cumpridas.

Palavras-chave: Judicialização da Saúde. Acesso aos Cuidados de Saúde. Colômbia.

¹ Professor na Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia. PhD. Doutorado em Saúde Internacional: Especialidade em Políticas de Saúde e Desenvolvimento pelo Instituto de Higiene e Medicina Tropical (IHMT) da Universidade Nova de Lisboa. Pós-graduado em Segurança e Saúde no Trabalho e Saúde Pública Internacional. Licenciado em Administração em Saúde. E-mail para contato: adiegomez@gmail.com

² Investigador de Pós-Doutoramento (SFRH / BPD / 80201/2011). Global Health and Tropical Medicine (GHTM), Unidade de Saúde Pública Internacional e Bioestatística, Instituto de Higiene e Medicina Tropical (IHMT), Universidade Nova de Lisboa. PhD. Doutorado em Saúde Internacional: Especialidade em Políticas de Saúde e Desenvolvimento, Instituto de Higiene e Medicina Tropical (IHMT) da Universidade Nova de Lisboa. Mestre em Sociologia do Desenvolvimento e Transformação Social, na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Licenciada em Sociologia. E-mail para contato: isabelc@ihmt.unl.pt

³ Professora Auxiliar na Unidade de Saúde Pública Internacional e Bioestatística, Instituto de Higiene e Medicina Tropical (IHMT) e Global Health and Tropical Medicine (GHTM), Universidade Nova de Lisboa. Centro de Estatística e Aplicações, Universidade de Lisboa. PhD. Doutorado em Estatística e Investigação Operacional, especialidade de Estatística Experimental e Análise de Dados, na Universidade de Lisboa. Licenciada e Mestre em Probabilidades e Estatística. E-mail para contato: luziag@ihmt.unl.pt

1. INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde surgiu como a possibilidade de exigir judicialmente o direito à saúde perante os tribunais nacionais e internacionais (1). Para tal, a Constituição da Colômbia consagrou, no artigo 86, a *ação de tutela* (também denominada *recurso de amparo* na maioria dos países da América Latina) (2) como um mecanismo para a proteção imediata dos direitos constitucionais fundamentais quando se verifica: (3)

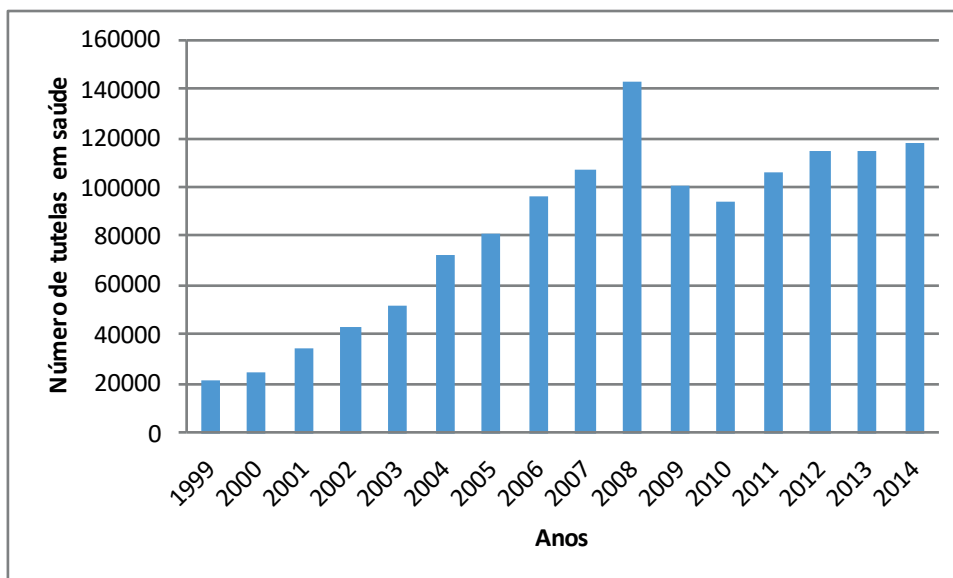
- a) a não proteção do direito à saúde;
- b) o não respeito pelo direito à vida ou a omissão de outro tipo de direitos considerados de conteúdo essencial pela ação;
- c) a ausência de proteção destes direitos por qualquer autoridade pública ou privada.

A sentença da *ação de tutela* deve ser emitida no máximo em dez dias úteis e deve ser cumprida dentro das quarenta e oito horas seguintes. Caso contrário, o usuário pode recorrer ao incidente de desacato, considerado o último recurso para fazer cumprir a sentença judicial. O descumprimento do *incidente de desacato* leva a sanções definidas no Decreto n.2591 de 1991, tais como prisão de até seis meses e uma multa de 20 salários mínimos mensais (aproximadamente 17.608 reais ou 4.343 euros) para o representante legal da seguradora e/ou instituição prestadora de cuidados de saúde, a quem se atribui a responsabilidade pelo não cumprimento da sentença judicial. (3)

A ação de tutela pode ser exercida em qualquer momento e lugar, por qualquer pessoa que se encontre vulnerável ou ameaçada num dos seus direitos fundamentais, podendo ser praticada pela própria, ou através de um representante (3). Geralmente, os cidadãos recorrem a instituições públicas ou privadas em busca de assessoria para interpor a ação de tutela, tais como: a *Defensoría del Pueblo*, a *Personería de Medellín*, Procuradorias, gabinetes de prática jurídica das universidades e Organizações Não Governamentais. (4)

De acordo com Uprimy (5), a evolução quantitativa da ação de tutela na Colômbia pode ser vista como um processo de três etapas: a primeira, em que o litígio não era massivo e apresentaram-se os casos pioneiros; a segunda refere-se a um aumento vertiginoso do número de litigantes e, a terceira, como uma etapa de racionalização, cujo propósito foi adotar medidas para conter o número de *ações de tutela*. No entanto, na Colômbia, esta última etapa parece não ser comprovada pela realidade, pois, como mostra a figura 1, o fenômeno aumentou continuamente até 2008 e, só nos anos de 2009 e 2010, verificou-se uma diminuição. Mas, a partir do ano 2011, o crescimento continuou até 2014 (dados mais recentes publicados). (6)

Figura 1: Evolução do número de tutelas em saúde interpostas na Colômbia, 1999-2014



Fonte: Adaptado de *Defensoría del Pueblo* (2014).

Os relatórios nacionais da *Defensoría del Pueblo* indicam que o número total de ações de tutela em saúde, entre 1999 e 2014, foi de 1.323.292, registrando-se uma percentagem de decisão de 80,6% a favor dos usuários em primeira instância. (6)

2. O SISTEMA DE SAÚDE COLOMBIANO

A Lei n. 100, de 1993, criou o Sistema de Saúde da Colômbia (Sistema Geral de Segurança Social em Saúde – SGSSS), ainda em vigor. Desde então, registaram-se duas reformas parciais, através da Lei n. 1122, de 2007, e a Lei n. 1438, de 2011.

Existem dois regimes: 1) o contributivo, no qual se afiliam obrigatoriamente os trabalhadores por conta de outrem e os trabalhadores independentes, com rendimentos iguais ou superiores a um salário mínimo (aproximadamente 880 reais ou 218 euros), isto é, os que têm capacidade de pagamento; 2) o subsidiado, no qual se afilia a população mais pobre e vulnerável sem capacidade de pagamento, que é identificada pelo município através do sistema de classificação e identificação de potenciais beneficiários para programas sociais (SISBEN), classificados nos níveis mais baixos (1 e 2), e ainda inclui a população especial, como por exemplo, idosos em centros de proteção do Estado, crianças abandonadas e a cargo do Instituto Colombiano de Bem-estar Familiar (ICBF), indigentes, grupos minoritários, como indígenas e negros, entre outros. (7)

A população que não está filiada em nenhum dos dois regimes, por falta de recursos, denomina-se população pobre não assegurada, cujos responsáveis por garantir a prestação dos seus cuidados de saúde são os municípios e as regiões através dos centros de saúde e hospitais públicos. Além dos beneficiários anteriores, existem vários

grupos que pertencem ao regime especial de segurança social (4,9% da população do país), como é o caso do Magistério (professores afetos ao Ministério de Educação), das Forças Militares, da Polícia Nacional, funcionários das universidades públicas e da Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol). (8)

De acordo com o Questionário Nacional de Qualidade de Vida do ano 2016 desenvolvido pelo DANE (Departamento Administrativo Nacional de Estatística), 98,0% da população está afiliada ao sistema de saúde nos regimes contributivo e subsidiado, e 2,0% pertencem à população pobre não assegurada. (9)

Desde a implementação do plano obrigatório de saúde, em 1994, verifica-se que os dois regimes foram criados com planos diferenciais que acentuam as iniquidades: os filiados no regime contributivo tinham um plano de benefícios contemplado na Resolução n. 5261, de 1994, e os filiados no regime subsidiado tinham um plano de benefícios menor em comparação com o contributivo, estipulado no Acordo n. 306, de 2005, no qual estavam estabelecidos os serviços de saúde a que cada filiado tinha direito. No entanto, esta situação foi alterada a 1 de julho de 2012, uma vez que o governo unificou os planos de benefícios de ambos os regimes. Deste modo, os usuários filiados no regime subsidiado têm direito aos mesmos serviços do regime contributivo estabelecidos no plano obrigatório de saúde vigente, regulamentado pela Resolução n. 5269, de 2017. Esta unificação deveu-se a uma ordem dada pela Corte Constitucional, através da sentença T760, de 2008, com o propósito de proteger-se o direito à saúde, ratificado pela Lei n. 1438, de 2011, promovendo uma reforma parcial do sistema de saúde.

As seguradoras de ambos os regimes estão obrigadas a fornecer os serviços de diagnóstico e tratamento e também ações de promoção da saúde e prevenção de doenças ao nível do indivíduo, definidas no plano de benefícios como o conjunto básico de serviços de saúde a que todos os filiados no regime contributivo, ou no subsidiado, têm direito, e que as seguradoras estão obrigadas a garantir. No entanto, na prática, muitos pacientes enfrentam barreiras administrativas, geográficas e econômicas no acesso aos cuidados de saúde, como a falta de oportunidade e de continuidade nos cuidados, interrupção do tratamento, iniquidades no acesso a serviços de saúde específicos, nomeadamente no acesso a medicamentos, a falta de qualidade, inexistência ou falta de disponibilidade dos serviços, tecnologias e pessoal de saúde competente, cuidados de saúde não cobertos pelos planos de saúde, entre outros. Perante estas situações, os pacientes recorrem, cada vez mais, à ação de tutela como meio de proteção imediata do direito à saúde. (4;10).

3. MÉTODOS

A recolha dos dados decorreu entre setembro de 2015 e setembro de 2016, através de um estudo transversal, observacional e analítico com duas fontes de informação:

1. Amostragem probabilística de 1031 processos, do total de 25.890 ações de tutela interpostas através da *Personería de Medellín* entre 2011 e 2014. Foi desenhado um questionário em espanhol, aplicado pelo telefone aos litigantes, com consentimento informado oral. Foram registradas informações relacionadas com: as características sociodemográficas, de segurança social, econômicas e laborais e do estado de saúde do beneficiário da ação de tutela; bem como toda a informação sobre a ação de tutela, serviços de saúde solicitados e do incidente de desacato, quando aplicável.
2. Foi selecionada uma subamostra aleatória (n= 490) dos 1031 processos, e, para 179 processos, obtiveram-se informações adicionais encontradas no site do judiciário, que é de livre acesso ao público (<http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>). Os restantes processos não estavam disponíveis. A informação retirada do site foi relativa ao tipo de tribunal que emitiu a sentença da ação de tutela e à data de interposição e de emissão da sentença, o que permitiu calcular o tempo que demora a sentença, comparando-o com o reportado pelos inquiridos.

A base de dados, com o total de processos, para o desenvolvimento da presente investigação, foi fornecida pela *Personería de Medellín*, pelo que é importante referir algumas informações acerca desta instituição.

As *Personerías* na Colômbia foram criadas como entidades encarregadas de exercer o controle administrativo no município, contando com autonomia orçamentária e administrativa. As *Personerías* exercem as funções do Ministério Público, que lhes confere a Constituição e a Lei, assim como as designadas pela Procuradoria-Geral da Nação. Ao *Personero municipal*, compete cumprir as suas funções de Ministério Público, a defesa e a promoção dos direitos humanos, a proteção do interesse público e a vigilância dos funcionários públicos. (11)

As funções da *Personería de Medellín*, relacionadas com os direitos humanos, incluem a realização de investigações para identificar e analisar problemáticas relacionadas com a vulnerabilidade dos direitos humanos, gerando resultados que contribuam para a formulação, ajuste, avaliação de políticas públicas e o fortalecimento dos processos internos da Entidade. (11)

A *Personería de Medellín* também desenvolve ações para garantir a defesa, proteção e promoção dos direitos humanos na cidade de Medellín e assessoria aos cidadãos para interpor a ação de tutela, o que inclui a redação da ação de tutela e as indicações para encaminhamento no sistema judiciário.

No presente trabalho, são apresentados alguns resultados da tese intitulada: Judicialização do direito à saúde: análise da influência da ação de tutela no acesso aos cuidados de saúde em *Medellín-Colômbia* 2011-2014. (4)

4. RESULTADOS – CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOGRÁFICAS DOS DESTINATÁRIOS DAS AÇÕES DE TUTELA

A amostra deste estudo foi composta por 1031 indivíduos que usaram a ação de tutela em saúde entre 2011 e 2014, através da *Personería de Medellín*.

No que diz respeito ao gênero dos 1031 utentes destinatários da ação de tutela, são os pacientes do gênero feminino os que revelam uma maior adesão à ação de tutela, representando 58,0% da amostra, contra 42,0% de indivíduos do sexo masculino. A média de idades dos indivíduos a quem se destinou a ação de tutela foi de 48,7 anos (DP= 23,79 anos), mediana 52 anos. Em relação ao estado civil, o mais frequente foi o solteiro (42,9%), seguido pelo casado/*união de facto* (40,1%) e, os menos frequentes, viúvo (10,6%) e divorciado (6,5%). (12)

A escolaridade é relativamente baixa, pois 16,0% são analfabetos e 42,3% têm ensino primário. Apenas 27,9% dos inquiridos referiram ter o ensino secundário, destacando-se, ainda, uma reduzida percentagem de utentes com estudos técnicos ou tecnológicos (7,4%) e licenciatura (5,5%). (12)

O nível socioeconômico na Colômbia tem seis níveis: I: baixo-baixo; II: baixo; III: médio-baixo; IV: médio; V: médio – alto e VI: alto. Na presente investigação, o mais frequente foi o II (43,2%), seguido pelo III (25,0%) e pelo I (19,2%), conferindo à amostra características socioeconômicas baixas. Os níveis mais elevados foram menos frequentes. Apenas 4,4% situaram-se no nível IV, 2,1% no nível V, e 0,6% no nível VI. (12)

Mais de metade dos beneficiários da ação de tutela pertence ao regime contributivo de seguridade social (53,4%), seguindo-se o regime subsidiado (40,6%). Apenas 2,5% pertenciam ao regime especial e cerca de 3,3% não tinham qualquer regime (população pobre não segurada). (12)

Relativamente aos planos de saúde pré-pagos, ou plano de saúde especial, apenas identificaram-se 3% dos destinatários da ação de tutela com esta condição. A maior parte referiu que não tinha plano de saúde pré-pago ou especial (53,0%). Para os restantes 44,0%, os planos de saúde pré-pagos não se aplicam, porque correspondem aos pacientes do regime subsidiado e pobres não segurados. (12)

5. TIPOS DE CUIDADOS DE SAÚDE SOLICITADOS NA AÇÃO DE TUTELA

Na tabela 1, apresentam-se os cuidados de saúde e outras solicitações na ação de tutela, constatando-se que os mais solicitados foram os medicamentos (31,3%), seguidos da consulta com especialista (21,9%), cirurgia (19,3%), produtos médicos e equipamentos (e.g. fraldas, cadeiras de rodas) (15,9%). Apenas 13,6% dos indivíduos solicitaram cuidados de saúde integrais, ou seja, que o juiz aprove todos os cuidados de saúde que o médico julga necessários para recuperar o estado de saúde do paciente. Em relação a outras solicitações, a exoneração de copagamentos é a principal (13,2%), seguida do pagamento de incapacidades (3,2%).

Tabela 1: Cuidados de saúde e outras solicitações na ação de tutela, 2011-2014.

Cuidados de saúde	n (%)
Medicamentos	323 (31,3)
Consultas de especialista	226 (21,9)
Cirurgia	201(19,4)
Produtos médicos e equipamentos	164 (15,9)
Cuidados de saúde integrais	140 (13,6)
Imagiologia	89 (8,6)
Tratamento	43 (4,2)
Procedimentos	43 (4,2)
Exames clínicos	30 (2,9)
Tratamento hospitalar de alta complexidade	16 (1,6)
Avaliação neuropsicológica	9 (0,9)
Consulta médica geral	8 (0,8)
Cuidados de saúde domiciliários	3 (0,3)
Outras solicitações	
Exoneração de copagamentos	136 (13,2)
Pagamento de incapacidades por doença geral	33 (3,2)
Filiação seguradora	24 (2,3)
Seguradora assumir o pagamento de uma despesa de saúde	11 (1,1)
Pagamento de licença de maternidade	10 (1,0)
Viáticos: transporte, alojamento e alimentação	4 (0,4)
Mudança de seguradora	3 (0,3)
Pagamento de licença de paternidade	1 (0,1)

Fonte: elaboração dos autores.

6. SENTENÇAS DAS AÇÕES DE TUTELA

Das sentenças das ações de tutela analisadas, 95,9% foram decididas a favor do usuário. Das 21 decisões contra, apenas 2 (9,5%) foram impugnadas. (12)

As sentenças judiciais das ações de tutela, segundo os tempos relatados pelos inquiridos, demoraram em média 10,9 dias (DP=8,0), mediana 10 dias, com mínimo de 0,04 dias e máximo de 90 dias. Segundo os inquiridos, em 70,6% dos casos, a sentença foi dada no tempo regulamentado (12). A percepção do tempo de demora da sentença, segundo os inquiridos, foi curta (32,0%), normal (34,5%), longa (26,8%) e 6,7% referiram não saber.

Relativamente ao tempo oficial registado no site do judiciário, e calculado com a data de registo da ação de tutela e a data da sentença (n=179), em 76,0% dos casos a decisão do juiz foi dada no tempo regulamentado e demorou em média 15,2 dias (DP=15,2), mediana 13 dias, com mínimo de 0,05 dias e máximo de 158 dias. Encontra-

ram-se diferenças significativas em ambas as médias (T-teste para dados emparelhados; $p < 0,001$), sendo maior nos tempos oficiais (cálculos feitos com 14 dias para abranger dois fins de semana, porque os inquiridos responderam em dias de calendário). (12)

7. ACESSO AOS CUIDADOS DE SAÚDE APÓS A SENTENÇA FAVORÁVEL

O acesso aos cuidados de saúde, após uma decisão da *ação de tutela* a favor do usuário, ocorreu em 76,2% dos casos. O acesso foi parcial em 14,0% e não ocorreu em 9,8% dos casos. Segundo os inquiridos, o número mediano de dias que foram necessários até o utente ter acesso aos cuidados de saúde solicitados foi de 10 dias ($Q1=3$ e $Q3=20$). O tempo mínimo de espera foi de 0,13 dias (três horas aproximadamente), mas o máximo foi muito elevado (730 dias). Só em 17,9% dos casos estudados, o acesso aos cuidados de saúde ocorreu no tempo previsto na lei (menos de 2 dias). A percepção do tempo até aceder aos cuidados de saúde foi curta (29,2%), normal (25,8%), longa (35,0%), e 10,0% disseram não saber. (12)

8. DISCUSSÃO E CONCLUSÕES

A discussão de resultados é realizada de acordo com a proposta de Gloppen (13), cuja finalidade é avaliar o sucesso da judicialização da saúde através de três etapas: o sucesso no tribunal, o sucesso no sentido material e o sucesso no sentido social.

A primeira etapa refere-se ao sucesso no tribunal, que é avaliado pelo número de decisões favoráveis e em tempo útil (13). Na presente investigação, uma elevada percentagem das sentenças foi a favor dos usuários (95,9%), mas, de acordo com a informação relatada pelos inquiridos, 70,6% foram dadas no tempo regulamentado. Por outro lado, na subamostra dos casos pesquisados no site do judiciário, foi de 76,0%. Os estudos que exploram esta variável na Colômbia são raros. De acordo com investigações realizadas em *Manizales* e em *Medellín*, as percentagens de cumprimento foram de 74,0% e 77,3%, respetivamente. (14;15)

Em países da América Latina, como o caso do Brasil, as ações judiciais também são favoráveis numa percentagem superior a 90,0% (16–18). Dois estudos, um, na Argentina, refere 75,0% (19) e outro, na Costa Rica, relata 60,0% (20). Na Colômbia e no Brasil, parece existir uma tendência de garantir o direito à saúde por parte dos juízes, evidenciada pelas elevadas percentagens de sentenças a favor dos usuários. No entanto, para avaliar rigorosamente esta etapa, existe a necessidade de realizar investigações que permitam clarificar os tempos que demoram as sentenças judiciais.

Relativamente ao tipo de solicitações na *ação de tutela*, os cuidados de saúde mais solicitados foram os medicamentos (31,3%), a consulta de especialista (21,9%), a cirurgia (19,4%), os produtos médicos e equipamentos (fraldas e cadeiras de rodas) (15,9%). Estes resultados estão de acordo com uma investigação realizada na cidade

de *Manizales*, em que a principal solicitação foi relativa a problemas na entrega de medicamentos (35,6%) (15). No Brasil, a judicialização da saúde está mais focada no acesso a medicamentos. (18;21-22)

A segunda etapa diz respeito ao sucesso, no sentido material, que exige que se tenha em consideração o cumprimento das ordens do tribunal, bem como a sua implementação (13). Na presente investigação, segundo a informação relatada pelos inquiridos, 76,2% das sentenças judiciais foram cumpridas, porque o paciente conseguiu aceder aos cuidados de saúde solicitados. O cumprimento das sentenças foi parcial em 14,0% dos casos e houve descumprimento total em 9,8% das decisões judiciais.

Adicionalmente, só em 17,9% dos casos que tiveram cumprimento total e parcial da sentença, o acesso aos cuidados de saúde ocorreu no tempo previsto pela lei (menos de 2 dias após receber a decisão favorável). Na revisão bibliográfica, não foram encontrados estudos na Colômbia, nem em outros países da América Latina, que permitam avaliar e comparar o sucesso no sentido material.

Para que o sucesso no sentido material seja atingido na Colômbia, é fundamental a articulação do Ministério de Justiça com o Ministério da Saúde e Proteção Social para implementar estratégias que visem ao cumprimento das sentenças judiciais pelas seguradoras e prestadores de cuidados de saúde. Adicionalmente, é importante desenhar e implementar um sistema de informação *online* que permita aos próprios e/ou familiares/amigos registar o cumprimento/incumprimento das sentenças das ações de tutela, que permita às autoridades de vigilância e controle tomar medidas que corrijam as situações onde há incumprimento.

Por fim, a terceira etapa, o sucesso no sentido social, indica se a decisão do tribunal influencia a mudança de políticas e se ocorre a implementação coletiva desta decisão de modo que o sistema de saúde torne-se mais equitativo e beneficie os membros mais vulneráveis da sociedade ou se, em vez disso, ocorre uma distorção dos gastos com a saúde a favor de grupos de pacientes já privilegiados (13). Apontando neste sentido, na Colômbia, a Corte Constitucional emitiu uma sentença estrutural (T 760 de 2008), na qual ficou estabelecido que o direito à saúde é um direito fundamental e foram publicadas um conjunto de ordens específicas com o propósito de garantir o direito à saúde. No ano de 2015, por linha legislativa, o Congresso da República aprovou a Lei estatutária n.1751, que regula o direito fundamental à saúde. No entanto, parece que esta legislação ainda é insuficiente, pois o número de *ações de tutela* tem aumentado de ano para ano. (6)

No caso do Brasil, algumas investigações encontraram que os habitantes das regiões mais ricas e os membros da classe média são os beneficiários mais frequentes das ações judiciais para aceder a medicamentos (23–25) e mais de metade (60,6%) das prescrições provêm dos serviços de saúde privados, o que indica que são pessoas que possuem um plano de saúde, ou que podem pagar por serviços particulares. Segundo a mesma investigação, estas pessoas, geralmente, recorrem aos cuidados de saúde no setor privado e, só quando precisam de um medicamento de alto custo (não coberto

pelo seguro de saúde e que não conseguem pagar sem afetar as suas finanças), utilizam o Sistema Único de Saúde, para que forneça a medicação (26). Estas investigações podem indicar que a judicialização da saúde no Brasil favorece grupos de pacientes privilegiados, situação que parece diferir da presente investigação, pois 87,4% dos beneficiários da ação de tutela pertencem aos três níveis socioeconômicos mais baixos, e só 3% dos pacientes do regime contributivo têm planos de saúde pré-pagos ou especiais.

Para atingir o sucesso da judicialização da saúde no sentido social, é necessário o desenho e implementação de políticas de saúde efetivas que protejam e garantam o direito à saúde da população.

Finalmente, é importante referir que as investigações que abordam esta temática ainda são limitadas. A presente investigação permitiu preencher lacunas existentes relativamente ao sucesso da judicialização da saúde nos tribunais e no sentido material, às características sociodemográficas, econômicas e laborais e do estado de saúde do beneficiário da ação de tutela, como também às causas e motivações para interpor o recurso judicial, entre outras. No entanto, mais estudos empíricos são necessários na Colômbia, no Brasil e na América Latina em geral, que abordem as três etapas do sucesso da judicialização do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

1. Lunes R, et al. Universal health coverage and litigation in Latin America. [internet]; 2012; [acesso em 18 jan 2018]. Disponível em http://siteresources.worldbank.org/INTLAC/Resources/257803-1269390034020/EnBreve_178_English_Web.pdf.
2. Orrego G. The amparo context in Latin American jurisdiction: an approach to an empowering action. [internet]; 2013; [acesso em 03 fev 2018]. Disponível em <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Amparo.html>.
3. Presidencia de la República de Colombia. Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. [internet]; 1991; [acesso em 18 jan 2018]. Disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/DECRETO%202591.php>.
4. Gómez-Ceballos D. Judicialização do direito à saúde: análise da influência da ação de tutela no acesso aos cuidados de saúde em Medellín-Colômbia 2011-2014. Universidade Nova de Lisboa; 2018.
5. Uprimny R, Durán J. Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia. [internet]; 2014; [acesso em 08 fev 2018]. Disponível em <https://www.cepal.org/publicaciones/xml/3/53503/EquidadyproteccionjudicialCOLOMBIA.pdf>.
6. Defensoria del Pueblo. La tutelas y los derechos a la salud y a la seguridad social. [internet]; 2014; [acesso em 08 fev 2018]. Disponível em <http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/LatutelaylosderechosalaSalud.pdf>.

7. Ministerio de Salud de Colombia. Ley 100 de 1993, por el cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones. [internet]; 1993; [acesso em 08 fev 2018]. Disponível em http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0100_1993.html.
8. Guerrero R, *et al.* Sistema de salud en Colombia. *Salud Publica Mex.* 2011;53(122):144–55.
9. Dane. Escuesta nacional de calidad de vida 2016. [internet]; 2017; [acesso em 08 jan 2018]. Disponível em <http://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/salud/calidad-de-vida-ecv/encuesta-nacional-de-calidad-de-vida-ecv-2016>.
10. Reveiz L, *et al.* Right-to-health litigation in three Latin American countries: a systematic literature review. *Rev Panam Salud Pública.* 2013;33(3):213–22.
11. Personería de Medellín. Plan estratégico de la personería de Medellín. [internet]; 2016; [acesso em 12 jan 2018]. Disponível em <http://www.personeriamedellin.gov.co/index.php/informacion-al-ciudadano/sobre-la-personeria/objetivos-y-plan-estrategico/plan-estrategico-2016>.
12. Gómez-Ceballos D, Craveiro I, Gonçalves L. Judicialization of the right to health: (un) compliance of the judicial decisions in Medellín - Colombia. (submetido a publicação).
13. Gloppen S. Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health Hum Rights.* 2009;10(2):21–36.
14. Guerra D, *et al.* Experiencias y lecciones de un observatorio de salud en Colombia. 1ra ed. Editores LC, editor. Medellín; 2011.
15. Vélez-Arango A. Acción de tutela, acceso y protección del derecho a la salud en Manizales, Colombia. *Rev salud Pública.* 2007;(2):297–307.
16. Biehl J, Socal M, Amon J. The judicialization of health and the quest for state accountability: evidence from 1,262 lawsuits for access to medicines in southern Brazil. *Health Hum Rights.* 2016;18(1):209–20.
17. Biehl J, Petryna A. Tratamentos jurídicos: os mercados terapêuticos e a judicialização do direito à saúde. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos.* 2016;23(1):173–92.
18. Borges D, Ugá M. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos :as decisões de 1a instância nas ações individuais contra o estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cad Saúde Pública.* 2010;26(1):59–69.
19. Gotlieb V *et al.* Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. *Cad Saude Publica.* 2016;32(1):1–12.
20. Dittrich R. Healthcare priority setting in the courts: A reflection on decision-making when healthcare priority setting is brought to court. [internet]; 2017; [acesso em 12 jan 2018]. Disponível em <https://f1000research.com/documents/6-242>.

21. Vieira F. Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS. *Rev Saúde Pública*. 2008;42(2):365–9.
22. Leitão L, et al. Judicialização da saúde na garantia do acesso ao medicamento. *Rev. salud pública*. 2014;16 (3): 360-370.
23. Asensi F, et al. Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências. [internet]; 2015; [acesso em 12 jan 2018]. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>.
24. Araújo L, et al. Judicialization health: a review of the literature. *Rev Enferm da UFPI*. 2013;2(2):49–54.
25. Silva A. Reaching out to the needy? access to justice and public attorneys' role in right to health litigation in the city of São Paulo. *Int J Hum rights*. 2014;10(18):4–33.
26. Terrazas FV. O poder judiciário como voz institucional dos pobres: o caso das demandas judiciais de medicamentos. *Rev do Direito Adm*. 2010;253(1):37.

A Atenção Primária à Saúde: um Enredo Para o SUS

João Pedro Gebran Neto*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/xHSFav>

RESUMO

Misturando a irreverência nacional e o Sistema Único de Saúde, buscou-se cotejar antigas mazelas com iniciativas de sucesso dentro do SUS. Apesar de avanços conquistados nos 30 anos de existência, há, ainda, graves falhas na prestação de serviços de saúde, principalmente naquilo que é fundamental: a atenção primária da saúde. Sem se descuidar das conquistas, ressalta-se que uma adequada política pública deve orientar-se para os objetivos constitucionais de diminuição das desigualdades sociais e melhor integração das pessoas mais necessitadas. Por fim, algumas sugestões e iniciativas de positivas são apresentadas, com o próprio de uma prestação de serviços na atenção primária mais efetiva e qualificada.

Palavras-chave: Atenção Primária. SUS.

* Desembargador Federal do TRF 4.^a Região. Membro do Fórum Nacional da Saúde do CNJ. Professor convidado do Centro Universitário UNICURITIBA. Mestre em Direito pela UFPR. Doutor honoris causa em Direito à Saúde, pela Faculdade EMESCAM. E-mail para contato: jpgebran@gmail.com

Pouca saúde e pouca grana pra gastar:
- oh, seu ministro, onde a coisa vai parar?
Oh, que tristeza, a realidade brasileira!
A malária, que era só do norte,
No sudeste chegou forte, correu a nação inteira
O arlequim ficou biruta e ri a toa
Da colombina, tão bonita e tão sacana,
Dona de um banco de sangue tão bacana,
Que deixou o *pierrot* descascando uma banana
Fila pra cá, briga pra lá,[...](1)

1. SAÚDE TAMBÉM DÁ SAMBA!

Aliada à descomunal capacidade do povo brasileiro em brincar o carnaval, há também a aptidão em cantar, em sambas, verdades sobre os males que afligem a sociedade. Isto se repete anualmente, com diferentes temas e abordagens.

Em 1986, conforme trecho do samba acima transcrito, ocorreu a junção de samba e saúde. Equivale dizer, antes da promulgação da quase trintenária Carta Constitucional brasileira, o tema já era objeto de preocupações e bem-humoradas críticas sociais. As preocupações populares já destacavam mazelas como o subfinanciamento da saúde, a malária e as filas.

De lá para cá, surgiram grandes transformações, com destaque à criação do Sistema Único de Saúde (SUS), a partir de 1988, trazendo conquistas como: organização da União, Estados, Municípios e Distrito Federal numa rede regionalizada e hierarquizada para prestar os serviços de saúde. A universalidade do atendimento e o atendimento integral passaram a reger as políticas públicas a serem implantadas, na esteira dos artigos 196 e 198 da Carta Política.

Ao lado das transformações – diga-se que extremamente positivas – verifica-se que alguns dos problemas indicados no enredo de carnaval ainda persistem, como a falta de recursos, a própria malária ou mesmo as filas para atendimento da população.

Ainda vivenciamos epidemias de doenças transmitidas por insetos, como *Anopheles* ou o *Aedis Aegypti*, que tiram o sossego da população brasileira. As causas são conhecidas, passando pela ausência de educação quanto aos cuidados mínimos que a população deve adotar, até a falta de saneamento básico na imensa maioria das cidades brasileiras. Segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), avançamos, na última década, de 80,9% para 83,3% da população atendida por rede de água tratada, ao passo que, em relação ao saneamento básico, o progresso foi de míseros 42% para 50,3%. Equivale dizer, pouco mais da metade da população brasileira goza de atendimento por esgotos. E o atendimento por esgoto não implica necessariamente esgoto tratado, porque este atinge um percentual de meros 42,7%. (2)

Não se podem olvidar os esforços empregados e as demais dificuldades a serem enfrentadas para que o país possa alcançar um grau razoável de desenvolvimento. Todavia, os progressos são tímidos em todas as áreas, seja a educação, saúde, ou dentre tantos direitos fundamentais negligenciados, sem falar na tragédia que se tornou a segurança pública.

O samba ainda indica que há “pouca grana, pouca saúde”, denotando que a falta de aplicação de recursos na saúde pública era, e ainda é, bastante tímida. Comparado com outros países, gasta-se (investe-se), no Brasil, muito pouco em saúde (cerca de 8,3% do PIB), mas mais da metade deste valor, decorrente de investimentos privados dos cidadãos (3). E é possível afirmar que os grandes responsáveis pelos baixos investimentos não são os estados ou municípios, vez que são obrigados a aplicar determinados percentuais de seus orçamentos em saúde pública, obrigação esta não imposta à União. Os Estados são obrigados a aplicar o percentual mínimo de 12% de suas receitas em saúde, ao passo que os municípios devem aplicar 15% – artigos 6º e 7º, da Lei Complementar n. 141/2012, respectivamente – Para a União, a legislação estabelece um critério relativo ao valor empenhado no exercício anterior, variável segundo o PIB do ano anterior ao da lei orçamentária anual – conforme art. 5º, da LC 141/2012.

E, diante do descontrole das finanças brasileiras, as perspectivas são para investimentos menores nos próximos anos, se considerados os valores atualizados do orçamento de cada ano (4-6), seja porque a União vem reduzindo os valores investidos, seja porque as receitas dos entes da federação vêm diminuindo nos últimos anos.

No tocante às filas, o cenário é ainda mais desalentador. O tempo de espera para consultas, exames ou tratamentos eletivos no sistema público de saúde é, talvez, um dos maiores problemas do SUS. Pesquisa em quaisquer periódicos ou sítios eletrônicos permite constatar que há milhares de pacientes, em todos os estados e municípios, aguardando longamente por agendamento de consultas para determinadas especialidades, exames ou procedimentos simples. Apenas para ilustrar, segundo o Conselho Federal de Medicina (CFM), quase um milhão de brasileiros precisam fazer cirurgia e procedimentos, mas não o conseguem, sendo a maioria delas catarata, hérnia, varizes ou retirada de vesícula. (7)

Saúde dá samba, mas não traz alegria. Aliás, o quadro é triste.

2. NEM SÓ DE TRISTEZA VIVE ESSE ENREDO

É indispensável reconhecer que avanços foram conquistados com a criação do SUS pela Constituição Federal de 1988, que contrasta fortemente com o serviço de saúde prestado antes de sua instituição:

Quando se trata de pensar a respeito do item (3), legado da reforma sanitária brasileira, em uma perspectiva de balanço, as análises tendem, como regra, a estabelecer posicionamentos bastante positivos. Tal lega-

do é avaliado com base em uma perspectiva histórica que considera a trajetória da saúde no país, em que não se deixa de apreciar a dimensão excludente do acesso à atenção à saúde antes do SUS, bem como, por via inversa, perceber os avanços que se expressam na Constituição de 1988, sobretudo com a afirmação da saúde como direito social e obrigação do Estado (Cohn, Edison, Karsch, 1991). Além disso, muitos autores chamam a atenção para o desenvolvimento e ampliação de iniciativas concretas para fazer valer os direitos afirmados em âmbito constitucional. Dentre elas, destacam-se a implantação e a ampliação do Programa Saúde da Família, no âmbito da atenção básica (Giovanela, Mendonça, 2012); os avanços expressos pela reforma psiquiátrica (Amarante, 2005); a instituição de uma série de programas e iniciativas considerados bem-sucedidos em diversas áreas, como vigilância sanitária e vacinação (Souto, 2004; Teixeira, Costa, 2008). (8).

Até a promulgação da Constituição Federal, não havia um sistema de saúde, mas atendimentos feitos por União, Estados e Municípios, de modo desarticulado, por vezes até mesmo em concorrência em algumas atividades e omissões em outras. Ainda, somente eram atendidos os trabalhadores que estivessem inscritos na previdência social, relegando a milhões de brasileiros a absoluta ausência de atenção estatal. Estes, quando muito, eram atendidos por instituições beneficentes, como as santas casas de misericórdia. Se, antes da promulgação da Carta Política, os cuidados com a saúde eram feitos de modo fragmentado e o atendimento aos indivíduos era seletivo, a partir da previsão constitucional da universalidade de atendimento e a descentralização de sua atividade à orientação legal, a atenção à saúde passou a ser mais justa e igualitária – artigos 196 e 198 da Constituição Federal.

Nesse enredo, destaco algumas iniciativas positivas que, aliadas à própria criação do SUS, auxiliam no combate desta chaga social.

1) No que tange às filas, é indispensável a transparência da administração pública quanto às diversas necessidades de serviços de saúde, bem como a posição que o usuário está para ser atendido, especialmente tratando-se de procedimento eletivo, consulta ou exame que não tenham urgência. Sobre esse ponto, é imperioso dizer, desde logo, que a situação clínica de cada paciente pode justificar que sua posição seja alterada. Todavia, a regra deve ser o atendimento segundo a posição que o usuário ocupa na fila. E, como exemplo positivo, destaco a existência da Lei Estadual n. 17.066/2017, do Estado de Santa Catarina, que determinou a existência de um portal de acesso às informações sobre a posição na fila e previsão para atendimento dos usuários (9). Referido portal permite que sejam realizadas consultas segundo o CPF do usuário, ou seu número de inscrição no Cartão Nacional do SUS. Não há dúvida que essa experiência deve ser replicada por outros Estados da Federação, inclusive a partir de estímulos do Ministério da Saúde. Aliás, o Município de Joinville foi um dos pioneiros nessa iniciativa, mantendo um portal (10) onde constam informações sobre filas de espera para consultas, exames e cirurgias, bem como a lista de pacientes não localizados e outros que estão aguardando reagendamento, em demonstração de grande transparência.

2) Se o subfinanciamento é uma realidade, a otimização na utilização dos recursos é uma obrigação. Outra boa prática é o Consórcio Paraná-Saúde (11), que poderia ser incentivado pelo ente federal. Consiste na reunião voluntária dos municípios, mediante coordenação do Estado, para a aquisição e distribuição de medicamentos, mas preservando a seleção e quantificação das necessidades locais. Essa experiência tem possibilitado a compra dos produtos da assistência farmacêutica por valores inferiores àqueles despendidos por quem se aventura a licitar sozinho cada medicamento. Evita-se o desperdício, aumenta-se a governança, minimizam-se os riscos de fraude às licitações. Se a ação isolada de um Estado já permite maior transparência de preços e compras mais vantajosas, os ganhos seriam ainda maiores se todos os Estados realizassem atividade semelhante, trazendo transparência nacional para preços, produtos e serviços.

3) No Rio Grande do Sul, instalou-se outra experiência singular, que poderia ser multiplicada. Em convênio com a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, criou-se um serviço de telessaúde (12), em que profissionais vinculados a unidades de saúde de todo o Brasil podem consultar-se com especialistas em Medicina Baseada em Evidências sobre as melhores opções terapêuticas, isso sem falar em atendimentos e exames virtuais. Médicos e enfermeiros da Atenção Primária à Saúde/Atenção Básica podem ligar para 0800 644 6543, recebendo respostas em tempo real, sem nenhum custo para quem está ligando.

4) Ainda com auxílio da informática, o Ministério da Saúde vem prometendo integrar as unidades de saúde, mediante um sistema chamado Conjunto Mínimo de Dados (CMD), de modo a unificar as informações dentro SUS (13). Quanto aos usuários, deverá ser implantado, até o final de 2018, o prontuário eletrônico. “Com a iniciativa, todos os dados de atendimento do paciente, como prescrição de medicamentos, exames e consultas ficarão registrados nacionalmente e poderão ser consultados em qualquer Unidade Básica de Saúde do país”, segundo informações do DATASUS. (14)

3. SAMBANDO COM A JUDICIALIZAÇÃO

O SUS é um projeto viável, que está a depender de esforços coordenados de toda a sociedade e de recursos. Mas, esse projeto padece de problemas estruturais que precisam ser imediatamente enfrentados, e a judicialização da saúde, nesse ponto, pouco tem contribuído.

No mais das vezes, e isto é o que se verifica na grande maioria das decisões judiciais, busca-se pela via judicial o extraordinário, equivale dizer: aquilo que não está incluído nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. São os remédios novos, os tratamentos no exterior, as prescrições *off label*, o imponderável e até mesmo a esperança milagrosa. Todavia, é evidente que o judiciário não pode alcançar esses bens da vida às pessoas; nem os materiais, nem, muito menos, os imateriais.

Sem embargo do respeito que merecem as opiniões que acreditam nas ações individuais como mecanismo para melhorar a prestação desse serviço, penso que, no âmbito jurisdicional, somente a judicialização coletiva pode provocar uma mudança de paradigma, voltando-se, principalmente, para a judicialização com foco na Atenção Primária à Saúde (APS), e na efetiva prestação daquilo que já se acha previsto na política pública e que ainda não é adequadamente prestado.

Não quero, com isso, dizer que as reivindicações individuais não são legítimas, tampouco, que as pessoas que precisam de atenção especial devam ser deixadas à própria sorte. Ao revés, deve haver política de saúde que possibilite cuidados atinentes às doenças raras, às negligenciadas e àquelas cujo tratamento seja de custo elevado. O que tenho fundadas dúvidas é se o mecanismo adequado para a conquista destas incorporações seria a judicialização individual da saúde, ou se a discussão deveria ocorrer sobre o procedimento, como defendido por Perlingeiro e Newdick. (15)

Os melhores sistemas de saúde públicos existentes no mundo fundam-se na excelência dos cuidados primários, a partir dos quais foram sendo atingidos, progressivamente, os mais elevados níveis de atenção. E isso é realizado segundo o estágio de desenvolvimento e condições econômicas de cada povo.

Essa orientação deita raízes na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, de setembro de 1978, que instituiu o audacioso projeto mundial de Saúde Para Todos no Ano 2000. É evidente que a proposta não atingiu seu objetivo planetário. Mas, a constatação mais infeliz é que o Brasil, listado entre as oito maiores economias do mundo (16), também não alcançou tal estágio e está longe de alcançá-lo.

Dessa conferência, resultou a Declaração de Alma-Ata – situada na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, onde hoje é a República do Cazaquistão –, que preconizava a defesa dos cuidados primários de saúde como medida de elevação social dos povos, “proporcionando serviços de proteção, cura e reabilitação, conforme as necessidades”. (17)

Esse enunciado conecta-se com o movimento sanitário e a histórica 8ª Conferência Nacional de Saúde (CNS) (18) de 1986, que preconizavam um sistema de saúde fundado em quatro pilares: a) saúde como direito de todos (universalidade); b) acesso às ações preventivas e curativas em todos os níveis de atenção (integralidade); c) descentralização da gestão (sistema tripartite); d) controle social das ações de saúde (conselhos de saúde). Esses pilares serviram de suporte para a previsão constitucional do SUS, bem como por sua regulamentação pelas Leis n. 8080/90 e n. 8142/90.

A declaração de Alma-Ata deu origem a outro grande evento mundial, a Conferência Internacional de Promoção da Saúde, realizada em novembro de 1986, da qual resultou a Carta de Ottawa (19). Nesta, reafirmou-se o dever das nações em priorizar a atenção primária da saúde, nos moldes propostos anteriormente, reconhecendo que isto somente seria exequível mediante o reforço da atenção comunitária, a integração do próprio indivíduo no seu processo de cuidado à saúde e a reorientação dos serviços de saúde.

Infelizmente, não devemos a suficiente atenção a isso, apesar de avanços.

Os dados da pesquisa IPEA sobre o Sistema de Indicadores de Percepção Social (20), relativo à saúde, realizada em 2011, trazem informações interessantes, como o fato da saúde da família ser o programa mais bem avaliado, e os postos de saúde, o item de pior avaliação pela população. A pesquisa revela também que os serviços de saúde são mais mal avaliados por aqueles que dele não se utilizaram. A grande maioria dos usuários entendia que o aumento do número de médicos era a principal providência, seguida da diminuição do tempo para consulta com médicos especialistas.

Esses dados autorizam uma conclusão: a atenção primária à saúde é a maior reivindicação da população que do SUS necessita, sendo indispensável o desenvolvimento de políticas públicas que, antes de atenderem plenamente aos níveis mais elevados de cuidados com a saúde, devem-se direcionar, prioritariamente, em políticas que possibilitem o cuidado primário.

O retorno às origens do SUS é indispensável, para que as políticas públicas sejam implantadas para atender à grande gama da população que, não detendo recursos para adquirir planos de saúde, ou pagamento de médicos/hospitais privados, precisa ser atendida pelo sistema público.

Esta é a verdadeira fronteira do debate. E este parece ser o foco mais esquecido da judicialização da saúde.

Não raras vezes, decisões judiciais, artigos acadêmicos, revistas e jornais afastam debates sobre os custos dos medicamentos, sobre a incorporação de tecnologia, ou mesmo sobre o financiamento da saúde, mediante a adoção de lugares comuns, como saúde não tem preço, ou dúvidas sobre registros na Anvisa, ou críticas sobre (não) inclusão de medicamentos nas políticas públicas pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (Conitec).

Nessa mesma perspectiva, escrevi um artigo em defesa da Conitec (21). A trajetória do órgão nacional e sua forma de atuação guardam grande similitude com a história do festejado órgão do Reino Unido que o inspirou: *The National Institute for Health and Care Excellence* (Nice) (22-23). Aqui, como aconteceu lá, é indispensável o empoderamento deste órgão público de incorporação de tecnologia, garantindo a comprovação de elevada evidência científica para inclusão de novos medicamentos ou tratamentos nas políticas públicas, sem se descuidar da possibilidade econômica de arcar com os respectivos custos. Reafirme-se, todavia, que sempre será possível o controle judicial dos atos da administração, mas não a substituição desta por uma imposição judicial de política pública.

4. UM NOVO ENREDO: VOLTANDO ÀS ORIGENS

Acredito que as políticas públicas de saúde, e a própria judicialização, deveriam voltar-se para um adequado atendimento da atenção primária, chamada na política pública de saúde brasileira como atenção básica.

A atenção primária em saúde é a forma mais eficiente de organização do sistema de saúde, como declarado por Chan (24), diretora-geral da OMS, seja na perspectiva dos baixos custos, seja pelos resultados satisfatórios. É por meio da prestação de um adequado serviço de saúde na atenção primária que muitos dos problemas poderão ser solvidos, inclusive, prevenindo o surgimento ou agravamento das doenças.

A Portaria n.º 2.488, de 21 de outubro de 2011, do Ministério da Saúde, que aprova a política nacional de atenção básica, define-a como:

[...] um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades. (25)

A concretização dessa função dá-se por meio das Unidades Básicas de Saúde (UBS), que funcionam como principal porta de entrada dos pacientes no Sistema Único de Saúde. Cada unidade deveria ter na sua estrutura mínima:

[...] consultório médico; consultório de enfermagem; ambiente para armazenamento e dispensação de medicamentos; laboratório; sala de vacina; banheiro público; banheiro exclusivo para os funcionários; expurgo; cabines com leitos em número suficiente para toda a equipe; cozinha; sala de procedimentos; e, se forem compostas por profissionais de saúde bucal, será necessário consultório odontológico com equipo odontológico completo; [...]. (25)

Cada unidade básica de saúde deve manter:

[...] regular estoque dos insumos necessários para o funcionamento das unidades básicas de saúde, incluindo dispensação de medicamentos pactuados nacionalmente quando esta dispensação está prevista para serem realizadas naquela UBS; [...]. (25)

Ainda, deverá contar com:

[...] equipes multiprofissionais compostas, conforme modalidade das equipes, por médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, auxiliar em saúde bucal ou técnico em saúde bucal, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e Agentes Comunitários da Saúde, dentre outros profissionais em função da realidade epidemiológica, institucional e das necessidades de saúde da população.(25)

É desnecessário estender-se mais sobre a política nacional de atenção básica. Qualquer brasileiro que seja capaz de ler sabe que isso é uma peça de ficção, ou, na melhor das hipóteses, um projeto de dever-ser da política pública de saúde, ainda que repleto de boas intenções.

Esse enredo não tem nenhuma graça.

Não há carnaval que consiga alegrar aqueles que precisam de providências tão simples, acessíveis a qualquer brasileiro que tenha condição econômica razoável, mas que a imensa massa de pessoas, dentro de um país desigual, não tem acesso.

A judicialização individual daquilo que está fora da política pública de saúde pode levar o Estado a incorporar medicamentos, como vem ocorrendo com alguns daqueles mais judicializados; pode fomentar algumas políticas diferenciadas, como ocorreu com a política de prevenção e tratamento do HIV/AIDS e do tratamento para o câncer de mama; pode orientar o planejamento mediante a atualização da lista Rename, ou a criação de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas por intermédio do Conitec. Todavia, passa ao largo da grande maioria das ações judiciais a concretização daquilo que já está planejado, como destacado dos trechos da portaria acima. São pessoas morrendo em corredores de hospitais, são meses ou anos em filas de espera para consulta com especialistas; prazos ainda mais longos para determinadas cirurgias; falta de fármacos previstos na Relação Nacional de Medicamentos nas unidades de saúde.

É fato que a saúde é subfinanciada, que Estados e municípios muitas vezes investem menos que o percentual a que estão constitucionalmente obrigados. Também podem ser discutidos aspectos como desonerações fiscais, ou mesmo fraudes na saúde (que o enredo carnavalesco trata como saúvas), que igualmente oneram o financiamento.

Porém, para além de avançar sobre esses complexos problemas do Estado e da Administração Pública (alguns deles de natureza criminal), é fundamental que se exija a efetiva prestação dos serviços de saúde já estabelecidos na política pública. E, quanto a isso, quero crer que argumentos econômicos e políticos não encontram respaldo na Constituição. E é exatamente essa a grande queixa da população usuária do SUS, como destacado na pesquisa IPEA referida acima.

Aliás, uma radiografia bastante adequada sobre as vicissitudes de nossos problemas na prestação dos serviços de saúde foi apresentada no recente artigo intitulado “O que o Brasil pode aprender com o Canadá na área de saúde?”, escrito pelo economista russo-canadense Kapps (26). Aponta o autor que, nem mesmo lá, tudo é ofertado, mas que “o Canadá oferece uma cobertura básica muito boa”.

Uma adequada política de APS é a pedra de toque da política de todos os países que buscam desenvolver uma medicina socializada. Assim ocorre em todos os países que serviram de exemplo para o modelo brasileiro de Sistema Único de Saúde, como Canadá, Reino Unido, Espanha, Austrália, Suécia, entre outros.

A maior deficiência da política pública brasileira é prometer um pacote generoso de serviços de atenção básica, mas entregar muito pouco.

Em todas as unidades da federação, inclusive nas mais ricas e naquelas onde os serviços de saúde são mais bem-organizados, há filas para consultas com médicos especialistas. Os exames solicitados pelos médicos podem demorar meses. A falta de

profissionais de saúde nas unidades básicas é frequente. Enfim, muito há para ser feito em relação à Atenção Primária à saúde, para que se torne efetiva e eficiente.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) (por meio do Fórum Nacional da Saúde) e o Conselho Nacional do Ministério Público podem promover atuação conjunta, buscando que as políticas públicas sejam concretizadas, deixando o papel da judicialização individual para outros legitimados.

Esses entes poderiam ordenar ações sobre a transparência do Sistema Único de Saúde, de modo que o conhecimento da fila, tanto em relação à sua extensão, quanto à posição que determinado indivíduo ocupa, seja de conhecimento público.

A simples existência de transparência é festejável. E, por meio dela, torna-se possível o encaminhamento de soluções que a administração pública, por si ou provocada judicialmente, pode promover ante os problemas revelados.

Enfim, acredito que algumas dessas ideias não sejam difíceis de pôr em prática, embora reconheça ser grande a dificuldade para modificar a cultura nacional de judicialização individual e da outorga, pela via judicial, de tudo para todo mundo.

Mantido o atual enredo, certamente esse carnaval não terá um final feliz.

5. ÚLTIMAS ALEGORIAS

O enredo para o desfile da “Escola de Samba Unidos do Sistema Único de Saúde” precisa ser recontado.

Primeiro, a comissão de frente há de ser, necessariamente, o aporte de maiores recursos para financiar a saúde. Este é um truísmo que precisa ser repetido.

Como abre-alas, deve o Estado empreender maiores esforços para tornar sua atividade mais transparente, otimizando a prestação dos serviços. Aquilo que não é medido não pode ser conhecido. É indispensável um adequado conhecimento das filas, de modo sistêmico, inclusive para distribuir o atendimento entre locais superlotados com aqueles que, eventualmente, podem ter alguma capacidade ociosa.

Indispensável o “carro alegórico” do redirecionamento de maiores cuidados com a saúde na atenção primária, mediante a contratação de um maior número de profissionais da saúde. E não são apenas médicos, mas também enfermeiros, agentes comunitários, farmacêuticos, fisioterapeutas, entre outros. São pessoas qualificadas que, certamente, podem realizar muitas atividades clínicas e assistenciais. O redirecionamento desta mão de obra é essencial para programas como saúde da família.

Precisamos criar a “ala” da intolerância aos desperdícios. A compra regionalizada de medicamentos, como o programa do Paraná Saúde, permite aos municípios realizar a compra consorciada de medicamentos, baixando não apenas os custos operacionais, mas também o preço de cada produto, dado o volume de aquisição e o maior poder de negociação com os fornecedores.

A revisão da tabela de preços de medicamentos merece um “carro alegórico”. Esta é outra medida que já deveria ter sido realizada de longa data. Não é possível que a revenda de medicamentos continue a ser um negócio tão lucrativo, a ponto de encontramos uma farmácia em cada esquina das cidades. E pior, os descontos oferecidos pelas drogarias e pelos laboratórios farmacêuticos são algo surreal. Nenhum setor da economia pratica permanentes descontos, que ultrapassam até 50%. Há, evidentemente, equívoco nessas tabelas de preços. E, ainda mais grave, os preços da tabela são linearmente corrigidos pela inflação, ao passo que vários produtos, ao longo do tempo, têm seus valores reais diminuídos. Não resta dúvida que há espaço para correções.

Uma “ala” sobre a revisão das tabelas de valores pagos pelos procedimentos também cairia bem nesse enredo (27). Há pagamento de valores elevados, especialmente quando comparados com preços pagos, por exemplo, para consultas médicas feitas por meio de convênio do SUS. (28)

Por fim, sugere-se um carro alegórico sobre o combate às fraudes no sistema único de saúde. Não se podem ignorar mazelas relacionadas à má conduta da administração e administrados. Escândalos, como dos bancos de sangue, denunciado pela São Clemente, na década de 80, não são casos isolados. São conhecidas outras fraudes como a chamada “máfia do sanguessuga”, superfaturamento em OPMEs, cobranças indevidas, fraudes em licitações, dentre outras malversações da coisa pública.

O enredo trazido, antes de apresentar desalentos, teve por objetivo apontar caminhos que o Estado brasileiro pode trilhar rumo à concretização do direito à saúde. Porque, como diz o poeta popular, no enredo de 2018:

*“Oh pátria amada, por onde andarás?
Seus filhos já não aguentam mais!
Você que não soube cuidar
Você que negou o amor
Vem aprender na Beija-Flor.” (29)*

REFERÊNCIAS

1. Helinho 107, Velho M, Nino. Pouca saúde e muita saúva, são os males do Brasil. Samba enredo de GRES São Clemente;1986.
2. Brasil. Jornal o Globo. [publicação on line]. [acesso em ago 2017]. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/saneamento-melhora-mas-metade-dos-brasileiros-segue-sem-esgoto-no-pais.ghtml>.
3. Brasil. Jornal O Estado de São Paulo. [publicação on line]. [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,orcamento-para-saude-no-brasil-fica-abaixo-da-media-mundial,70001788024>.

4. Brasil. Revista Época. [publicação on line]; 2016; [acesso em ago 2017]. Disponível em <https://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/09/investimento-federal-em-saude-devera-cair-novamente-em-2017.html>.
5. Brasil. Blog Investimentos e Notícias. [publicação on line]. [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://www.investimentosenoticias.com.br/noticias/saude/brasil-no-ranking-de-paises-que-investem-em-saude>.
6. Brasil. Jornal Hoje em Dia. [publicação on line]; 2016; [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://hojeemdia.com.br/horizontes/em-2016-minist%C3%A9rio-da-sa%C3%BAde-reduzir%C3%A1-gasto-com-o-sus-em-quase-r-10-bilh%C3%B5es-1.348713>.
7. Conselho Federal de Medicina. CFM. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://www.crmpr.org.br/SUS-tem-mais-de-900-mil-cirurgias-eletivas-represas-em-todo-o-pais-11-48555.shtml>.
8. Paiva CH. Teixeira LA. Reforma sanitária e a criação do Sistema Único de Saúde: notas sobre contextos e autores. História, Ciência, Saúde. 2014;21(1):15-35. [internet]; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/hcsm/v21n1/0104-5970-hcsm-21-1-00015.pdf>.
9. Secretaria Estadual de Saúde de Santa Catarina. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <https://listadeespera.saude.sc.gov.br/index.html>.
10. Município de Joinville. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <https://www.joinville.sc.gov.br/servicos/fila-para-consultas-especializadas-em-saude/>.
11. Consórcio Paraná Saúde. Histórico. [internet]; [acesso em jun 2017]. Disponível em <http://www.consorcio-parana-saude.com.br/modelo1.asp?id=1>.
12. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. UFRGS. Telessaúde RS. [internet]; [acesso em jun 2017]. Disponível em <https://www.ufrgs.br/telessauders/>.
13. Ministério da Saúde. DATASUS. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://datasus.saude.gov.br/noticias/atualizacoes/1033-ministerio-da-saude-avanca-na-informatizacao-do-sus>.
14. Ministério da Saúde. DATASUS. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://datasus.saude.gov.br/noticias/atualizacoes/1112-saude-lanca-edital-para-informatizar-100-das-unidades-basicas-do-sus>.
15. Perlingeiro R, Newdick C. Access, fairness and affordability: procedural justice in nice, anvisa and conitec. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2424717.
16. Wikipedia. Lista de países por PIB nominal. [internet]; 2017; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_PIB_nominal.

17. Ministério da Saúde. As cartas da promoção da saúde. Brasília; [internet]; 2002; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cartas_promocao.pdf.
18. Conselho Nacional de Saúde. CNS. História do CNS. [internet]; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/apresentacao/historia.htm>.
19. Ministério da Saúde. Biblioteca virtual em saúde. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf.
20. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. IPEA. IPEA divulga percepção social sobre a saúde no Brasil. [internet]; 2011; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7165:ipea-divulga-percepcao-social-sobre-a-saude-no-brasil&catid=4:presidencia&Itemid=2.
21. Gebran Neto JP Incorporação de novas tecnologias em saúde: A CONITEC, o NICE e as jabuticabas. In Gentili RM, et al. Direito da saúde em perspectiva: judicialização, gestão e acesso. Vitória: Editora EMESCAM; 2016. p. 253-269.
22. National Institute for Health and Care Excellence. Improving health and social care through evidence-based guidance. [internet]; 2017; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em <https://www.nice.org.uk>.
23. Timmins N, Rawlins SM, Appleby J. A terrible beauty: a short history of NICE. Muang: HITAP; 2016.
24. Chan M. Keynote address at the International seminar on primary health care in rural China. [internet]; 2007; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em http://www.who.int/dg/speeches/2007/20071101_beijing/en/.
25. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.488, de 21 de outubro de 2011. [internet]; [acesso em 30 ago 2017]. Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html.
26. Kapps M. O que o Brasil pode aprender com o Canadá na área da saúde. Folha de São Paulo; [internet]; 2017; [acesso em jun 2017]. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/empreendedorsocial/colunas/2017/03/1868723-o-que-brasil-pode-aprender-com-o-canada-na-area-da-saude.shtml>.
27. Brasil. Câmara dos Deputados. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cssf/audiencias-publicas/audiencia-publica-2015/audiencia-31-03-tarde/apresentacao-2>.

28. CMB. [internet]; [acesso em ago 2017]. Disponível em: <https://www.cmb.org.br/cmb/index.php/noticias/1776-aumento-na-tabela-sus-sem-previsao>.

29. Menor D, Oliveira D, Rosa D, Bacana G, Santos JJ, Assis JC, et al. Monstro é aquele que não sabe amar (os filhos abandonados da pátria que os pariu). Samba enredo da GRES Beija-Flor de Nilópolis; 2018.

O Estado como Gestor de Serviços no SUS: Regime Jurídico e Implicações Práticas

Reynaldo Mapelli Júnior*



Artigo também disponível pelo QR Code ao lado ou *link* <https://goo.gl/HyKHbE>

RESUMO

A tese da solidariedade passiva dos gestores do SUS, consagrada na jurisprudência, e o processo histórico de municipalização da saúde provocaram, em última análise, a indefinição das competências sanitárias dos Estados, sendo necessário elucidar o real papel que devem exercer no atual contexto de organização dos serviços de saúde. O regime jurídico do SUS, imposto pela Constituição Federal, permite identificar as tarefas que competem precipuamente ao gestor estadual, seja no planejamento regional, seja na complementação de serviços sanitários, conforme pactuado com os demais gestores. Cabe, assim, verificar na gestão compartilhada do SUS como deve-se comportar o Estado em determinada Rede de Atenção à Saúde (RAS) e nos três níveis de assistência em saúde, em respeito ao modelo constitucional do SUS.

Palavras-chave: Estado. Regime Jurídico do SUS. Redes de Atenção à Saúde. Níveis de Assistência em Saúde.

* Promotor de Justiça. Assessor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Doutor em Ciências pela Faculdade de Medicina da USP. Ex-chefe de gabinete da SES/SP (2013/2015). E-mail para contato: reynaldomapelli@mpsp.mp.br

1. INTRODUÇÃO

Na medida em que o Sistema Único de Saúde (SUS) foi idealizado constitucionalmente como uma **única** rede interfederativa de serviços hierarquizados, regionalizados e organizados de acordo com determinados princípios ou diretrizes constitucionais (art. 198, CF), integrando-os inclusive aqueles prestados complementarmente pela iniciativa privada (art. 199, §1o, CF), de responsabilidade da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que devem obrigatoriamente “cuidar da saúde” (art. 23, II, CF) mediante “gestão quadripartite” (art. 194, p. único, VII, CF), a jurisprudência brasileira há tempos vem reconhecendo a responsabilidade solidária dos gestores públicos na disponibilização de qualquer prestação sanitária, inclusive no Supremo Tribunal Federal (STF) (grifo nosso).

Mesmo quando reconhecem o princípio da “descentralização administrativa” (art. 194, parágrafo único, inciso VII, CF), ou “descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (art. 198, inciso I, CF), entendido como disseminação de atividades com “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios” e governo, independente em cada esfera de atuação (art. 7o, IX, a, e art. 9o, I a III, Lei Orgânica da Saúde), os tribunais ignoram a repartição administrativa de competências nos programas de saúde para afirmar, independentemente da natureza dos serviços sanitários (atenção básica, de média ou alta complexidade; tratamento emergencial ou de eleição; políticas especialmente dispostas em alguns equipamentos em razão dos altos custos, como a oncológica; tipo de componente da assistência farmacêutica, etc.), a obrigatoriedade solidária de todos os gestores federados na execução direta das ações e serviços de saúde, podendo o paciente-usuário escolher quem acionar judicialmente.

Na realidade, a doutrina sanitária brasileira contribuiu muito para a concepção de que os gestores respondem integralmente pelos serviços do SUS, como pode-se depreender, por exemplo, dos ensinamentos de Dallari e Nunes Júnior, que tentam explicar a municipalização da saúde nos seguintes termos:

A indicação constitucional (art. 198, I) não desonera quaisquer das instâncias federativas para com o dever de assistência à saúde [...]. Apesar de se tratar de uma obrigação solidária, o que faz com que qualquer um dos entes possa ser demandado pela ausência de prestações em matéria de saúde, o sistema apresenta uma diretriz de descentralização, indicando a necessidade de que os serviços de atendimento sejam objeto de um processo de municipalização. [...].

Esse processo de descentralização também ocorre na relação entre União e os Estados, em uma dimensão evidentemente menos complexa pelo número relativamente pequeno de unidades federadas envolvidas (Estados e Distrito Federal) (grifo nosso). (1)

Em relação aos Estados, soma-se a essa questão o problemático processo histórico de municipalização da saúde no Brasil, com uma regulamentação excessiva do

Ministério da Saúde que, seguindo a lógica da habilitação dos Municípios para receber recursos federais para determinadas políticas impostas pela União, praticamente ignorou as diretrizes de **regionalização e hierarquização** dos serviços mais afetas ao ente estatal, gerando dúvidas quanto às competências administrativas que, de certa forma, pareceram embaralhadas (grifo nosso).

As Normas Operacionais Básicas (NOB) e as Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS) tentaram organizar o sistema de saúde, a partir da NOB n. 01/93, que criou as Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite (CIT e CIB), mas provocaram dúvidas quanto às atribuições estaduais, tendo a NOB n. 01/96 admitido a possibilidade de fragmentação do SUS pela falta de atuação dos Estados, ou seja, “o elevado risco de atomização desordenada dessas partes do SUS, permitindo que um sistema municipal se desenvolva em detrimento de outro, ameaçando, até mesmo, a unicidade do SUS”. Pouco se fez, porém, para corrigir esta distorção, e a NOAS n. 01/2001, que foi revista pela NOAS n. 01/2002 e instituiu o Plano Diretor de Regionalização para a organização de regiões e microrregiões de saúde, causou ainda mais bagunça, parecendo confundir a direção única em cada esfera administrativa com o comando total de um Município sobre todos os serviços de saúde situados em sua região geográfica, como se isso fosse possível. (2)

A confusão ficou tão grande que, em 2006, foi assinado, pelo Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) um Pacto pela Saúde (Portaria Ministerial n. 399, de 22 de fevereiro de 2006), que foi complementado por outros Pactos pela Saúde em 2007, 2008, 2009 e 2010/2011 (Portarias Ministeriais n. 91, de 10 de janeiro de 2007, n.325, de 21 de fevereiro de 2008, n. 48, de 12 de janeiro de 2009 e n. 2.669, de 3 de novembro de 2009), todos com sucesso bem tímido, chegando-se a publicar um Regulamento do SUS no Diário Oficial da União em 3 de setembro de 2009 (Portaria Ministerial n. 2.048/2009), uma pretendida “consolidação” das normas administrativas, com inacreditáveis 790 artigos e 94 anexos, espalhados por mais de 150 páginas. (3)

É por isso que Santos e Andrade cunharam a feliz expressão “elo perdido” para a situação do Estado na organização do SUS:

O Estado, numa Federação, deve ser o condutor das políticas que exigem compartilhamentos de serviços, interdependência de serviços, como é o caso do SUS que exige sejam todos os serviços públicos de saúde integrados numa rede regionalizada e hierarquizada de saúde, constituindo um único sistema, nos termos do art. 198 da CF.

Contudo, os Estados, com amplo poder-dever constitucional e legal de organização político-administrativa da sua região, vêm sendo **o elo perdido nessa articulação regional do SUS** (grifo nosso). (4)

Por estas razões, é importante verificar, na legislação sanitária brasileira, que foi contemplada por regulamentação da Lei Orgânica da Saúde (Decreto no 7.508, de 28

de junho de 2011), quais as atribuições realmente atribuídas pela lei ao gestor estadual do sistema público de saúde, separando-as, sempre que possível, das tarefas da União e dos Municípios, sem esquecer-se das implicações práticas desta análise, na execução dos serviços de saúde a que tem direito a população brasileira.

2. A DEFINIÇÃO DE UM REGIME JURÍDICO DO SUS

Na linha do institucionalismo jurídico do italiano Romano (1875-1947) (5), para quem o Estado constitui um ordenamento jurídico cuja objetividade representa a despersonalização do poder, e do francês Hauriou (1856-1929) (6), que defendeu a instituição como organização de uma ideia-diretriz em um grupo social regulada em procedimento, Bucci (7) defende que as políticas públicas não decorrem de mera discricionariedade dos agentes políticos, pois formam-se mediante embate nas instituições, onde deve haver participação da sociedade, para constituírem arranjos institucionalizados positivados em atos normativos. No cenário ideal, tornam-se políticas de Estado e não de um determinado governo, podendo ser compreendidas pelo direito.

Gestores e operadores do direito, em geral, desconhecem o aspecto institucional-normativo das políticas públicas e, o que parece mais sintomático, a existência de um consequente regime jurídico de saúde pública que, em última análise, foi imposto pelo modelo de SUS da Constituição Federal gestado nos embates políticos da VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS) de 1986. O papel dos Estados, em razão do amálgama de competências administrativas de planejamento, financiamento e execução de serviços de saúde, deve ser buscado no regime jurídico constitucional do SUS, da Constituição Federal às leis sanitárias essenciais e atos normativos administrativos de eficácia jurídica plena (portarias, decretos, decisões colegiadas em comissões tripartite ou bipartite de gestores, deliberações de conselhos de saúde, etc.), que é de obrigatória observância na implementação dos programas públicos e na hermenêutica jurídica sobre o direito à saúde.

A respeito do regime jurídico do SUS, como já tive a oportunidade de afirmar em outro estudo, é primordial compreender que foi a própria Constituição Federal que desenhou para o sistema público de saúde brasileiro um modelo de gestão compartilhada, ou seja, governo por consensos administrativos, que deve organizar a atenção em níveis de complexidade (hierarquização), em determinadas regiões (regionalização), com fluxo de atendimento padronizado (integralidade), para cumprimento dos princípios e diretrizes constitucionais, conforme regulamentado na legislação infraconstitucional:

É no próprio texto constitucional que devemos buscar o regime jurídico do SUS, os princípios, diretrizes e normas que formam o seu desenho institucional e parametrizam a assistência em saúde que deve ser proporcionada pelo Estado. [...] O modelo constitucional do SUS, na realidade, é central para a hermenêutica jurídica. A CF de 1988, quando afastou o anterior sistema de serviços fragmentados e contratados por comandos diversos do Poder Público (INAMPS e Ministério da Saúde),

desenhou o SUS como um conjunto de ações e serviços de saúde federais, estaduais e municipais articulados, que devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada que garanta a universalidade, e integralidade e a igualdade de acesso e tratamento, sem privilégios e distorções (arts. 196 e 198, CF).

A tônica principal é a da organização e estruturação dos programas governamentais sanitários em todos os níveis de governo, de forma articulada e pactuada que permita a constituição de um sistema único (art. 198, caput, CF), entendendo-se sistema como unidade reunida segundo princípios ordenadores (Canaris, 2012). Deve haver a construção de consensos administrativos (federalismo brasileiro cooperativo e consensual) sobre o planejamento, o financiamento e a prestação de serviços, do acesso inicial (“portas de entrada”) até a assistência em serviços de maior complexidade, garantindo-se a integralidade do atendimento dos usuários do SUS. Os princípios informadores do sistema SUS, assim, como a universalidade, a integralidade, a igualdade, a gratuidade, a regionalização e a hierarquização, a descentralização, a participação da comunidade e a informação, além da equidade (como mecanismo para se tratar diferentemente os desiguais, na lição clássica de Rui Barbosa, pode ser entendida como decorrência da igualdade), devem ser interpretados harmonicamente, não isoladamente. Não há, por exemplo, integralidade sem universalidade (o SUS é para todos) e igualdade (não pode haver privilégios), todos constituindo um todo orgânico normativo para a interpretação do que seja o direito à saúde. (8)

O regime jurídico do SUS é definido, a meu ver, por um corpo normativo básico:

- a) a Constituição Federal de 1988 (art. 6º e arts. 196 a 200, CF), que, em patamar hierárquico superior, define princípios, diretrizes e algumas regras específicas que devem parametrizar a saúde pública;
- b) a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990), que regulamenta, em todo território nacional, “as ações e serviços de saúde, executados isolada e conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado” (art. 1º);
- c) a Lei n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que complementa a anterior para dispor sobre a participação da comunidade no SUS, as Conferências e os Conselhos de Saúde, bem como as transferências intergovernamentais de recursos nos fundos de saúde;
- d) a Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011, que altera dispositivos da LOS para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no SUS;
- e) a Lei n. 12.466, de 24 de agosto de 2011, que altera a LOS para dar status de lei aos foros de pactuação e negociação conhecidos como Comissão

Intergestores Tripartite (CIT) e Comissão Intergestores Bipartite (CIB), bem como o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems);

- f) o Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamenta a LOS no que diz respeito à Organização do SUS, ao Planejamento da Saúde, à Assistência da Saúde e à Articulação Interfederativa;
- g) a Lei Complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012, que regulamenta a Emenda Constitucional n. 29/2000, para vincular os recursos sanitários para ações e serviços tipicamente de saúde e estabelece critérios para rateio interfederativo;
- h) as Emendas Constitucionais n. 86/2015 e n. 95/2016, que alteram os patamares orçamentários da saúde e fixam um teto de gasto público;
- i) normas administrativas complementares, inclusive aquelas que formatam as políticas nacionais (assistência oncológica, medicamentos, saúde mental, etc.).

Sendo assim, vamos tentar um esforço de interpretação sistemática dos dispositivos normativos que integram o regime jurídico do SUS para estabelecer o real papel do Estado na saúde pública, em contraposição às competências municipais e federal, exemplificando, na prática da implementação dos serviços nos três níveis de assistência, o que pode e deve fazer o gestor estadual, em respeito ao modelo constitucional de saúde pública da Constituição Federal.

3. AUTONOMIA DOS ESTADOS E PACTUAÇÃO

A ideia de que as atribuições sanitárias dos Estados confundem-se com as dos demais entes federados, sendo possível a condenação judicial de obrigações sanitárias indistintamente a quem quer que seja, não corresponde ao texto da lei, pois embaralha os campos de atuação dos gestores, provocando desordem e desperdício. Na judicialização da saúde, como afirma Barroso, o que se vê é a sobreposição de atividades assistenciais, a desorganização de políticas e o desperdício de recursos humanos e financeiros:

Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (CF/88, art. 23, parágrafo único). A atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas. [...].

Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da descentralização administrativa. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei n. 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização. (9)

Diferenciar as funções dos Estados no campo sanitário, porém, pode ser primordial, dadas as fragilidades de muitos Municípios, como ensina Mendes:

No modelo federativo tripartite brasileiro, a gestão das políticas públicas torna-se mais complexa na medida em que é preciso conjugar a interdependência e autonomia dos três entes. A cooperação federativa, por sua vez, precisa ser exercida tanto pela União quanto pela esfera estadual em relação aos municípios. **Ainda que a esfera estadual seja aquela com atribuições menos definidas na Constituição Federal, cabe a ela um papel central nas políticas sociais, particularmente quando se considera a heterogeneidade dos municípios em termos de capacidade técnica, administrativa e financeira** (grifo nosso). (10)

Ora, a Constituição Federal conferiu aos Estados autonomia administrativa, dando-lhes poder de organização, governo e legislação na sua esfera de atuação (art. 18, CF). Embora sejam “notórias as dificuldades quanto, a saber, que matérias devem ser entregues à competência da União, quais as que competirão aos Estados e quais as que se indicarão aos Municípios” no Brasil, como diz Silva (11), em termos genéricos pode-se afirmar que os Estados no SUS detêm competências para governar e legislar em assuntos de predominante interesse regional (arts. 18 e 25 a 28, CF), existindo **competência comum** para o exercício das atividades de assistência em saúde (art. 23, I, *ab initio*, CF) e **competência concorrente** para as atividades legislativas e de regulamentação (art. 24, XII, *in fine*, CF), mesmo diante da “direção única” do SUS que o gestor estadual possui na sua esfera de governo (art. 198, I, CF) (grifo nosso).

A complexidade da assistência sanitária, que desde a Declaração de Alma-Ata, de 12 de setembro de 1978 (12), deve-se dar a partir da atenção básica, local de acesso aos serviços e atendimento das principais demandas em saúde (porta de entrada e cuidados primários), para seguir para serviços de maior complexidade (média e alta complexidade), é que levou à determinação constitucional de obrigatória ação conjunta dos gestores no cuidado da saúde das pessoas, ficando mesmo inviável compartimentalizar uma atenção que, por definição constitucional, deve propiciar o atendimento integral de todas as necessidades do paciente. A dinâmica das condições clínicas dos pacientes, que podem agravar-se, ou mesmo melhorar até a cura definitiva, exige mesmo a atenção articulada de todos os níveis de governo, para acompanhar com seus serviços e equipamentos o usuário do SUS em cada etapa do tratamento, fazendo-se os devidos ajustes para atendimento integral.

Mais próximos da população, os Municípios devem prestar os serviços de atendimento à saúde, mas “com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado”

(art. 30, VII, CF), o que significa que a municipalização de serviços de assistência e de controle (art. 198, I, CF, e art. 7o, IX, a, LOS), até porque possuidores de certa complexidade, deve vir acompanhada de suporte financeiro e técnico, inclusive dos Estados, sempre que a integralidade o exigir.

Isso significa, também, o desenvolvimento de atividades estaduais de assistência em saúde em complementação aos serviços municipais, já que deve haver “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” (art. 7º, XI, LOS).

A LOS fixou atividades comuns entre os gestores (art. 15, LOS), mas algumas competências foram separadas: à União cabe o planejamento das políticas nacionais, a coordenação dos sistemas, atividade nacionais de vigilância sanitária e epidemiológica, a manutenção de laboratórios, a cooperação técnica e financeira e atividades de fiscalização e auditoria dos serviços (art. 16); aos Estados, a descentralização para os Municípios, a regionalização, atividades regionais de vigilância sanitária e epidemiológica, laboratórios e a execução de ações supletivas de serviços de saúde, inclusive gerindo sistemas públicos de alta complexidade de referência estadual e regional (art. 17); aos Municípios, o planejamento, a organização, a execução e o controle de ações e serviços de saúde, atividades próprias de vigilância sanitária e epidemiológica e o controle de serviços privados de saúde (art. 18); e ao Distrito Federal, as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios (art. 19).

No cuidado integral do usuário do SUS, portanto, existem atividades específicas de planejamento, financiamento e prestação direta de serviços a cargo do gestor estadual, ora destinadas à organização do SUS, ora à complementação de outros serviços, que são definidas em um programa governamental específico consensualmente pelos gestores, a despeito da autonomia administrativa.

O tema da repartição das responsabilidades por negociação nas políticas públicas não deveria, a rigor, ser novidade para os operadores do direito, que simplificam o assunto usando a ideia da solidariedade, porque o federalismo brasileiro é essencialmente cooperativo e consensual, já que as competências comuns e concorrentes na Constituição Federal exigem a conjugação de esforços. Como observa Carvalho Filho, há aqui **gestão** pelo moderno **federalismo de cooperação**, a ser formalizada em **convênios de cooperação e consórcios públicos** (grifo nosso):

A Constituição, para deixar claro esse intento, previu, ao instituir a reforma administrativa do Estado (EC n. 19/1998), a **gestão associada** na prestação de serviços públicos, a ser implementada, através de lei, por **convênios de cooperação e consórcios públicos** celebrados entre a União, os Estados, Distrito Federal e os Municípios. Trata-se, como já tivemos a oportunidade de examinar, de instrumentos de cooperação visando a alcançar objetivos de interesses comuns dos pactuantes.

A noção de gestão associada emana da própria expressão: significa uma conjugação de esforços visando a fins de interesse comum dos gestores. Em relação à **gestão associada de serviços públicos**, pode-se adotar a conceituação de que corresponde ao “exercício das atividades de planejamento, regulação ou fiscalização de serviços públicos por meio de consórcio público ou de convênio de cooperação entre entes federados, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”. (13)

Alguns estudiosos de Direito Sanitário, como Santos e Andrade, insistem que a cooperação dos gestores do SUS é exigência da própria Constituição Federal, que desenhou os serviços de saúde como uma rede interfederativa:

O artigo 198 da CF ao dispor que ‘as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único’, conforma uma rede interfederativa de serviços que exige interação, integração e articulação de todos os entes federados. [...].

Por tudo isso, e sendo o SUS uma rede interfederativa de serviços em decorrência da integralidade da assistência que o conforma como ‘rede’, somente decisões consensuais entre os entes federativos implicados **nesse fazer** estão legitimadas para definir, em detalhes, as responsabilidades destes na saúde. (14)

Desde 2006, foram criadas instâncias regionais para que Estados e Municípios façam acordos no SUS, os Colegiados de Gestão Regional (CGR) e posteriormente, em face do conteúdo do decreto regulamentador da lei orgânica da saúde, encampados pelas Comissões Intergestores Regional (CIR), cujo processo a depender da temática, pode ser finalizado nas Comissões Intergestores Bipartite (CIB) ou, quando se articula também com o Ministério da Saúde, na Comissão Intergestores Tripartite (CIT), colegiados para deliberação de políticas, onde se decide sobre as atividades de planejamento, aporte financeiro e prestação de serviços, que acabam sendo formalizadas em atos administrativos (portaria, deliberação, etc.).

Na sua redação original, aliás, a LOS já determinava a conjugação de recursos para a prestação dos serviços sanitários (art. 7º, XI, LOS) e a “articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais”, especialmente no que toca às atividades de alimentação e nutrição, saneamento e meio ambiente, vigilância sanitária e farmacoepidemiológica, recursos humanos, ciência e tecnologia e saúde do trabalhador (art. 13, incisos I a VI, LOS), uma gama de ações que perpassam praticamente todas as atividades do SUS.

A Lei no 12.466, de 24 de agosto de 2011, em um reforço legislativo, incluiu na LOS novos dispositivos a respeito, dando **status** de legalidade às Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite (CIT e CIB), órgãos de negociação quanto aos aspectos operacionais, financeiros e administrativos do SUS, e ao Conass (Conselho Nacional de

Secretários de Saúde) e ao Conasems (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde), entidades para discussão de políticas entre os secretários (grifo nosso):

Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:

I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;

II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;

III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados;

Art. 14-B. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) são reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde e declarados de utilidade pública e de relevante função social, na forma do regulamento.

§ 1o O Conass e o Conasems receberão recursos do orçamento geral da União por meio do Fundo Nacional de Saúde, para auxiliar no custeio de suas despesas institucionais, podendo ainda celebrar convênios com a União.

§ 2o Os Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde (Cosems) são reconhecidos como entidades que representam os entes municipais, no âmbito estadual, para tratar de matérias referentes à saúde, desde que vinculados institucionalmente ao Conasems, na forma que dispuserem seus estatutos.

Assim, é possível retirar da legislação sanitária as atribuições próprias dos Estados (elas existem), sem esquecer-se das competências comuns e concorrentes, matizando-as com a pactuação em determinada política de saúde, segundo o ato jurídico correspondente (que deve existir), para que haja o detalhamento de suas ações em determinado programa governamental.

4. O ESTADO COMO PLANEJADOR E COORDENADOR: AS REDES DE ATENÇÃO À SAÚDE (RAS)

Para efetivar o direito à saúde na prática, respeitando-se os parâmetros constitucionais de acesso universal e igualitário (art. 196, CF) e o desenho de rede única organizada para atendimento integral (art. 198, *caput*, incisos I a III, CF), o SUS deve ofertar serviços preventivos e curativos, de acordo com as necessidades reais de determinada população, planejando a assistência em um contínuo de ações e serviços, ao longo do tempo articulados nos diversos níveis de atenção à saúde, em determinada região geográfica (art. 7º, *caput*, inciso II, LOS). O planejamento dos serviços, que deve conter gestão administrativa e financeira (arts. 31 a 35, LOS) e, em última análise, propiciar planos de saúde obedecendo às diretrizes dos Conselhos de Saúde (art. 36, §1º, e art. 37, LOS), segundo a LOS é sempre “ascendente, do nível local até federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União” (art. 36, LOS).

O fluxo contínuo de ações e serviços de saúde para uma determinada população concretiza-se, empiricamente, nas redes de serviços, que foram denominadas Redes de Atenção à Saúde (RAS) pelo Decreto n. 7.508/2011, que regulamenta a LOS, e integram uma específica Região de Saúde criada para garantir a integralidade da assistência (arts 2º, VI, 5º e 7º, LOS), devendo ser **“instituídas pelo Estado, em articulação com os Municípios, respeitadas as diretrizes gerais pactuadas na Comissão Intergestores Tripartite – CIT”** (grifo nosso) (art. 4º, decreto).

Assim, ao contrário do anterior sistema de imposição coercitiva dos programas federais pela habilitação burocrática de Municípios e Estados, em modelos de gestão para o recebimento de recursos federais obrigatórios por força de lei (gestão incipiente, plena, semiplena, plena da atenção básica, etc.), como estabeleciam as normas operacionais básicas, atualmente a organização do SUS deve ser promovida mediante a construção consensual de redes de atenção à saúde em determinada região, em um processo político-administrativo de negociação conduzido pelo Estado.

O papel de organizador regional da saúde, que exige planejamento da assistência e coordenação dos serviços em determinada região, é atribuição precípua dos Estados, dadas as conhecidas dificuldades técnicas, econômicas e políticas dos Municípios em enfrentar o gigantismo da União. Cabe ao Estado reunir Municípios, estruturar serviços e equipamentos para atender toda a população de determinada região, com apoio técnico e financeiro seu e da União (que deve cobrar, com seu peso político), direcionando os recursos humanos e financeiros para o atendimento integral no plano regional. Em outros termos, o gestor estadual deve fazer valer os princípios constitucionais da regionalização e da hierarquização, ao planejar e coordenar a assistência regional da saúde, tarefa que a LOS já havia expressamente consignado como parte da descentralização político-administrativa do SUS, que não pode se resumir à municipalização dos

serviços (art. 7º, inciso IX, *b*, LOS), lei que lhe fixou, para tanto, as funções de controle, acompanhamento e avaliação das redes hierarquizadas, de coordenação de diversos serviços regionais e de liderança no processo de descentralização para os Municípios (art. 17, incisos I, II, IV, IX e X, LOS).

Ao contrário da errônea tese da solidariedade, tão fortalecida pela judicialização, e da política de imposição de programas federais, a organização regional dos serviços a ser conduzida pelo Estado, sempre mediante negociação com os Municípios para o estabelecimento das portas de entrada, fluxos padronizados de atendimento e referenciamento para ambulatorios de especialidades e hospitais regionais (arts. 5º, incisos I a V, 9º, incisos I a IV, e 10 LOS), é ponto sensível para o amadurecimento do SUS, a estruturação de seus serviços e um melhor atendimento da população.

Em termos práticos, pode-se afirmar que a articulação regional de Municípios de uma determinada localidade pelo Estado, com vistas a instituir uma Rede de Atenção à Saúde (RAS), também conhecida como Rede Regional de Atenção à Saúde (RRAS), deve observar:

- a) as diretrizes nacionais da União, também decorrentes de negociação em órgão próprio, ou seja, a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), e as recomendações do Conselho Nacional de Saúde, instâncias políticas onde deve sempre estar presente (arts. 4º e 14, Decreto n. 7.508/2011);
- b) a autonomia dos Municípios, mas com eles articulando as formas de solução das demandas regionais;
- c) a atribuição da atenção básica como tarefa primordial dos Municípios (unidades básicas de saúde, programa de saúde de família, pronto-socorro, vigilância sanitária municipal, etc.), cabendo àqueles de maior porte parte da assistência de maior complexidade;
- d) a atenção básica como porta de entrada (juntamente com a urgência/emergência e os Centros de Atenção Psicossocial/CAPS para a assistência em saúde mental), ordenadora da atenção e orientadora da rede;
- e) o estímulo à lógica da necessidade e não da oferta do prestador, item para o qual o mapa da saúde criado pelo Decreto n. 7.508/2011 mostra-se instrumento muito útil;
- f) o fortalecimento dos Departamentos Regionais de Saúde das Secretarias de Estado (DRS), dos Colegiados de Gestão Regional (CGR) posteriormente encampados pelas Comissões Intergestores Regional (CIR) e da Comissão Intergestores Bipartite (CIB);
- g) a organização da regulação de vagas e cogestão da assistência, por vezes tomando para si a regulação regional, por vezes repassando-a para os Municípios, desde que estejam de acordo e sejam treinados e submetidos à fiscalização do Estado;

- h) o auxílio estatal na qualificação dos serviços municipais, no cofinanciamento em diversas hipóteses e na avaliação contínua de sua eficiência e da satisfação do usuário;
- i) a prestação direta de alguns serviços, em geral aqueles de média e alta complexidade, que estão a cargo de ambulatórios médicos de especialidades (AME) e dos hospitais universitários, como forma de garantir-se regionalmente a integralidade da assistência;
- j) o repasse de recursos, sempre que necessário, instituindo parâmetros como um piso estadual de atenção básica e modelos de complementação financeira para outros serviços (santas casas, hospitais regionais, etc.);
- k) o entabulamento de instrumentos jurídicos para a fixação formal de responsabilidades, dando transparência e segurança jurídica ao processo, que no sistema do Decreto n. 7.508/2011 recebeu o nome de Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAP), por meio do qual os entes federados formalizam o acordo de vontades sobre a implementação, a execução e o financiamento das ações e serviços de saúde em uma região (arts. 33 e 34 do decreto), um avanço no ordenamento jurídico sanitário, que ainda precisa de consagração política e jurídica, apesar da defesa de alguns autores (3;14-15) e dos esforços do Ministério da Saúde (16);
- l) a necessidade de afastar com embasamento técnico os incontáveis pedidos de dinheiro que políticos e membros da sociedade civil fazem aos gestores de saúde nos gabinetes, como se o assunto dependesse de mera liberalidade deles, já que os recursos orçamentários estão vinculados aos planos de saúde e aos planejamentos submetidos ao sistema de transferências intergovernamentais da Lei n. 8.142/90, que devem ser repassados “de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal”, de acordo com os critérios da LOS (art. 3º, caput) e aos parâmetros da Lei Complementar n. 141/2012 e das emendas constitucionais que tratam da matéria (EC n. 29/2000, 86/2015 e 95/2016).

5. O ESTADO COMO INCENTIVADOR E PRESTADOR DE SERVIÇOS NOS TRÊS NÍVEIS DE ASSISTÊNCIA EM SAÚDE

Às atribuições administrativas de planejamento e controle do gestor estadual do SUS somam-se, necessariamente, outras mais ligadas à execução de ações e serviços de saúde, seja na prestação direta de serviços sanitários, seja no apoio técnico ou financeiro de atividades dos Municípios mais carentes. Levando-se em consideração os níveis de complexidade da atenção à saúde, é interessante registrar alguns aspectos da atuação prática do Estado na organização da rede regional de serviços, fazendo-o separadamente em relação à atenção básica e à atenção secundária e terciária.

5.1 ATENÇÃO PRIMÁRIA (BÁSICA)

A atenção primária ou básica constitui o primeiro contato com o sistema de saúde, basicamente, na Unidade Básica de Saúde (UBS), ou por meio do Programa de Saúde da Família (PSF), bem como, nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), por meio da qual deve ser resolvida a maioria dos agravos de saúde e organizado o cuidado do usuário (17). Embora a atenção primária esteja sob a gestão municipal, o Estado deve dedicar-se a ela, porque a sua falta de resolutividade sobrecarrega os equipamentos de maior complexidade, existem grandes diferenças entre os Municípios, que precisam ser enfrentadas com medidas de equidade, e a organização regional pressupõe o controle das portas de entrada.

Assim, é preciso implementar um sistema de acompanhamento e avaliação da atenção primária, buscando conhecer e corrigir as falhas nas suas atividades e auxiliar os Municípios mais humildes, para que todos os usuários do Estado sejam adequadamente atendidos.

Isso exige, também, com base em indicadores de saúde e social (o Índice de Desenvolvimento Humano/IDH pode ser muito útil), o repasse inteligente de recursos estaduais para a assistência e para a reforma de equipamentos, como as Unidades Básicas de Saúde, e programas de capacitação dos servidores municipais. No Estado de São Paulo, por exemplo, existe financiamento estadual para a atenção básica dos municípios (considerando o Piso de Atenção Básica/PAB e os municípios mais carentes), para os medicamentos essenciais (Programa Dose Certa), um programa de repasse de recursos para a reforma de Unidades Básicas de Saúde (UBS) e capacitação técnica em centros de referência normalmente vinculados a universidades.

As vigilâncias sanitária e epidemiológica do Estado, além disso, devem fornecer capacitação técnica e apoio permanente aos colegas municipais, diante do ínfimo sucesso até agora obtido com a municipalização da vigilância, por falta de conhecimento técnico ou pela pressão política local, muitas vezes acompanhando in loco a vitória dos fiscais municipais. O mesmo raciocínio serve para a regulação regional das vagas, a cargo do Estado ou de Municípios, neste último caso treinados e fiscalizados pelo gestor estadual.

Por fim, cumpre ao gestor estadual formular e induzir políticas públicas que possam aprimorar a atenção primária e ter impacto em toda a rede de serviços, para maior resolutividade no primeiro nível de atendimento, como se tem feito, por exemplo, em diversas partes do país nas políticas de saúde mental, que não podem se resumir na criação de Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), com a implementação de assistência especializada em saúde mental em prontos-socorros, ambulatórios e outros equipamentos inovadores.

5.2 ATENÇÃO SECUNDÁRIA E TERCIÁRIA

A assistência de média e alta complexidade do SUS está mais próxima do Estado, que, nesse campo, assume frequentemente a função de prestador em ambulatórios de especialidades, hospitais gerais ou hospitais especializados ou de referência, embora isso varie muito em razão das demandas regionais e da capacidade de assistência dos Municípios. Nesse caso, o Estado precisa impulsionar o processo de regionalização e hierarquização, sem ter medo de reestruturar todo o sistema em uma determinada região, modificando o papel e as funções de serviços, estes, muitas vezes, com taxas de sub-ocupação e a população mal atendida, de acordo com critérios epidemiológicos regionais e indicadores técnicos. Fugindo, assim, da antiga lógica de oferta de serviços ou do pedido político, conseguirá contribuir para a integralidade da assistência, inclusive com os serviços sob sua gestão.

A principal tarefa do Estado passa a ser articulação entre os Municípios de uma determinada RAS e a oferta de serviços estaduais, para a instituição de um fluxo de referência e contrarreferência que disponibilize aos usuários os serviços especializados, de apoio diagnóstico e terapêutico, ambulatorial e hospitalar, as urgências e emergências, até mesmo os ambulatórios e hospitais altamente especializados (de nível terciário, normalmente estão vinculados a universidades estaduais e federais e atendem uma macrorregião). (18)

O papel político-institucional do Estado, nesse campo, deve ser o de coordenador do processo de planejamento regional, fortalecendo a participação ativa de todos os Municípios nos espaços regionais de discussão e planejamento, tomando cuidado para que Municípios menores, ou sem representação político-partidária tenham voz, bem como propondo formas de incentivo técnico e financeiro.

Os mecanismos para a regionalização e hierarquização incluem o acompanhamento constante dos serviços existentes e o incentivo para corrigir os vazios assistenciais (com equipamentos municipais, estaduais ou mistos), inclusive com a imposição de metas e a avaliação sobre a eficiência do serviço prestado, o investimento em hospitais já existentes com perfil para a atuação regional, o apoio a Santas Casas, a contratação de serviços complementares privados, se necessário, e a inserção efetiva das organizações sociais (OS), das organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e dos hospitais universitários no SUS, promovendo a regulação regional de forma adequada. Além disso, devem ser criados centros de referência para atendimentos especializados, como em São Paulo, onde a Secretaria de Estado da Saúde mantém 55 Ambulatórios Médicos de Especialidades, para consultas, exames e procedimentos cirúrgicos de média complexidade, e tem centros de referência para tratamentos mais especializados e treinamento dos profissionais de saúde do SUS, como a Rede de Habilitação Lucy Montoro para pessoas com deficiência física (em parceria com a Secretaria de Estado dos Direitos da Pessoa com Deficiência), a Rede Hebe Camargo de Combate ao Câncer, os Centros de Referência do Idoso (CRI) e a Unidade de Referência em Autismo da Santa Casa.

Em suma, o Estado não pode se omitir em ajudar os Municípios, sobretudo aqueles mais humildes, na oferta de serviços regionais e de referência, frequentemente mais complexos e caros, como a terapia renal substitutiva, a quimioterapia e a radioterapia, os exames especializados (tomografia, ressonância magnética, etc.), as unidades de terapia intensiva, o atendimento a gestantes e neonatos de alto risco, as cirurgias de maior complexidade e, em muitos casos, a própria emergência e urgência. (19)

6. CONCLUSÃO

Partindo-se do regime jurídico do SUS, integrado por princípios, diretrizes e normas específicas constitucionais e legislação sanitária complementar, inclusive uma Lei Orgânica da Saúde e seu decreto regulamentador, é perfeitamente possível identificar as atribuições do Estado no sistema público de saúde, apesar de certa confusão ocasionada pelo processo político-administrativo de descentralização do SUS e pela judicialização da saúde.

O mais importante é reconhecer, para além das importantes atividades de prestação direta dos serviços sanitários dos Municípios e do papel planejador e financiador da União, que o Estado tem um papel fundamental no SUS, como planejador regional, organizador e prestador de serviços, com especial relevância na condução do planejamento ascendente e regional, que deve levar à instituição das redes interfederativas de serviços, na forma estabelecida pela LOS e pelo Decreto n. 7.508/11, única forma de estruturar-se adequadamente o sistema público de saúde brasileiro, efetivando-se atendimento integral para todos.

REFERÊNCIAS

1. Dallari SG, Nunes Júnior VS. Direito sanitário. São Paulo: Editora Verbatim; 2010. p. 84-89.
2. Barata LR, Tanaka OY, Mendes JDV. O papel do gestor estadual no Sistema Único de Saúde (SUS). São Paulo: Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo (SES/SP); 2003.
3. Mapelli Júnior R, Coimbra M, Matos YAPS. Direito sanitário. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; 2012. p. 41-44.
4. Santos L, Andrade LO. O estado na articulação do sistema de saúde: um elo perdido? [internet]; [acesso em 30 jan 2018]. Disponível em www.idisa.org.br.
5. Romano S. O ordenamento jurídico. Florianópolis: Editora da Fundação Boiteux; 2011.
6. Hauriou M. A teoria da instituição e da fundação: ensaio de vitalismo social. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 2009.

7. Bucci MPD. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva; 2013. p. 235-284.
8. Mapelli Júnior R. Judicialização da saúde: regime jurídico do SUS e intervenção na administração pública. Rio de Janeiro: Atheneu; 2017. p. 184.
9. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Rev Jur UNIJUS. Universidade de Uberaba e Ministério Público do Estado de Minas Gerais. 2008;11(15):15-16.
10. Mendes EV. As redes de atenção à saúde. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; 2011. p. 162.
11. Silva JA. Curso de direito constitucional positivo. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2010. p. 477.
12. Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, antiga URSS. 6 -9 set 1978.
13. Carvalho Filho JS. Manual de direito administrativo. 25 ed. rev. amp. atual. até a Lei n. 12.587, de 3.1.2012. São Paulo: Atlas; 2012. p. 351-352.
14. Santos L, Andrade LO. SUS: o espaço da gestão inovadora e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros. E ed. Campinas: Saberes Editora; 2009. pp. 109-110.
15. Santos L. Sistema Único de Saúde: os desafios da gestão interfederativa. Campinas: Saberes Editora; 2013. p. 171.
16. Ministério da Saúde/Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (SGEP) e Departamento de Articulação Interfederativa (DAI). Monteiro OA, organizador. Guia para a elaboração do contrato organizativo da ação pública: construindo o COAP passo a passo. Série Articulação Interfederativa. 2013;2.
17. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Atenção primária e promoção da saúde. Col para entender a gestão do SUS. 2011;3:10-37.
18. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Assistência de média e alta complexidade no SUS. Col para entender a gestão do SUS. 2011;4:10-47.
19. Da Ponte AC, Mapelli Júnior R. Redes interfederativas de serviços de saúde e controle do Ministério Público: o papel dos estados no SUS. Rev de Direito Brasileira (RDB). 2017;18(7):315-330.

Por uma Regulação do Acesso mais Sistêmica e Produtora do Cuidado: uma Reflexão sobre a Política Nacional de Regulação do SUS e a Articulação entre as Centrais de Regulação e os Serviços

João Marcelo Barreto Silva*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/3VQVwR>

RESUMO

Este ensaio aborda aspectos da Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde (SUS), propondo a discussão acerca de novas tecnologias de operacionalização da regulação do acesso, em busca de um processo mais sistêmico e preocupado com o cuidado e com os princípios do SUS. Foi realizada pesquisa bibliográfica, visando a identificar o conhecimento produzido acerca do tema, bem como aprofundar o entendimento das diversas políticas transversais à regulação do acesso no âmbito do SUS, desencadeando uma reflexão sobre modelos que ampliam a competência reguladora no âmbito dos serviços, por meio de estratégias e práticas operacionais. Os resultados apontam para a necessidade de atualização da Política Nacional de Regulação do SUS, orientando o processo para uma ação produtora do cuidado, que privilegie as necessidades em saúde da população e inclua os profissionais de saúde e os serviços na tomada de decisão.

Palavras-chave: Regulação em saúde. Regulação do Acesso. Gestão da Clínica.

* CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7395081620856059>. E-mail para contato: joaombsilva@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Organizar o processo de regulação em um sistema público de saúde, de caráter universal, requer que o conjunto de ações gestoras, como o planejamento, a programação, o controle, avaliação e auditoria, a vigilância em saúde, entre outras, articule-se com os fluxos de acesso da população aos serviços de saúde, com o cuidado dispensado nesses serviços e com a produção de informações clínicas e administrativas. Isto denota um contraponto entre a regulação do acesso, voltada para o cuidado e para a articulação em rede entre os serviços de saúde, e a regulação da atenção, com viés mais econômico, gerencial e administrativo.

O sentido desta articulação é maximizado quando todos os processos, que derivam das ações de regulação, compartilham os mesmos objetivos – alcançar a máxima qualidade em relação ao seu objeto, com a máxima eficiência possível – isto é, considerando as nuances que permeiam o cuidado em saúde, que demandam decisões baseadas em critérios clínicos e, não necessariamente, em eficiência econômica.

Oliveira *et al* citam que:

O modo com que a regulação em saúde tem sido conceituada é influenciado pelo contexto das reformas regulatórias contemporâneas dos sistemas de saúde. Consequentemente, é necessária uma regulação adequada por parte do Estado para garantir que as decisões permaneçam consistentes com o interesse público. (1)

Vilarins *et al* ressaltam os objetivos da regulação em saúde, destacando o modelo como um instrumento de gestão para o alcance do princípio da equidade.

A busca da equidade no acesso aos serviços de saúde é um objetivo explícito de muitos sistemas de saúde, no entanto, depara-se com muitas barreiras. A utilização do processo regulatório como instrumento de gestão pode se tornar um potente equalizador social do sistema de saúde para amortizar a desigualdade relacional entre os entes público e privado, além de atenuar a relação necessidade, demanda e oferta, tornando-a coerente, compatível e sem grandes distorções. (2)

Foi nesse contexto que o Ministério da Saúde publicou, no ano de 2008, a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecida por meio de ato normativo – Portaria GM/MS n. 1.559/2008 (atualmente inserida na Portaria de Consolidação n. 2, em seu anexo XXVI) – ocupando um espaço importante, uma lacuna normativa produzida pelas diversas experiências em curso no país, que buscavam aperfeiçoar a relação de complementaridade entre os serviços, o monitoramento das pactuações interfederativas e as tomadas de decisão acerca do acesso aos serviços de saúde, baseando-se em critérios de risco e priorização.

O referido ato normativo definiu, como ações intrínsecas à regulação do acesso, a efetivação do ato médico de regular as urgências, controlar a utilização dos recursos assistenciais, padronizar os critérios para encaminhamento de pacientes e estabelecer referências, no contexto da rede de atenção à saúde, considerando os pactos interfederativos. (3)

Art. 5º - A regulação do Acesso à Assistência efetivada pela disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão por meio de atendimentos às urgências, consultas, leitos e outros que se fizerem necessários contempla as seguintes ações:

I – regulação médica da atenção pré-hospitalar e hospitalar às urgências;

II – controle dos leitos disponíveis e das agendas de consultas e procedimentos especializados;

III – padronização das solicitações de procedimentos por meio de protocolos assistenciais;

IV – o estabelecimento de referências entre unidades de diferentes níveis de complexidade, de abrangência local, intermunicipal e interestadual, segundo fluxos e protocolos pactuados. (3)

Em que pese o imenso avanço trazido pela compreensão do ato regulatório sob a ótica do cuidado em saúde, preocupado com fluxos, protocolos, critérios de risco, e no objeto da disponibilização da alternativa assistencial mais adequada à necessidade do cidadão (3), a lógica do fazer baseada no controle sobre os recursos assistenciais ganhou força na atuação das centrais de regulação, instâncias externas aos serviços, envolvidas com ações de controle, permeando a decisão acerca da disponibilização do cuidado e com a mediação entre a demanda que se apresenta, a real necessidade do usuário do SUS e a oferta de serviços de saúde.

Para Oliveira *et al*:

Os modelos tradicionais de regulação mostraram-se insuficientes diante dos desafios atuais desses sistemas. No entanto, não se observa um desmantelamento de toda a regulação estatal, mas um novo projeto de regulação, uma nova regulação, ligada às mudanças do modo de governança. (1)

Essa nova relação exigia determinada tecnologia de governança, que aproximasse as centrais de regulação e os serviços e desenvolvesse estratégias de atuação e responsabilidades comuns. Contudo, o que se observou foi um distanciamento crítico, marcado por objetivos distintos e disputas de autoridade e comando sobre os recursos assistenciais.

É neste cenário que este artigo pretende abordar novas tecnologias de operacionalização da regulação do acesso, que tentam prover um processo mais sistêmico, em rede, preocupado com o cuidado e com os princípios do SUS e em implicar gestores,

reguladores e profissionais dos serviços de saúde com as práticas e os resultados da regulação e da assistência.

2. MÉTODOS

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, em que foram utilizadas as bases de dados *online* SciELO e BVS. Inicialmente, realizou-se uma busca do conhecimento produzido, utilizando os seguintes descritores: “regulação em saúde”, “regulação do acesso” e “gestão da clínica”. Foram selecionados 11 artigos para leitura. Destes, cinco foram introduzidos como referencial neste artigo. Foram pesquisados sites que abordam assuntos referentes ao tema e atos normativos correlacionados, como a Política Nacional de Regulação do SUS, a Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) e a Política Nacional de Atenção às Urgências.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A Política Nacional de Regulação do SUS estabeleceu a Regulação em Saúde em três dimensões de atuação integradas: a Regulação de Sistemas de Saúde, a Regulação da Atenção à Saúde e a Regulação do Acesso à Assistência, submetendo a última à definição de estratégias e macrodiretrizes pela dimensão da atenção. (3)

Art. 2º - As ações de que trata a Política Nacional de Regulação do SUS estão organizadas em três dimensões de atuação, necessariamente integradas entre si [...].

II – Regulação da Atenção à Saúde [...] definindo estratégias e macrodiretrizes para a Regulação do Acesso à Assistência [...]. (3)

Nesse contexto, a Regulação do Acesso, amplamente pautada pelos objetivos da dimensão da atenção, incorpora fortemente práticas da regulação econômica, gerencial e administrativa, num contexto onde a realidade demanda uma atuação mais voltada ao cuidado e às necessidades dos usuários. Exemplo disso é o que caracteriza, em parte, a atuação das centrais de regulação no SUS, muitas vezes envolvidas com controles de cotas e limites, pactuações e procedimentos autorizativos, permeando a decisão acerca do acesso ao cuidado. (3)

Art. 6º

[...]

§ 1º As áreas técnicas de regulação, controle e avaliação deverão construir conjuntamente as estratégias de ação e de intervenção necessárias à implantação desta Política, dos processos de trabalho, bem como captação, análise e manutenção das informações geradas.

§ 2º As informações geradas pela área técnica da regulação do acesso servirão de base para o processamento da produção, sendo condicionantes para o faturamento [...].

§ 3º Os processos de autorização de procedimentos como a Autorização de Internação Hospitalar - AIH e a Autorização de Procedimentos de Alta Complexidade - APAC serão totalmente integrados às demais ações da regulação do acesso, que fará o acompanhamento dos fluxos de referência e contra-referência baseado nos processos de programação assistencial [...]. (3)

Essa concepção deriva do modelo do sistema previdenciário, anterior ao SUS, que tinha seu foco no controle e auditoria sobre os prestadores privados, prática marcante nos primórdios do sistema de saúde estatal brasileiro, e consiste, talvez, na principal quebra de paradigma para consolidação de uma regulação do acesso que objetive o alcance do cuidado integral, em tempo oportuno, apoiando uma rede que atue de forma dinâmica e complementar.

Segundo Oliveira *et al*:

O conceito de regulação em saúde no Brasil baseia-se nas atividades de controle e auditoria exercidas principalmente sobre os prestadores privados contratados pelo sistema previdenciário. Dessa forma, observa-se que a regulação em saúde no Brasil, desde seu início, está voltada às atividades do setor privado produtor de serviços de saúde. (1)

O regramento estabelecido pela Política Nacional de Regulação do SUS induz à organização de fluxos e decisões, em relação ao acesso da população às ações e serviços de saúde, de forma centralizada e vertical, na figura do complexo regulador e suas centrais de regulação, ignorando a atuação dos serviços e dos profissionais assistentes nesse processo, resumida, muitas vezes, à produção de informações para o encaminhamento de pacientes, por meio do preenchimento de laudos (3). Os profissionais de saúde envolvidos com o cuidado não se reconhecem como agentes reguladores.

Art. 7º - A área técnica da regulação do acesso será estabelecida mediante estruturas denominadas Complexos Reguladores, formados por unidades operacionais denominadas centrais de regulação, preferencialmente, descentralizadas e com um nível central de coordenação e integração. (3)

Assim, é fato que a evolução do processo de regulação no SUS remete ao conflito permanente entre reguladores e profissionais assistentes, e entre gestores, nas relações interfederativas, mediadas por pactos que, comumente, não refletem as necessidades em saúde da população de forma quantitativa, tampouco qualitativa.

Experiências internacionais de sistemas de saúde, com caráter público e universal, em geral, não reproduzem a necessidade de intermediação de centrais de regulação, para viabilizar a complementaridade do cuidado, na relação em rede entre os

serviços de saúde. Essa relação ocorre de forma sistêmica e dinâmica, mediada por processos de gestão da clínica e do cuidado, estruturadas a partir de discussão de casos e sistemas de referência e contrarreferência sólidos e estabelecidos.

Gomes *et al* referem que:

Gestión Clínica é utilizada, na Espanha, objetivando principalmente a atenção integral, coordenada e centrada no paciente, buscando incorporar elementos da gestão no cotidiano do trabalho clínico. Nela são contemplados aspectos comuns de todos os agentes envolvidos, descentralização progressiva, autonomia e corresponsabilização na obtenção de resultados. (4)

O Brasil tem experimentado estratégias nessa direção, como as abordagens acerca da regulação a partir da Atenção Básica, as experiências de regulação nos Núcleos de Telessaúde, do Programa Telessaúde Brasil Redes, a estruturação dos Núcleos Internos de Regulação (NIR) e dos Núcleos de Acesso e Qualidade Hospitalar (NAQH) nos hospitais.

A Política Nacional de Atenção Básica (PNAB), publicada em 2017, recomenda a articulação e implementação de processos que fortaleçam práticas de microrregulação nas Unidades Básicas de Saúde (UBS), citando ações como a gestão de filas próprias da UBS, gestão dos exames e consultas, programados e descentralizados para cada UBS, como num sistema de cotas, comunicação entre UBS, centrais de regulação e serviços especializados, pactuação de fluxos e protocolos, apoio matricial presencial ou à distância, entre outros. São ações que instituem práticas e responsabilização acerca da regulação do acesso no âmbito das UBS.

A PNAB reforça, ainda, a incorporação, no processo de referenciamento, das ferramentas de telessaúde, articuladas às decisões clínicas e aos processos de regulação do acesso, e define, como atribuições dos profissionais da Atenção Básica, entre outras, contribuir para o processo de regulação do acesso, participar de fluxos assistenciais na Rede de Atenção à Saúde (RAS) e realizar a gestão das filas de espera, ampliando esta ação para um processo de compartilhamento de casos e acompanhamento longitudinal de responsabilidade das equipes. (5)

O Programa Telessaúde Brasil Redes tem grande potencial para fortalecer o que preconiza a PNAB e tem revelado experiências importantes no campo da regulação. Destaca-se o projeto RegulaSUS, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em conjunto com a Secretaria de Estado de Saúde do Rio Grande do Sul, que visa a diminuir o tempo de espera para acesso às consultas especializadas, priorizando o atendimento aos pacientes mais graves, e atuar no apoio à resolução dos problemas de saúde na Atenção Básica. (6)

A estratégia utiliza protocolos de encaminhamento para, a partir da análise das filas de espera, confirmar as indicações e agilizar o atendimento aos casos mais graves. O diferencial está no suporte assistencial aos profissionais da Atenção Básica, visando

a apoiar a condução do cuidado de boa parte dos casos, por meio da discussão entre o médico assistente, que dispensa o cuidado ao paciente, e um médico do Núcleo de Telessaúde, numa dinâmica nomeada teleconsultoria. (6)

Schimitz *et al* entendem que:

A teleconsultoria tem sido vista como uma ótima ferramenta de ajustamento entre pares, além de qualificar e evitar encaminhamentos da APS para outros níveis de atenção [...] baseada na melhor evidência, a teleconsultoria provê suporte assistencial para profissionais de saúde solicitantes da APS. (7)

A Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP), publicada em 2013, também reforça práticas de regulação no âmbito dos serviços hospitalares, em especial, na atuação dos Núcleos Internos de Regulação (NIR), com atribuições como disponibilizar consultas ambulatoriais, Serviços de Apoio Diagnóstico e Terapia (SADT) e leitos de internação, além de buscar vagas de internação e SADT em estabelecimentos de saúde distintos do qual está vinculado, para complementação do cuidado de pacientes internados. (8)

Outra estratégia trazida pela PNHOSP são os Núcleos de Acesso e Qualidade Hospitalar (NAQH), com atribuição de garantir a qualidade da gestão dos leitos de retaguarda às urgências, reforçando o gerenciamento dos leitos, realizado na perspectiva da integração da prática clínica no processo de internação e alta (8), ação fundamental para a rotatividade de leitos e melhores resultados na regulação do acesso.

A Política Nacional de Atenção às Urgências, publicada em 2011, por sua vez, instituiu a Rede de Atenção às Urgências (RUE) no SUS, traçando, como uma de suas diretrizes, a regulação articulada entre todos os seus componentes, destacando, entre eles, as ações de Promoção, Prevenção e Vigilância em Saúde, a Atenção Básica em Saúde, o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192) e suas Centrais de Regulação Médica das Urgências, a Sala de Estabilização, a Força Nacional de Saúde do SUS, as Unidades de Pronto Atendimento (UPA 24h) e o conjunto de serviços de urgência 24h, a Atenção Hospitalar e a Atenção Domiciliar, visando à garantia da equidade e integralidade do cuidado (9). A articulação dos serviços em rede é uma premissa fundamental para a estruturação de sistemas de referência e contrarreferência e base para uma regulação do acesso integrada ao cuidado.

Essas experiências têm fomentado a reflexão sobre modelos que ampliam a competência reguladora no âmbito dos serviços, propondo estratégias práticas e operacionais que consigam sistematizar ações neste âmbito. Existem experiências importantes no país, que podem ser objeto de exploração, com foco nos processos e nos resultados alcançados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que regular o acesso não significa ignorar os limites do sistema e, conseqüentemente, da rede de atenção. Os aspectos econômicos e estruturais são parte fundamental para a garantia de um cuidado com qualidade e em tempo oportuno. É preciso, contudo, racionalizar as discussões acerca da eficiência na dimensão do acesso, compreendendo o seu papel limitador na relação com o mercado produtor de demanda, observando sempre as condições clínicas e a real necessidade dos pacientes. Para Nascimento *et al*, “a regulação em saúde deve ser pensada sempre no contexto dos princípios norteadores do SUS, e não apenas como forma de racionalizar os recursos existentes”. (10)

A Regulação do Acesso, nesse contexto, deve ser exercida por gestores, reguladores e profissionais assistentes, preocupada com a qualidade do cuidado e com a decisão acerca da melhor alternativa assistencial a ser dispensada ao usuário do SUS, buscando a eficiência orientada por critérios clínicos de cuidado, que balizem as ações de priorização e classificação de risco.

Nesse contexto, a adoção de protocolos que orientem a ação produtiva em saúde, os fluxos de pacientes na rede e a gestão das filas de espera, têm-se mostrado capaz de qualificar a atividade reguladora e impedir, ou limitar, o uso irracional dos recursos assistenciais.

É fundamental ao SUS dar um passo adiante, atualizando as premissas e fortalecendo as diretrizes da Política Nacional de Regulação, orientando o processo para uma ação produtora do cuidado, que privilegie as necessidades em saúde da população, inclua os profissionais de saúde e os serviços na tomada de decisão e desenvolva estratégias que orientem esse processo.

Este estudo pode ser ampliado, com foco nos processos e resultados das estratégias acerca da regulação, a partir da Atenção Básica, das experiências de regulação nos Núcleos de Telessaúde, do Programa Telessaúde Brasil Redes, da estruturação dos Núcleos Internos de Regulação (NIR) e dos Núcleos de Acesso e Qualidade Hospitalar (NAQH) nos hospitais, visando à análise da efetividade dessas abordagens para a regulação do acesso e da inserção prática no SUS.

REFERÊNCIAS

1. Oliveira R, et al. Conceitos de regulação em saúde no Brasil. Rev Saúde Pública. 2012;46(3):571-6.
2. Vilarins G, et al. A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais. Saúde em Debate. 2012;36(95):640-7.

3. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 1.559, de 1º de setembro de 2008. Institui a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde – SUS. Diário Oficial da União.
4. Gomes R, et al. A gestão da clínica em questão. *Scientia Medica*. 2017;27(2).
5. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 2.436, de 21 de setembro de 2017. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo diretrizes para a organização da Atenção Básica, no Âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União. (Portaria de Consolidação n. 2, anexo XXIV).
6. REGULASUS. [internet]; [acesso em 13 fev 2018]. Disponível em <https://www.ufrgs.br/telessaunders/nossos-servicos/teleconsultoria/regulasus/>.
7. Schmitz C, et al. Oferta e utilização de teleconsultorias para atenção primária à saúde no Programa Telessaúde Brasil Redes. *Rev Bras Med Fam Comunidade*. 2017;12(39):1-11.
8. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 3.390, de 30 de dezembro de 2013. Institui a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Diário Oficial da União. (Portaria de Consolidação n. 2, anexo XXIV).
9. Ministério da Saúde. Portaria GM/MS n. 1.600, de 7 de julho de 2011. Reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União. (Portaria de Consolidação n. 3, anexo III).
10. Nascimento A, et al. Regulação em saúde: aplicabilidade para concretização do pacto de gestão do SUS. *Cogitare Enferm*. 2009;14(2):346-52.

Os Estados e os Desafios da Regionalização da Saúde

Ana Paula do Rego Menezes¹
Arthur Chioro²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/wnyKts>

RESUMO

Este artigo pretende contribuir com o debate sobre os desafios da regionalização da saúde. O forte tensionamento entre descentralização e integração, em um contexto singular do federalismo brasileiro e de fragilidade das relações interfederativas, persiste como impasse para implantação da regionalização da saúde no Brasil. O Pacto pela Saúde, em 2006, aprofundou o processo de regionalização como estratégia para consolidar os princípios do SUS. A Portaria n. 4.279/2010 reforçou o fundamento constitucional de organização do SUS, por meio de uma Rede de Atenção à Saúde (RAS), a partir da articulação entre as esferas federativas e o fortalecimento da governança. Em 2011, foi publicado o Decreto n. 7.508, que conferiu legalidade ao processo de articulação interfederativa e instituiu o COAP, como o instrumento jurídico que explicita os compromissos em cada região de saúde. A Lei Complementar n. 141/2012 instituiu o planejamento regional, conferindo força de lei aos planos de saúde e relatórios de gestão. Embora existam 438 Regiões de Saúde, apenas dois estados assinaram o COAP: Ceará e Mato Grosso do Sul. Apesar do arcabouço normativo recente do SUS avançar no sentido da institucionalização da regionalização e do pacto intergovernamental, várias evidências demonstram que esse processo ainda carece de revisão. Para o TCU (2016), um indicativo de que essa estratégia não alcançou os resultados pretendidos é a constatação de que mais de 90% das Regiões não assinaram o COAP. Este artigo propõe-se a fazer uma revisão documental e bibliográfica para discussão dos principais desafios, destacando o papel dos estados nesse processo inconcluso.

Palavras-chave: Descentralização. Integração. Regionalização da Saúde.

¹ CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4356356878109289>. Médica Sanitarista. Doutoranda PPG Saúde Coletiva pela Universidade Federal de São Paulo. E-mail para contato: ana_soter@uol.com.br

² CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9454572596499303>. Professor Doutor do Departamento de Medicina Preventiva - Universidade Federal de São Paulo. E-mail para contato: arthur.chioro@unifesp.br

1. INTRODUÇÃO

O Sistema Único de Saúde (SUS) está consolidado como uma das principais políticas sociais em curso no país. Na condição de política de Estado, tem sido construído pelos diversos governos que se sucederam desde 1988 nas esferas federal, estadual e municipal. O presente artigo pretende contribuir com o debate sobre o papel dos estados frente aos desafios da regionalização da saúde.

Foram muitas as conquistas do SUS, porém, algumas questões estruturais deixaram de ser resolvidas. Observa-se, ainda, a permanência de insuficiências para garantir tanto os princípios da universalidade, integralidade e equidade, como a qualidade e a eficiência na organização e gestão dos serviços de saúde prestados à população. O forte tensionamento entre descentralização e integralidade, em um contexto de fragilidade das relações interfederativas, fruto de um modelo de federalismo singular como o brasileiro, persiste como problema central para a efetiva implementação da regionalização da saúde no Brasil. (1)

O Pacto pela Saúde (2), em 2006, ressaltou a relevância de aprofundar o processo de regionalização da saúde como estratégia essencial para consolidar esses princípios. A Portaria n. 4.279/2010 (3) definiu a Rede de Atenção à Saúde no SUS (RAS), encampada pela Portaria de Consolidação n. 03/2017, os seus fundamentos e atributos, as principais ferramentas de microgestão dos serviços, os seus elementos constitutivos, além de estabelecer diretrizes para a sua organização e implementação. Reforçou o fundamento constitucional de organização do SUS como uma rede regionalizada de produção de saúde e um sistema único de comando, a partir da articulação intermunicipal, interestadual e entre as três esferas de governo, e do redesenho adequado e do fortalecimento da governança.

Em junho de 2011, foi publicado o Decreto n. 7.508 (4), regulamentando a Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal n. 8.080/90), que conferiu caráter legal ao processo de articulação interfederativa e coloca a RAS como elemento central para a organização dos serviços na região de saúde e garantia da integralidade da assistência à saúde.

O Decreto n. 7.508/2011 institui o Contrato Organizativo da Ação Pública (COAP), definido como um acordo colaborativo firmado entre os entes federativos, com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

De acordo com o relatório de auditoria do Tribunal de Contas da União TCU/2015:

[...] as estratégias que buscam organizar a pactuação intergovernamental podem ser compreendidas como acordos entre os gestores dos três níveis de governo para implantar diversos programas de saúde, de modo a tornar possível o aporte suficiente de recursos e o compartilhamento

da capacidade instalada entre os diferentes entes, com o objetivo de prover atendimento integral de saúde à população brasileira. (5)

Para o TCU, tanto o Pacto pela Saúde, quanto o COAP são modelos que trazem, em comum, conjunto de metas e responsabilidades dos entes federativos, sendo que a proposta do COAP poderia aumentar a segurança administrativa, “vinculando os entes signatários ao cumprimento de responsabilidades definidas num documento formal”. (5)

A Lei Complementar n.141 (6), publicada em 2012, além de definir o que são Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), institui o planejamento regional, conferindo força de lei aos planos de saúde e relatórios de gestão. Esta lei é posterior ao Decreto n.7508/2011 e também precisa ser considerada como marco legal do processo de regionalização da saúde, sendo superior hierarquicamente ao decreto, ato exclusivo do executivo.

Apesar do arcabouço normativo-legal recente do SUS avançar no sentido da institucionalização da regionalização e do fortalecimento do pacto intergovernamental da saúde, várias evidências demonstram que esse processo ainda carece de revisão e redirecionamentos.

2. MÉTODO

A primeira parte do artigo foi desenvolvida por meio da reconstrução do processo histórico de implementação do SUS, com ênfase nos caminhos da regionalização da saúde no Brasil. A segunda compreendeu uma análise dos principais desafios colocados para a regionalização da saúde, com destaque para as gestões estaduais do SUS.

Para tanto, foram revisitados decretos, portarias, documentos e publicações do Ministério da Saúde (MS) e das instituições representativas dos secretários municipais e estaduais de saúde, consultas a sites, teses, livros e artigos científicos relacionados ao tema.

3. DISCUSSÃO E ANÁLISE

A construção do SUS é marcada por um processo de normatização muito intenso. Além das leis n. 8080, n. 8142, em 1990, as Normas Operacionais Básicas (NOB), que foram editadas na década de 90 (NOB 01/91, 01/92, 01/93 e 01/96), e a Norma Operacional da Assistência à Saúde - NOAS (2001 e 2002) tiveram um papel fundamental para consolidar a diretriz da descentralização, ao regularem aspectos determinantes da divisão de responsabilidades entre os gestores e critérios de transferência de recursos federais para estados e municípios. (7)

A NOAS, publicada em 2001 e reeditada em 2002, tratou da reorganização dos sistemas de saúde por meio da regionalização, buscando fortalecer o papel coordenador/negociador dos estados e garantir a integralidade da assistência, consolidando a atenção básica como a porta de entrada do sistema. A NOAS parece tentar compensar a NOB-01/96 e a radicalização da municipalização, onde cada município deveria responder por si a um conjunto de demandas advindas com o SUS. (8-9)

Apesar dos grandes avanços obtidos em termos de instituição de direitos universais, da afirmação de valores de solidariedade e justiça social, da expansão da atenção básica, da implantação de programas e construção de experiências exitosas de sistemas municipais de saúde, ainda estamos distantes de garantir os preceitos constitucionais do SUS, ofertando à população ações e serviços eficientes e com qualidade. (1)

A NOAS 2001 (10) assumiu, no seu título, a centralidade da regionalização: “Regionalização da assistência à saúde: aprofundando a descentralização com equidade no acesso”. Deu ênfase ao planejamento regional integrado, com a instituição de um Plano Diretor de Regionalização (PDR), como instrumento de ordenamento do processo de regionalização da assistência em cada estado. Delimitou conceitos-chave, como o de região de saúde, a ser definida pelo estado, mas que tinha como padrão uma base mínima assistencial obrigatória.

Reeditada em 2002, orientou a reorganização dos sistemas de saúde por meio da regionalização, buscando fortalecer o papel coordenador/negociador dos estados e garantir a integralidade da assistência.

Entretanto, alguns aspectos de sua formulação resultaram em insuficiências em sua capacidade de fundamentar processos consistentes de integração regional, como o excessivo grau de normatização, a centralização na esfera estadual nos processos de planejamento e regulação, a ênfase na dimensão assistencial, a padronização dos recortes territoriais de organização dos serviços, a ausência na definição de um modelo de atenção, de sistemas de suporte logístico, entre outros (1;11). O debate sobre as contradições geradas por sua implementação resultou na formulação e aprovação do Pacto pela Saúde.

As estratégias e instrumentos de integração regional, até então delineados, eram de baixa institucionalidade, tais como os Consórcios, a Programação Pactuada e Integrada (PPI) e experiências esparsas de Comissões Intergestores Bipartites regionais, ou mesmo restritas sob a forma de uma série de arranjos colaborativos setoriais estruturados a partir do compartilhamento de objetivos, interesses e recursos denominados de “redes” de promoção, diagnóstico e tratamento (oncologia, cardiologia, saúde do trabalhador, saúde mental, etc.), de unidades especializadas, de conhecimento, pesquisa e ensino (bibliotecas, centros de pesquisa, informações, educação continuada, etc.), de apoio social (dependentes, atomizados, etc.), entre outros. Tais arranjos levaram a importantes resultados em termos de efetividade do SUS, mas são focados em

ações e programas específicos, enquanto uma rede regionalizada de atenção à saúde possui a integralidade como fundamento de seu conteúdo de ações e serviços de saúde para a produção de políticas públicas. (1)

O Pacto pela Saúde/2006 ressaltou a relevância de aprofundar o processo de regionalização da saúde como estratégia essencial para consolidar os princípios de universalidade, integralidade e equidade do SUS, sendo uma das responsabilidades gerais da gestão compartilhada pelas três esferas de Estado “coordenar o processo de configuração do desenho da rede de atenção à saúde, nas relações intermunicipais, com a participação dos municípios da região”. (2)

Pretendeu introduzir novas estratégias de integração e articulação da política de saúde, instituindo, como marco fundamental de consolidação institucional do SUS, um novo formato de condução das relações entre as esferas de governo e o desafio de superar a fragmentação das políticas e programas nacionais.

Estabeleceu o *locus* regional como privilegiado (2) para a construção das responsabilidades pactuadas, uma vez que é esse espaço que permite a integração de políticas e programas, por meio da ação conjunta das esferas federal, estadual e municipal. O espaço regional não é de exclusiva jurisdição de nenhuma das esferas de governo, portanto, permite o encontro solidário, cooperativo e responsável dos entes federados. É amplo o suficiente para conter estruturas de gestão e provisão de serviços de saúde, cuja complementaridade compõe um conjunto capaz de garantir a integralidade da atenção. A região institui-se a partir de relações singulares em termos socioeconômicos, culturais e sanitários, o que representa uma base consistente de relações de interdependência para a integração de políticas e programas, assim como das ações e serviços de saúde. Com isso, a regionalização assumiu o *status* de processo principal de redefinição do modelo de descentralização no SUS.

Com as Redes de Atenção à Saúde (RAS), em 2010, o Ministério da Saúde procurou recuperar o fundamento constitucional de organização do SUS como uma rede regionalizada de produção de saúde, a partir da articulação intermunicipal, interestadual e entre as três esferas de governo, e do redesenho e do fortalecimento da governança (3). As diretrizes de organização que orientaram a constituição das RAS foram a territorialização; a reorientação do modelo de atenção, tendo a atenção básica como eixo reorientador das linhas de cuidado; a intersetorialidade; o planejamento estratégico integrado; marcos regulatórios regionais estruturados de forma a proporcionar estabilidade e unicidade ao processo decisório, tendo os Colegiados de Gestão Regional (CGR) como instâncias de cogestão; o financiamento conjunto intergovernamental, combinando critérios de necessidades de saúde com estímulos institucionais à continuidade da atenção; compartilhamento de responsabilidades e desempenho no cumprimento dos objetivos e metas fixadas; unificação dos processos decisórios relativos aos investimentos, materializados nos Planos Diretores de Investimentos; a participação e o controle social.

4. O FEDERALISMO BRASILEIRO, A DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS E A NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO

O federalismo brasileiro apresenta especificidades que merecem destaque por suas implicações para a área da saúde (1;11). A primeira diz respeito ao grande peso dos municípios como entes federativos, com muitas responsabilidades na implementação de políticas públicas. A diversidade dos municípios brasileiros, em termos de porte, desenvolvimento político, econômico e social, capacidade de arrecadação tributária e capacidade institucional, implica diferentes possibilidades de implementação de políticas públicas de saúde. No que diz respeito às políticas de saúde, agregue-se a complexidade inerente à área, relacionada aos seguintes fatores: múltiplas determinações sobre o estado de saúde da população e dos indivíduos; diversidade das necessidades de saúde da população; diferentes tipos de ações e serviços para atender a essas necessidades; força de trabalho especializada; ritmo acelerado de incorporação tecnológica. Tudo isso pressiona a estruturação de um sistema de saúde que tem como base a concepção de saúde como um direito de cidadania.

O SUS é marcado por um processo de descentralização radical no sentido da municipalização. De acordo com Arretche (12), esse fenômeno coincide com o forte grau de consenso, observado nacional e internacionalmente, nas agendas de reformas sociais. No entanto, pode-se dizer que ocorreu, no processo de implantação do SUS, nos últimos 30 anos, um esforço direcionado para construção de um modelo federativo de saúde por meio de inúmeras tentativas de definição das atribuições de cada nível de governo na gestão da política de saúde, assim como pelas tentativas de criação de instrumentos e mecanismos institucionais específicos que pudessem refletir e assegurar os diversos pactos firmados entre os entes.

Nessa perspectiva, foram criadas as comissões intergestores tripartites e bipartites (CIT e CIB), como fóruns singulares de negociação intergovernamental na implantação de políticas públicas (4). Vários instrumentos também foram pensados, para que expressassem o conjunto de compromissos firmados entre os gestores, mas ao longo da história do SUS, observou-se que tinham baixa legitimidade e tornaram-se meros instrumentos cartoriais, em detrimento de processos reais de planejamento integrado, que não se constituíram em instrumentos passíveis de responsabilização normativa e legal.

Para a administração moderna, a descentralização é um processo que procura criar e redistribuir espaços de decisão e capacidades estratégicas entre vários níveis de intervenção (13-14). Um sistema de saúde mais descentralizado caracterizar-se-ia por vários pontos, ou centros de decisão. O oposto de um sistema de saúde descentralizado é um sistema totalmente integrado a uma autoridade hierárquica central. Quando esta redefinição do espaço organizacional e administrativo está baseada em fronteiras geográficas, a descentralização torna-se uma regionalização. A transferência de atribuições para esses níveis intermediários pode ser realizada de acordo com várias modalidades. Para Lemieux *apud* Soter (11), esta modalidade de descentralização de atribuições seria desconcentração e limita-se à implantação de estruturas que

fazem o papel de intermediários de uma política central. A desconcentração (delegação), sinônimo de descentralização administrativa, não implica poder de taxaço, nem sistema de eleição dos seus dirigentes, e trata das atribuições unisetoriais. O grau de autonomia dessas estruturas depende do mandado que lhe é conferido pelo arcabouço jurídico. Em algumas situaçoes, esses nívéis intermediários referem-se à regionalizaço de estados unitários, sem governos subnacionais. Não podem ser copiadas em países como o Brasil, com seus estados e municípios autônomos, garantidos por previsão constitucional.

No SUS, essa regionalizaço, enquanto desconcentraço de competências, ocorreu nas décadas de 80 e 90, apoiada no princípio da territorializaço, com a criaço de Sistemas Locais de Saúde (SILOS) e de distritos sanitários nos municípios brasileiros. Tratava-se de desconcentraço, pois o nível central delegava suas responsabilidades para o nível intermediário. Vale destacar, entretanto, que essa base territorial influenciou significativamente nos planos municipais de saúde, nas estratégias de organizaço dos serviços de saúde e nos mecanismos de controle social.

Quanto à descentralizaço intergovernamental (política), segundo o documento “Análise de alguns aspectos do processo de descentralizaço”, *apud* Soter (11), estudo do Ministério da Saúde de 1999, cinco modelos de gestão da descentralizaço da assistência (principal foco) ocorriam simultaneamente nos estados brasileiros: gestão centralizada dos sistemas de saúde – municípios como prestadores de serviços; gestão descentralizada por partilha – divisão de responsabilidades de acordo com interesses conjunturais dos gestores, sem considerar organizaço da rede de atenço; gestão descentralizada por nível de hierarquia – municípios assumem a gestão de serviços ambulatoriais e hospitalares de menor complexidade; gestão municipalizada do sistema de saúde – caracterizada pela municipalizaço radical do sistema de saúde, com frágil participaço dos estados; gestão municipalizada do sistema de saúde com ênfase na regionalizaço – descentralizaço para os municípios da maioria das atividades de gestão e gerência, forte participaço dos estados na coordenaço do processo de planejamento e programaço, organizaço de sistemas regionais e garantia de acesso aos serviços de referência. Esse estudo, de certa maneira, embasou as discussões para elaboraço da NOAS 2001, com os problemas de implantaço já referidos acima.

Nesse sentido, retoma-se a discussão da regionalizaço da saúde e da construço de Redes de Atenço à Saúde (RAS), com o Pacto pela Saúde/2006, como forma de enfrentar a fragmentaço da atenço e da organizaço dos serviços de saúde, resultado da municipalizaço radical do SUS, considerando o modelo federativo brasileiro, em que não existe hierarquia política nem administrativa entre os três entes federados. Fala-se das regiões como um espaço que propicia um encontro de compartilhamento de compromissos entre os três entes autônomos da federaço brasileira, que, em nenhuma hipótese, pode substituir esses entes ou se sobrepor a eles.

5. A REGIONALIZAÇÃO E OS MARCOS NORMATIVOS E LEGAIS MAIS RECENTES

Em 2011, foi publicado o Decreto n. 7.508 (4), que confere caráter legal aos pactos de compromissos interfederativos e coloca a RAS como elemento central para a organização dos serviços na região de saúde, ratificando a concepção de região de saúde introduzida pelo Pacto. Em seu artigo 2º, considera região de saúde:

[...] espaço geográfico contínuo constituído por agrupamentos de municípios limítrofes, delimitado a partir de identidades culturais, econômicas e sociais [...] com a finalidade de integrar a organização, o planejamento e a execução de ações e serviços de saúde [...].(4)

O Decreto (4) institui também o Contrato Organizativo da Ação Pública (COAP), definido como um acordo colaborativo firmado entre os entes federativos, com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada, com definição de responsabilidades, indicadores e metas de saúde, critérios de avaliação de desempenho, recursos financeiros que serão disponibilizados, forma de controle e fiscalização de sua execução e demais elementos necessários à implementação integrada das ações e serviços de saúde.

De acordo com o Decreto, o COAP é um Instrumento jurídico que explicita os compromissos pactuados em cada região de saúde, que retrata a situação atual e as intervenções necessárias para uma situação futura e expressa a programação geral de ações e serviços de saúde para a região, servindo, ainda, como o instrumento de alocação de recursos das três esferas de Governo. Deve consubstanciar os consensos desses entes nas comissões intergestores (CIT, CIB e CIR), sendo o resultado da integração dos planos de saúde dos entes signatários, em consonância com o planejamento regional integrado.

Em 2011, foi pactuado, na CIT, um cronograma de trabalho para uma agenda de discussões sobre os dispositivos do Decreto n. 7508/11. Nesse processo de discussões sobre as normas complementares, não ocorreu o debate sobre a implantação da RAS e sua importância na integração e organização dos serviços de saúde nas regiões. Esse debate de implantação de redes dava-se em outros espaços dentro do Ministério da Saúde. (15)

Nesse mesmo ano, o Ministério da Saúde, por meio da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa (SEGEP), publicou a Portaria n. 2.979/11 (atualmente encampada pela Portaria de Consolidação n. 06/2017), instituindo um incentivo financeiro de custeio, destinado aos Estados e Distrito Federal para, entre outras coisas, estimular a implementação e o fortalecimento das Comissões Intergestores Regionais (CIR) e o Sistema de Planejamento do SUS, enfatizando o COAP já que seria pré-requisito para receber os recursos informar à CIT sobre agenda de trabalho para a construção do processo de Planejamento Regional, do Mapa da Saúde e da implementação do Contrato. (14)

Por outro lado, nesse mesmo período, foram publicadas as portarias da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS), referentes às seguintes redes temáticas: Rede Cegonha, Rede de Atenção às Urgências, Rede de Atenção Psicossocial, Rede de Cuidado às Pessoas com Deficiência e Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas (cujos conteúdos estão expressos na Portaria de Consolidação n. 03/2017). Dessa forma, o processo de implantação do Decreto e das RAS chegou aos estados e municípios dissociado, mantendo a fragmentação na organização e programação dos serviços de saúde e do seu financiamento.

Em junho de 2016, apenas dois estados haviam firmado seus COAP, correspondentes a 24 das 438 regiões de saúde existentes, sendo 20 no Ceará e 04 no Mato Grosso do Sul. Os COAP assinados não estão vigentes na atualidade. Para o TCU (5), a evidência de que mais de 90% das Regiões de Saúde não assinaram o COAP indica que essa estratégia não tem alcançado os resultados pretendidos. Além disso, as regiões de saúde não configuraram, para eles, em maior integração na organização e na prestação de ações e serviços de saúde. Em seu Relatório de Auditoria (5) conclui que a forma de transferências financeiras, como parcelas fracionadas em diversos incentivos, pode gerar efeitos negativos para o processo de regionalização, pois essa lógica de incentivos fragmentados volta-se aos municípios, isoladamente considerados.

De acordo com Moreira *et al* (16), o principal obstáculo para efetivação do COAP foi de ordem financeira, caracterizado pela falta de novos recursos para atender às necessidades identificadas no processo de planejamento regional. O segundo obstáculo referido foi o receio dos gestores de ações no judiciário e ministério público.

O Conass (17), por meio de avaliações realizadas pelos estados, apresentou alguns pontos que dificultaram na celebração do COAP, entre os quais destacam-se: dificuldade das secretarias estaduais de saúde em coordenar o processo de planejamento e programação regional; hipertrofia do papel do COAP, em detrimento do processo de planejamento regional; complexidade do instrumento; financiamento insuficiente, fragmentado e inadequado para implantação dos sistemas regionais – planejamento dissociado do financiamento; baixa participação dos profissionais que trabalham nas unidades de saúde no processo de planejamento – dificuldade na mudança dos processos de trabalho e pouco impacto no atendimento ao usuário.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tensão entre descentralização e regionalização esteve presente ao longo do processo de implantação do SUS e pode ser observada, por meio da releitura dos instrumentos normativos e legais, desde a Lei Orgânica da Saúde (leis federais n.8080 e n.8142/90), perpassando todas as normas operacionais do SUS e NOAS, o Pacto pela Saúde/06, o Decreto n.7508/11 e a Lei Complementar n.141/12.

Torna-se relevante ressaltar o contexto político, econômico e social que se impõe como realidade, influenciando e demarcando possibilidades e dificuldades na im-

plantação do SUS. Nesse sentido, deve-se considerar a federação brasileira trina, com autonomia das esferas de governo e com competências concorrentes entre as mesmas; a extrema desigualdade socioeconômica e heterogeneidade territorial; mecanismos frágeis de cooperação entre os entes; a extrema dependência de transferências federais e, portanto sem capacidade de desenvolver, plenamente, sua autonomia para 70% dos municípios, que contam com menos de 20 mil habitantes.

Parece ter sido um acerto o fortalecimento das Regiões de Saúde com a implantação das Comissões Intergestores Regionais e suas câmaras técnicas, que desempenharam relevante papel no planejamento das redes temáticas (rede cegonha, rede psicossocial, rede de urgência e emergência) e no processo de programação e definição de prioridades regionais. Mesmo assim, parece que o planejamento regional do SUS ainda é incipiente.

A promulgação da lei complementar n. 141/12 indica que o decreto n. 7508/11 perde sua finalidade de dar legitimidade e força legal aos pactos federativos, visto que a lei, hierarquicamente superior, traz os componentes essenciais para o planejamento regional, fortalece e torna uma exigência legal os planos de saúde (ascendentes) e os relatórios de gestão como instrumentos formais de explicitação dos compromissos intergestores. Além disso, o papel dos conselhos de saúde é muito reforçado na avaliação da gestão do SUS.

O processo de municipalização da saúde, desenvolvido no âmbito de uma conjuntura política e econômica extremamente complexa, que marca as últimas décadas em nosso país, foi permeado por muitas disputas e por reconhecidas dificuldades, que cada esfera de governo enfrentou a partir dos novos papéis, atribuições e responsabilidades advindas do novo desenho organizativo do sistema, o que leva a diferentes perspectivas de avaliação do processo, muitas vezes conflitantes entre si. (1)

Um legado importante a ser registrado foi o aprendizado de que os processos de produção de saúde nas regiões de saúde são de uma riqueza incomensurável e sobrepõem-se a qualquer tentativa normativa.

REFERÊNCIAS

1. Reis AA. Reflexões para construção de uma regionalização viva. Rev Cienc. Saúde Coletiva. 2017;22(4):105-1054.
2. Ministério da Saúde. Portaria n. 399 de 22 de fevereiro de 2006. Aprova as diretrizes do Pacto pela Saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. 23 fev 2006.
3. Ministério da Saúde. Portaria n. 4279, de 30 de dezembro de 2010. Estabelece as diretrizes para Organização da rede de Atenção à Saúde no âmbito do SUS. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. dez 2010.

4. Brasil. Decreto n. 7508, de 28 de junho 2011. Regulamenta a Lei 8080, de 19 de setembro de 1990 e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. jun 2011.
5. Brasil. Tribunal de Contas da União (TCU). grupo i; classe v; plenário TC 027.767/2014. Relatório de auditoria órgão: Ministério da Saúde. Sumário: auditoria operacional. Governança da pactuação do SUS. Brasília; 2014.
6. Brasil. Lei Complementar n.141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos repassados da União para estados, Distrito Federal e municípios. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. jan 2012.
7. Levicovitz E, Lima LD, Machado CV. A política de saúde nos anos 1990: relações intergovernamentais e o papel das normas operacionais básicas do SUS. Rev Cien Saude Coletiva. 2001;6(2):291.
8. Mendes EV. Os grandes dilemas do SUS. Salvador: Ed. Casa da Saúde; 2001.
9. Pereira S, Quito MV. NOAS: houve impacto para o SUS? Brasília. In mimeo. 2005.
10. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde. Regionalização da assistência à saúde: aprofundando a descentralização com equidade no acesso. Norma Operacional da Assistência à Saúde. NOAS-SUS 01/01 e Portaria MS/GM n. 95, de 26 de janeiro de 2001 e regulamentação complementar. Brasília; 2001.
11. Sóter AP. O papel da esfera estadual na gestão descentralizada do SUS: o estudo de caso Pernambuco (dissertação). Recife: UFPE; 2009.
12. Arreteche MT. O processo de descentralização das políticas sociais no Brasil e seus determinantes. (tese de doutorado). Campinas: UNICAMP- SP;1998.
13. Coglianese C, Nicolaidis K. Securing subsidiarity: legitimacy and the allocation of governing authority. Cambridge: John F. Kennedy; 1997.
14. Contandriopoulos D. Criar organizações para reformar os sistemas. [internet]; 2005; [acesso em 5 jan 2009]. Disponível em <http://www.colufra.umontreal.ca/pt/html/documents/criarorganizaçõesparareformar.pdf> 5.
15. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Nota Técnica 03/16. Diretrizes gerais para implantação do Decreto 7.508/11. [internet]; [acesso em 15 mar 2018]. Disponível em www.conass.org.br.
16. Ribeiro JM, Moreira MR, Ouverney AM. Análise da implementação nacional do COAP (relatório nacional de pesquisa). Rio de Janeiro, Brasília: Fiocruz; 2016.
17. Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Nota Técnica 01/16. Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde – COAP [internet]; [acesso em 13 fev 2018]. Disponível em www.conass.org.br.

Contratação de Serviços Complementares no Sistema Único de Saúde

Letícia de Oliveira Fraga de Aguiar¹
Clarivan do Couto Gonçalves²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/EqoX1z>

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar elementos que estão envolvidos na contratação de serviços privados de saúde, de forma complementar à rede pública, e apontar as principais características a serem observadas pelo gestor nesse processo de formalização das relações contratuais, para a complementação da rede de serviços e ampliação da oferta aos usuários do Sistema Único de Saúde (SUS).

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde. Contratos. Assistência à Saúde.

¹ Odontóloga. Servidora pública do Ministério da Saúde. Mestre em Saúde Coletiva e Especialista em Direito Sanitário. E-mail para contato: leticia.fraga@saude.gov.br

² Advogado. Servidor da Secretaria Municipal de Saúde de São José dos Campos-SP. Especialista em Direito Sanitário. E-mail para contato: clarivan@terra.com.br

1. INTRODUÇÃO

Na Constituição Federal de 1988 (CF/88) (1), a área da saúde sofreu grandes impactos normativos e de organização. Numa expressa reação ao modelo até então existente, restritivo e fracionado, com oferta de serviço público de saúde para alguns grupos, a CF/88 erigiu a saúde em Direito Fundamental Social, estabelecendo, como princípios norteadores, entre outros, a universalidade e a integralidade da assistência.

Consagrou-se, na Lei Maior, a máxima decorrente da VIII Conferência Nacional de Saúde de que “saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Fazer cumprir o disposto constitucional quanto à imensa oferta a ser disponibilizada passou a ser obrigação dos entes federativos, inclusive dos municípios, agora alçados à mesma condição de Estados e União. A saúde passou a ter um *status* nunca antes vivenciado no país, sendo distinguida formalmente como de relevância pública:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (1)

Ante o novo cenário, com tão grandes obrigações, o próprio legislador constitucional trouxe a hipótese da participação da iniciativa privada no sistema público de saúde.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (1)

Nos serviços de saúde do SUS, normalmente, a demanda é superior à oferta. Poucas ações ou serviços de saúde possuem o equilíbrio, daí a necessidade da administração pública contratar prestadores privados, de forma complementar, para minimizar os efeitos sociais da demanda reprimida e suas danosas consequências.

No processo de contratação do setor privado, o gestor de saúde deverá observar as competências legais atribuídas ao ato, a legislação aplicável às licitações e os limites de seu território no planejamento de ações garantidoras da suficiência da assistência.

Weichert (2), acerca da participação da iniciativa privada no SUS, afirma:

[...] somente pode haver contratação de serviços privados quando forem insuficientes as estruturas do Poder Público. A simples menção a uma participação complementar permite concluir que a Constituição

concedeu primazia à execução do serviço público de saúde por uma rede própria dos entes federativos. Atendimento público através de serviços privados deve consistir exceção, tolerável apenas se e enquanto não disponibilizado diretamente pelo Poder Público.(2)

O Manual de orientações para contratação de serviços de saúde (3), editado em 2017 pelo Ministério da Saúde, afirma:

[...] A celebração de vínculos formais entre gestores e prestadores de serviços de saúde tem dupla função: estabelecer uma ferramenta formal de compromisso entre as partes no aspecto qualiquantitativo e garantir a legalidade dos repasses dos recursos financeiros.

Para assegurar o atingimento dessas funções, deverão as partes cumprir as regras fixadas na legislação pertinente às Licitações e aos Contratos Administrativos.

A formalização da participação complementar das entidades privadas no Sistema Único de Saúde reveste-se de importância, na atividade assistencial, e deve ainda ser entendida como importante mecanismo de gestão, controle e avaliação dos serviços contratados [...].(3)

Ainda o Manual:

Nas contratações complementares de serviços de saúde deverão ser observados os princípios e as diretrizes do SUS, a necessidade de ampliação da oferta, assim como as pactuações, a programação, os parâmetros de cobertura assistencial e os recursos financeiros disponíveis para a definição do objeto e do quantitativo a ser contratado, sendo assegurada a preferência às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos, conforme previsto no art. 199, §1º, da C.F., devendo o gestor, persistindo a necessidade quantitativa dos serviços demandados, recorrer às entidades com fins lucrativos. (3)

2. BASES JURÍDICO-NORMATIVAS

A legislação aplicável às contratações é vasta. Nas contratações deverão ser observados, para o estabelecimento dos vínculos formais, os princípios constitucionais impostos à Administração Pública, os princípios e diretrizes próprios do Sistema Único de Saúde constantes da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (4), também conhecida como Lei orgânica de saúde, e a legislação de licitações e contratos administrativos, Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. (5)

O Ministério da Saúde também legisla sobre a matéria, e o fez, mais recentemente, por meio da Portaria n. 2.567, de 25 de novembro de 2016 (6), que trouxe disposições sobre o credenciamento de serviços de saúde, instituto jurídico não previsto

na legislação de licitações, mas usado à larga por Secretarias de Saúde na contratação de serviços complementares.

3. CARACTERÍSTICAS DO PROCESSO DE CONTRATAÇÃO COMPLEMENTAR NA SAÚDE

O processo de contratação complementar na saúde prevê uma sequência de procedimentos administrativos, e pode ser definido como “ato ou efeito de contratar, firmando vínculo formal com a assinatura do instrumento contratual pela credenciada, com publicação do extrato no respectivo Diário Oficial, além da divulgação em meio eletrônico”. (6)

A formalização contratual é consequência. Ela sucede um conjunto de elementos anteriores, que se fundam no planejamento e se atrelam à legislação. O Manual de Contratação de Serviços de Saúde (3) apresenta, de maneira didática, um fluxograma dos momentos envolvidos na necessidade complementar até seu resultado, a contratação.

O gestor deverá mensurar a sua necessidade de incremento nos serviços, a partir da demanda e com base no planejamento, além de observar a capacidade de implementar medidas para ampliação da sua rede própria. Constatada a necessidade, então, parte-se para a contratação no setor privado.

A previsão da necessidade de complementação de serviços deverá constar no Plano de Saúde respectivo, sendo detalhada na Programação Anual de Saúde (PAS), com sua formalização jurídica ocorrendo por meio de instrumento contratual que estabeleça, de forma clara e objetiva, os direitos e os deveres de cada uma das partes.

A relação entre contratante e contratado (administração e prestador) deve ser formalizada em instrumento próprio, estabelecendo-se o vínculo formal com a definição de reciprocidade de direito e obrigações.

Importante ressaltar que esta relação será formalizada de acordo com os critérios: (6)

I - convênio: firmado entre ente público e a instituição privada sem fins lucrativos, quando houver interesse comum em firmar parceria em prol da prestação de serviços assistenciais à saúde;

II - contrato administrativo: firmado entre ente público e instituições privadas com ou sem fins lucrativos, quando o objeto do contrato for a compra de serviços de saúde. (6)

E, “para efeito de remuneração, os serviços contratados deverão utilizar como referência a Tabela de Procedimentos do SUS”. (6)

A lei de licitações dedica um capítulo aos contratos (Capítulo III) e, já no artigo 6º, define o contrato, nos seguintes termos: “é todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades de administração pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. (5)

Contudo, os vínculos formais podem adotar outros instrumentos, devendo, entretanto, assegurar, como medida de validade, as cláusulas necessárias contidas no art. 55 da lei 8.666/93 e, nos contratos de saúde, cláusulas próprias otimizadoras da relação.

As contratações de saúde trazem um traço diferencial em relação aos demais contratos administrativos. Para os de saúde, além da necessária fiscalização do contrato prevista na lei de licitações (5) – artigo 67, devem ser tomadas, regularmente, medidas de regulação (monitoramento, controle e avaliação), tudo isso, na busca de atingimento pleno qualitativo e quantitativo da avença, e, por consequência, competente assistência ao usuário.

4. CONCLUSÕES

O Estado brasileiro conheceu profundas alterações com a Constituição de 1988. A saúde foi especialmente alterada, transformando-se em direito fundamental social e ascendendo a um direito pleno do cidadão, fruível mediante responsabilidade dos entes federativos, inclusive pelos municípios, na prestação de ações e serviços de saúde. De plano, incumbe ao próprio Poder Público a oferta de serviços, mas o legislador constitucional, já ciente das dificuldades e especificidades, tratou de prever a participação complementar da iniciativa privada no novo Sistema de Saúde, mediante contratos específicos e observância da legislação de licitações e portarias do Ministério da Saúde.

A insuficiência da oferta de ações e serviços pela rede assistencial pública, e a comprovada impossibilidade de ampliação desta rede, caracterizam justificativa plausível para que o gestor recorra à contratação, na rede privada, de serviços de saúde, em caráter complementar.

Independentemente dos serviços de saúde serem ofertados na rede pública própria, ou na rede privada contratada, a função gestora de organização da rede assistencial, quando cumprida, deve promover a disponibilização de recursos assistenciais para atendimento às necessidades do cidadão, em local adequado e em tempo oportuno.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição (1988). Constituição Federal Brasileira de 1988. Institui o Estado Democrático. Brasília: Diário Oficial da União. 5 out 1988.
2. Weichert MA. Saúde e federação na Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2004. p.199.
3. Ministério da Saúde. Manual de orientações para contratação de serviços de saúde. [internet]; [acesso em 15 mar 2018]. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2016/novembro/28/MANUAL-DE-ORIENTACOES-PARA-CONTRATAcao-DE-SERVICOS-DE-SAUDE.pdf>.
4. Brasil. Lei Federal n. 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 União. 20 set 1990.
5. Brasil. Lei Federal n. 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União 22 jun 1993, republicado em 6.7.1994 e retificado em 6.7.1994.
6. Ministério da Saúde. Portaria n. 2.567, de 25 de novembro de 2016. Dispõe sobre a participação complementar da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde e o credenciamento de prestadores de serviços de saúde no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União. 28 nov 2016.

A Tutela Estatal sobre os Conselhos de Profissões e sua Importância para as Políticas Públicas de Saúde

Valéria Alpino Bigonha Salgado¹
Thiago Lopes Cardoso Campos²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/EmNSLa>

RESUMO

O presente artigo traz uma análise histórica sobre a criação e implantação dos conselhos de profissão no país, com foco no seu papel, na sua natureza jurídica e na sua vinculação com a Administração Pública; com o fim de contribuir para o debate sobre a natureza da regulação que deve incidir sobre a atividade profissional exercida na área da saúde, e a importância de sintonia entre o modelo regulatório e a diretriz constitucional de primazia do interesse público.

Palavras-chave: Conselhos Profissionais. Saúde. Supervisão Ministerial.

¹ Pesquisadora-bolsista da Fundação Oswaldo Cruz e Consultora na Área da Gestão Pública. Especialista em Gestão Pública e Qualidade em Serviços. E-mail para contato: valeria.alpino@gmail.com

² Advogado Especialista em Direito Sanitário e em Gestão de Políticas Públicas de Saúde. Vice-presidente do Instituto de Direito Sanitário – IDISA, Membro da Comissão de Direito à Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil na Bahia. E-mail para contato: tlccampos2@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O livre exercício das profissões é um direito fundamental dos cidadãos, previsto como cláusula pétrea da Constituição Federal (inciso XIII, art. 5º). A fim de assegurar esse direito e compatibilizá-lo com a proteção do interesse coletivo, o texto constitucional determina que a regulação do exercício profissional seja exercida exclusivamente pelo Poder Público e, de forma privativa, pela União (conforme inciso XXIV do art. 21, conjugado ao inciso XVI do art. 22).

A regra é, pois, a liberdade, cabendo ao Estado (e somente a ele) a ação regulatória, quando essa liberdade representar potencial lesivo à ordem econômica e social, e a intervenção no livre exercício profissional tornar-se imperativa para a garantia do interesse público. Nesse caso, os órgãos estatais responsáveis pela regulação devem avaliar o nível de intervenção necessária em cada setor de atividade e as formas possíveis de sua execução, minimizando-a, até a sua nulidade, quando houver baixo risco de ofensa ao interesse coletivo.

Também o Supremo Tribunal Federal (STF) tem entendido que nem todos os ofícios ou profissões podem e devem ser condicionados ao cumprimento de condições legais para o seu exercício; sendo obrigatória a regulamentação da profissão e a sua fiscalização pelo Estado apenas quando constatado o potencial lesivo da atividade profissional (vide RE 414426/SC).

Um modelo regulatório apenas não é, portanto, suficiente e adequado para responder às necessidades de regulação das diferentes profissões existentes no país. Há setores em que a livre regulação do mercado é suficiente. Em outros, há necessidade de uma regulação estatal, embora menos intrusiva, menos restritiva da liberdade do exercício da profissão. E há aqueles setores em que é essencial garantir que a atuação profissional esteja sujeita a um marco regulatório mais intenso, que restrinja a liberdade de exercício da profissão, na medida em que essas interfiram nas políticas públicas – as quais, por essência e pressuposto, refletem o interesse público.

A Suprema Corte tem afirmado que há serviços, tais como os de educação, que, mesmo quando prestados pelo particular, por direito próprio, configuram serviços públicos e devem-se submeter às disposições legais e normativas exaradas pelo Poder Público:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA.

1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às

entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil).

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente. (1)

As profissões da área da saúde enquadram-se, sem sombra de dúvidas, nesse último caso, em que a ação regulatória estatal visa a assegurar que o direito de acesso dos cidadãos a serviços de saúde de qualidade, públicos ou privados, prevaleçam sobre quaisquer interesses corporativos ou de mercado. Sendo a saúde um bem público, reconhecido e disciplinado pela Constituição Federal (arts. 6º, caput e arts. 196 a 200), o objeto da regulação profissional não se restringe à qualidade da atividade profissional, mas fundamental e prioritariamente, está relacionado à viabilização das políticas públicas garantidoras do bem-estar da população.

Dessa forma, a regulação das profissões de saúde deve estar articulada e integrada às políticas públicas nacionais, de forma a: promover a formação de profissionais orientados para as necessidades e expectativas da população; buscar o equilíbrio entre oferta e demanda de serviços de saúde em todo o território nacional; viabilizar a interação com os profissionais e a participação desses na formulação, implementação e avaliação das políticas de saúde, privilegiando o diálogo e a cooperação entre os profissionais; garantir que sua atuação seja, efetivamente, útil à sociedade.

Nesse contexto, o modelo de autorregulação exercido pelas corporações profissionais, introduzido no país no âmbito das políticas corporativas do Estado Novo de Getúlio Vargas, tem revelado sinais de esgotamento e inadequação, especialmente após a vigência do texto constitucional de 1988, que deu nova disciplina à questão da regulação das profissões e consagrou novos compromissos para o Estado Nacional, no âmbito dos direitos sociais.

A partir de então, a autorregulação profissional passou a dar claros sinais de dissintonia com as disposições constitucionais, colocando os conselhos de profissão em um limbo, caracterizado pela ausência de consenso político e jurídico acerca da sua natureza jurídico-institucional.

2. MÉTODOS

O método utilizado foi o de pesquisa e análise documental das Constituições Federais, leis e decretos aprovados no âmbito da União, sobre o exercício profissional e os conselhos de profissão no país, do período do Império aos dias atuais.

3. RESULTADO E DISCUSSÃO

Desde a Constituição Política do Império, a liberdade de exercício das profissões é reconhecida como direito dos cidadãos. A Constituição de 1824 vedava a proibição de qualquer gênero de trabalho que não se opusesse aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos, e abolia a criação de quaisquer corporações (incisos XXIV e XXV do art. 179). A interferência estatal no exercício das profissões era ínfima, senão nula. (2)

A Constituição de 1891 manteve em seu texto o direito ao livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (art. 72, §24), e previu a competência privativa do Congresso de legislar sobre o trabalho, sinalizando para discreto intervencionismo estatal (3). Dessa época, tem-se registro apenas de decretos que instituíaam impostos sobre indústrias e profissões, havendo referências, dentre outros, ao médico, ao boticário com estabelecimento, ao droguista e ao cirurgião-dentista.

A ampla liberdade de ação dos profissionais privilegiou, em um primeiro momento, exageros na prática dos ofícios, como não subordinar a prática da medicina à obrigatoriedade da obtenção de um diploma universitário. A ausência da regulamentação e da tutela estatal gerou descontrole nas relações de trabalho e a prevalência, não dos interesses corporativos, mas do capital.

Já nos anos finais do século XIX, era perceptível o esgotamento do modelo liberal do exercício das profissões e o surgimento de uma tímida regulação estatal. O Decreto n. 2.997/1898, que determinava a execução de convenção entre o Brasil e o Chile, estabelecia a liberdade de exercício de profissões nos dois países para aquelas cujos profissionais “houvessem sido habilitados por diploma ou título expedido pela autoridade nacional competente”(2)

No período de 1932 a 1937, o Governo Provisório de Getúlio Vargas aprovou a representação das associações profissionais nos órgãos legislativos no Brasil (4), com direito a voz e voto (Decreto n. 21.076/1932); incorporada à Constituição de 1934. (5)

O texto constitucional de 1934 evidenciou uma mudança de pensamento em relação à liberdade de exercício das profissões e a necessidade de regulação estatal, por conter artigo que condicionava essa liberdade “às condições de capacidade técnica e a outras estabelecidas em lei, ditadas pelo interesse público”. (2)

A representação classista no Poder Legislativo vigorou até a Constituição de 1937 e desapareceu no período do Estado Novo, quando sindicatos e associações profissionais tiveram autorização constitucional para o exercício de funções estatais delegadas, no âmbito do Poder Executivo federal, principalmente no campo das competências do Ministério do Trabalho; delegação essa que foi ratificada nas Constituições de 1946 e 1967. (2)

Dentro do arcabouço jurídico do Estado Novo, e ao amparo da Constituição de 1937, concebeu-se o modelo jurídico-institucional do conselho de profissão.

Os primeiros conselhos instituídos sob a autorização da Carta de 1937 tinham natureza jurídica associativo-corporativa – embora criados por lei, sua organização e gestão eram conferidas a integrantes das profissões que fiscalizavam, coletivamente interessados nas suas atividades. Eram entidades de representação profissional e não integravam a estrutura da Administração Pública (2). Exerciam funções delegadas do Estado, no campo do registro de profissionais, da ética profissional, da fiscalização e da imposição de penalidades, com competência para dispor sobre seus próprios regimentos internos. Seu pessoal sujeitava-se à legislação do trabalho.

A primeira entidade de fiscalização profissional instituída no país, nos moldes hoje conhecidos, foi a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em 1930, criada como órgão de disciplina e seleção da classe dos advogados, regida pelos próprios estatutos, aprovados pelo Governo (Decreto n. 19.408).

Ainda no início da década de 30, foram criados outros conselhos federais e regionais, como os de Engenharia e Arquitetura (Decreto n. 23.569/1933), presididos por representante do governo, que tinha poderes para suspender qualquer decisão do plenário do Conselho Federal que lhe parecesse inconveniente. Eram mantidos por rendas oriundas da expedição de carteiras profissionais, multas aplicadas sobre os profissionais da categoria, doações e subvenções governamentais.

Na área da saúde, os primeiros conselhos foram os de Medicina, instituídos pelo Decreto-Lei n. 7.955/1945, com a finalidade de “zelar pela fiel observância dos princípios da ética profissional no exercício da Medicina”. Distinguiam-se dos conselhos criados anteriormente, por não contemplarem representante do Poder Público em sua governança, modelo que seria, posteriormente, adotado em outras entidades de fiscalização profissional, como os Conselhos de Economistas instituídos pela Lei n. 1.411/1951.

Também as regras de sua manutenção inovavam em relação aos demais conselhos: era-lhes garantida a destinação de percentual do imposto sindical, mas havia previsão de que, em caso de insuficiência, o Governo, por ato do Executivo, instituiria contribuição especial para complementação dos valores.

Percebe-se, nos conselhos de Medicina, um movimento de retração dos poderes de influência da União sobre as atividades de fiscalização do exercício da profissão, pela ausência de representação do Poder Público no seu plenário; e, contraditoriamente, uma maior responsabilidade pública no financiamento de suas atividades, conjugando liberdade de autogestão com garantia de financiamento estatal.

A partir do final da década de 1950, alguns conselhos de profissões passaram a ser criados sob o formato de autarquias, dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, integrantes da Administração Indireta e vinculadas ao Ministério do Trabalho.

Nessa época, eram poucas as regras de direito público incidentes sobre as autarquias. A Constituição de 1937 nada dispunha sobre as autarquias, e foi a Consti-

tuição de 1946 que passou a estabelecer regras de organização e gestão dessas estruturas estatais, que, posteriormente, seriam reformadas pela Constituição de 1967 e, finalmente, pela Constituição de 1988.

Sob um ordenamento jurídico muito mais flexível do que o atual, era possível dotar as autarquias de fiscalização de um regime especial, que conjugava características próprias de direito público ao seu formato corporativo de organização e autogestão e de manutenção exclusiva com recursos próprios, oriundos da cobrança de taxas e multas, ou de impostos sindicais ou contribuições (ainda que compulsórias) dos profissionais regulados.

Foi, portanto, em ambiente constitucional menos rígido que se constituíram diversas “autarquias corporativas”, dotadas de governança privada (corporativa), como os Conselhos Federal e Regionais de Química (Lei n. 2.800/1956). Ao presidente da República, era reservado apenas escolher e nomear o presidente do conselho federal, a partir de lista tríplice organizada pelo próprio conselho.

Nesse período, algumas leis de criação de conselhos foram reformadas para incluir essas entidades dentro do modelo da **autarquia corporativa**, como os Conselhos Federal e Regionais de Medicina, remodelados pela Lei n. 3.268/1957 (grifo nosso).

Os demais conselhos de profissão da área da saúde foram todos criados a partir da década de 1960, conforme Quadro I, e adotaram o modelo de autarquia corporativa.

Quadro I – Leis e anos de criação dos Conselhos Profissionais da Área da Saúde.

CONSELHO PROFISISONAL	LEI	ANO	ANTES DA CF 88
MEDICINA	7.955	1945	X
	3.268	1957	X
FARMÁCIA	3.820	1960	X
ODONTOLOGIA	4.324	1964	X
MEDICINA VETERINÁRIA	5.517	1968	X
	5.634	1970	X
PSICOLOGIA	5.766	1971	X
ENFERMAGEM	5.905	1973	X
FISIOTERAPIA E TERAPIA OCUPACIONAL	6.316	1975	X
NUTRIÇÃO	6.583	1978	X
BIOLOGIA E BIOQUÍMICA	6.684	1979	X
FONOAUDIOLOGIA	6.965	1981	X
BIOLOGIA E BIOQUÍMICA	7.017	1982	X
TÉCNICOS EM RADIOLOGIA	7.394	1985	X
ASSISTÊNCIA SOCIAL	8.662	1993	
EDUCAÇÃO FÍSICA	9.696	1998	

Fonte – elaboração dos autores (2017).

Contingentes à promulgação da Constituição Federal de 1967, foram publicados a Lei n. 4.320/1964 e o Decreto-Lei n. 200/1967 (DL 200), que expandiram o grau de tutela do Poder Executivo sobre os conselhos de profissão. A Lei n. 4.320 vinculou

os orçamentos das autarquias ou entidades paraestatais ao orçamento da União e obrigou a sua aprovação via decreto, assim como sua publicação como complemento dos orçamentos da União.

O DL 200 dispôs sobre o conceito de autarquia, definindo-a como entidade integrante da Administração Indireta (art. 5º, I), sujeita à supervisão ministerial (art. 26); e submeteu as entidades privadas que recebessem contribuições parafiscais e prestassem serviços de interesse público ou social à fiscalização estatal, nos termos e condições estabelecidos na legislação pertinente a cada uma (art. 183).

A ampliação da tutela da Administração Direta sobre os conselhos de profissões prevista nessas duas normas, com conseqüente redução do espaço discricionário de suas estruturas de governança, era medida que já vinha sendo adotada desde meados da década de 1950, quando foram promulgadas leis e normas que disciplinaram questões relativas ao pessoal dos conselhos e aos seus orçamentos, submetendo a sua aprovação a ato específico do Poder Executivo.

Até essa data, o movimento de “autarquização” dos conselhos de profissão não implicava a extinção do modelo privado, de entidade associativo-corporativa, visto que os marcos constitucionais anteriores à Constituição de 1988 admitiam as duas roupagens para os conselhos de profissão. Além do mais, os modelos eram muito parecidos: criados por lei; com competências regulatórias descentralizadas ou delegadas do Poder Executivo; e governança eminentemente corporativa.

No período de 1969 a 2002, a natureza jurídica dos conselhos de profissão e sua vinculação com a Administração Direta seriam objeto de diversas medidas legais e normativas, excludentes entre si:

- a) o DL n. 968/1969 afastou a incidência do regime de direito público estabelecido pelo DL 200 sobre as autarquias de fiscalização profissional, mantidas exclusivamente com recurso próprio, que não recebessem transferências de recursos do Orçamento Público; ficando essas entidades reguladas apenas por suas respectivas legislações específicas;
- b) o Decreto n. 74.000/1974 restabeleceu a vinculação dos conselhos ao Ministério do Trabalho e ampliou os poderes de supervisão da Administração Direta sobre essas entidades, submetendo-as à mesma supervisão imposta às entidades públicas da administração indireta, na forma dos arts. 19 e 26 do DL 200 e do art. 3º do DL 900;
- c) o Decreto n. 93.617/1986 eximiu, novamente, os conselhos da supervisão ministerial;
- d) a Constituição Federal de 1988 retirou a delegação constitucional dada aos sindicatos e associações para o exercício de funções privativas do Poder Público; e estabeleceu a regulação das profissões como competência privativa da União;

- e) o Decreto s/n., de 1991, cessou os efeitos do Decreto n. 93.617, em medida de “limpeza” da base normativa do Poder Executivo Federal, promovida pelo ex-Presidente Fernando Collor de Melo. A revogação deixou a matéria sem orientação normativa direta;
- f) em uma tentativa de resgatar a autonomia político-administrativa dos Conselhos, perdida com a promulgação da Carta de 1988, a Lei n. 9.649/1998 assentou a natureza privada dos conselhos de profissão e sua estrutura de gestão associativo-corporativa (art. 58);
- g) em 2002, o acórdão do STF relativo à ADI 1717-6/DF julgou inconstitucional o art. 58 da Lei n. 9.649/1998 e, por consequência, a impossibilidade de dotar a autarquia corporativa de personalidade jurídica de direito privado.

No julgamento da referida ação (ADI n. 1.717-6/DF, de 2012), o STF entendeu que, além de suprimir a delegação presente nas Constituições anteriores, o atual texto constitucional estabelece a indelegabilidade de atividade privativa de Estado a uma entidade privada. Eis trecho da ementa do Acórdão:

[...] a interpretação conjugada dos arts. 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados”. (8)

Posteriormente, a Suprema Corte assentou o seu entendimento de que, em razão de sua natureza autárquica, o quadro de pessoal do conselho de fiscalização deve ser composto por servidores estatutários, regidos pela Lei n. 8.112, de 1990 (vide decisões do STF em sede do AgR n. 563920/PB; ADI n. 1.717/DF; ADI n. 3.395/DF-MC; MS 21.797/RJ; RE 419.120/RS; e MS 22.643- 9/SC).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que a natureza jurídica dos conselhos de profissão e a sua vinculação à Administração Pública, para efeitos da tutela estatal, nunca foram temas de pacífica definição e entendimento convergente, o que reflete, diretamente, a dificuldade nacional de definir qual, ou quais, os modelos adequados para a regulação das profissões – dificuldade que parece vigorar desde a gênese dessa atividade no País.

A nova ordem constitucional, estabelecida pela Constituição Federal de 1988, longe de jogar novas luzes sobre a natureza jurídica das entidades de fiscalização do exercício profissional e as regras de direito público a elas aplicáveis, ampliou as incertezas e indefinições já existentes, visto que, a um só tempo:

- a) delimitou o regime jurídico de direito público das autarquias, sem abertura de quaisquer exceções;
- b) incluiu disposições específicas sobre a regulação do trabalho e das profissões no país, que fixaram como competências privativas da União legislar, organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; e instituir contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas (arts. 22, XVI; 21, XXV; 146 III; 150, I e III);
- c) retirou a delegação de competências a particulares para atuarem na regulação profissional, concedida na Constituição de 1937, e ratificada nas Constituições de 1946 e 1967.

A Constituição de 1988 extirpou os conceitos corporativos do Estado Novo que, na prática, haviam integrado os sindicatos e associações profissionais na estrutura do Estado, delegando-lhes funções de Poder Público, muito embora outros aspectos destas concepções, remanescentes do modelo corporativo de Estado, tais como a unicidade sindical, o imposto sindical e outros, tenham permanecido no ordenamento jurídico nacional. (2)

Quanto aos posicionamentos recentes do STF acerca da matéria, ainda que poderosos balizadores, são fragmentados e parciais, visto que se atêm ao aspecto jurídico arguido, insuficientes para firmar entendimento definitivo sobre o modelo jurídico-institucional que deve ser adotado pelo Poder Executivo no campo da regulação do exercício profissional.

Cabe, privativamente, ao Governo Federal, iniciar e conduzir o processo de discussão da matéria e encaminhar proposta ao Poder Legislativo que abra o debate nacional e democrático sobre a questão.

Se não há mais espaço, no atual marco constitucional, para a delegação da regulação das profissões a pessoas jurídicas privadas, então, as leis vigentes que tratam de conselhos de profissão de caráter associativo-corporativo são inconstitucionais? Quais os limites das competências dos atuais conselhos de profissão na nova ordem constitucional-legal, e qual deve ser o seu estatuto jurídico? Quais as autonomias que poderiam ser a eles concedidas, e qual a natureza e o grau de tutela estatal sobre sua atuação?

Essas e muitas outras são questões que estão na ordem do dia, sobre os conselhos de profissão. Entretanto, o debate deve ir além da mera definição do figurino jurídico dessas entidades. Transcende a dimensão jurídica e posiciona-se, indubitavelmente, em sede da política, na qual devem ser considerados os interesses nacionais em relação ao exercício das profissões e a necessidade de sua regulação.

Bem o demonstra a verdadeira “queda de braço” histórica que vem sendo travada em relação aos poderes concedidos às autarquias corporativas e aos controles estatais sob sua atuação – em um vai e vem de concessão e castração da sua autonomia político-administrativa.

Segundo estudo do Ministério da Saúde (2006) (6), a análise mais aprofundada do atual cenário da regulação das profissões de saúde, no Brasil, revela que a ausência da atuação estatal direta na regulação das profissões tem favorecido as regras impostas pelo mercado, em detrimento dos interesses da população no acesso aos serviços de saúde públicos e no consumo dos serviços privados. O estudo aponta que a legislação atual favorece a preservação de monopólios corporativistas na regulação do trabalho, os quais, muitas vezes, extrapolam os seus próprios limites de atuação e disseminam conflitos que promovem a competição entre as profissões de saúde.

Para GIRARDI *et al* (7), o “fechamento” e o controle dos mercados de trabalho e de serviços pelas corporações profissionais são fatores determinantes da demanda por regulamentação profissional por parte dos grupos ocupacionais. No caso do Brasil, pesa o fato de que, antes da Constituição de 1988, a obtenção dos direitos sociais de cidadania estava atrelada à “identidade profissional”.

Conforme GIRARDI *et al* (7), dentre os principais desafios da regulação das profissões de saúde no Brasil, estaria a necessidade de adotar modelo(s) que permitissem aos gestores do SUS e demais autoridades governamentais uma maior capacidade de coordenação das profissões de saúde, para que possam estabelecer políticas de acordo com seus mandatos e com os princípios da Administração Pública.

Para esses autores, o processo de regulamentação profissional da saúde deve ser entendido como uma política pública, uma parte essencial das políticas de saúde.

Importante dessas conclusões, para o presente estudo, é a constatação de que, quaisquer que sejam os rumos a serem tomados na regulação das profissões, eles devem levar em conta os efeitos positivos e negativos da atividade regulatória sobre as políticas públicas (de interesse coletivo); sobre os interesses individuais e sobre os interesses corporativos dos profissionais. A natureza jurídica dos conselhos de profissão somente poderá ser definida com precisão, e com proveito para a ordem econômica e social, após ficar claro quais são os objetivos da regulação estatal e quais os controles de direito público julgados fundamentais para assegurar a sua efetividade.

É preciso, portanto, refrear o movimento de judicialização do assunto, porquanto esse, embora legítimo, não é o processo adequado, o *locus* correto para o debate e a concertação sobre temas eminentemente políticos, que envolvem não apenas o interesse dos profissionais e organizações diretamente envolvidos nas demandas judiciais, mas o interesse coletivo da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI 1266. Relator: Eros Grau. Tribunal Pleno. julgado em 06/04/2005. DJ 23-09-2005 PP-00006 ement 02206-1 PP-00095 LEXSTF 2005;27(322): 27-36).

2. Pereira RT. Histórico dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In Maurique JA. Conselhos de fiscalização profissional – doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2013.
3. Reale M, apud Pereira RT. Características, prerrogativas e sujeições dos conselhos de fiscalização do exercício profissional. In Maurique JA. Conselhos de fiscalização profissional – doutrina e jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; 2013.
4. Barreto A. A representação das associações profissionais na legislação brasileira (1932-1937). Rev de Informação Legislativa. 2004;1.41(164).
5. Salgado VA. Manual de administração pública democrática: conceitos e formas de organização. Campinas: Editora Saberes; 2012.
6. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão e Regulação do Trabalho em Saúde. Câmara de Regulação do Trabalho em Saúde. Série E. Legislação em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde; 2006.
7. Girardi SN, et al. A regulamentação das profissões de saúde no Brasil. [publicação *online*];[acesso em jan 2017]. Disponível em <http://cegetes.editora3e.com.br/Arquivos/Profissoes01.doc>.
8. Brasil. Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.717-6/DF Relator: Sidney Sanches. Tribunal Pleno. julgado em 07/11/2002. DJ 28-03-2003 PP-149 ement 2104-1. Publicação *online*; [internet]. [acesso 03 ago 2018]. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>.

As Mudanças Legais para o Ambiente da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei 13.243/2016) e seus Reflexos para o Sistema Único de Saúde

Wagner de Jesus Martins¹
Susana O. Rosa²
Cláudia S. F. Martins³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/4ZfVJZ>

RESUMO

Em 2011, iniciou-se, no âmbito do Parlamento, uma discussão envolvendo a comunidade científica e diversos atores no sentido de alterar a legislação em relação à Ciência, Tecnologia e Inovação (CT&I). Esse movimento culminou com a promulgação de um novo aparato legislativo para a área, fruto de ampla participação e com o objetivo do desenvolvimento do país. Foram promulgados os seguintes diplomas legislativos: Emenda Constitucional n. 85/2015; Lei 13.243/2016; Decreto n. 9.245/2017 e Decreto n. 9.283/2018. A partir do acompanhamento dessa discussão, foi realizado um trabalho com os alunos oriundos da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) com o objetivo de identificar os pontos mais sensíveis para o ambiente da CT&I e os reflexos para o Sistema Único de Saúde (SUS). Iniciou-se pelo levantamento de variáveis, oportunidade na qual foram identificados vários fatos ou eventos com possíveis reflexos positivos ou negativos para o futuro. Essas variáveis foram validadas e classificadas por especialistas, de onde resultaram subsídios para a análise de ambiente e seleção das incertezas. Dezoito variáveis foram selecionadas e denominadas como Incerteza Crítica (IC). Em novo encontro, as IC's foram analisadas e foi identificada a possibilidade de seu comportamento futuro (hipóteses). Esse encontro traçou quatro cenários possíveis para o horizonte temporal de 15 anos, que permitem uma análise prospectiva. Restou identificado, ainda, que esse aparato legislativo traz uma ferramenta importante para as Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT's), qual seja, a política de inovação. Trata-se de uma técnica de autorregulamentação, por meio da qual as ICT's poderão traçar suas diretrizes e orientações, a partir de parâmetros mínimos fixados em lei. Será possível, com a utilização da política de inovação, trabalhar com as incertezas encontradas, no estudo prospectivo, de forma a direcionar a ICT pública para outro cenário, diverso da ciência para o mercado. E, ainda, auxiliar na intersecção entre o sistema de CT&I e o sistema de saúde, orientando as diretrizes para os anseios do SUS.

Palavras-chave: Ciência. Tecnologia. Inovação. Marco Legal. SUS. Contexto Institucional.

¹ Coordenador de Integração Estratégica, Fiocruz Brasília. Doutor em Saúde Pública pela Escola Nacional de Saúde Pública, Fiocruz. E-mail para contato: wagner.martins@fiocruz.br

² Mestre em Políticas Públicas em Saúde pela Escola Fiocruz de Governo. E-mail para contato: susanarosarosa@hotmail.com

³ Analista de Gestão em Saúde. Coordenação-Geral de Planejamento. Mestre em Nutrição Humana pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail para contato: claudia.martins@fiocruz.br

1. INTRODUÇÃO

Em 2011, iniciou-se, no Congresso Nacional, o processo de negociação para o estabelecimento de novas regras para o ambiente de ciência, tecnologia e inovação do país. A ampla mobilização dos atores que atuam nesse ambiente foi capaz de produzir mudanças significativas no arcabouço legal do setor, em um espaço de tempo de aproximadamente 7 anos, e com elevado grau de consenso entre as forças políticas representadas nas duas Casas do Poder Legislativo nacional.

A comunidade científica, articulada com órgãos e instituições das diferentes esferas do Estado brasileiro e das empresas públicas e privadas, conseguiu construir um processo de formulação coletiva de propostas que visavam a destravar o setor científico do país para que esse pudesse contribuir mais efetivamente para o desenvolvimento nacional.

O consenso foi fundamental para que, inicialmente, fosse aprovada a Emenda Constitucional n. 85, publicada no dia 26 de fevereiro de 2015, que alterou os artigos 218 e 219 da Constituição Federal (CF), bem como acrescentou um capítulo específico destinado à Ciência, Tecnologia e Inovação e incluiu os artigos 219-A e 219-B. Buscou-se proporcionar instrumentos reguladores para impulsionar as mudanças necessárias no campo da inovação e do desenvolvimento científico e tecnológico. (1)

A alteração da CF reforçou a questão estratégica da Ciência e Tecnologia para o país e a maior atuação do Estado na área. Além disso, permitiu a criação do terreno necessário para a promoção da alteração legislativa na área da CT&I, atribuindo-se a esta um *status* de regulamentação constitucional.

No dia 09 de dezembro de 2015, o Marco Legal da Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n. 13.243/2016) foi aprovado por unanimidade no Congresso Nacional, tendo sido publicado em 11 de janeiro de 2016. Apesar do cenário favorável, a lei foi sancionada com vetos em relação a artigos importantíssimos para o alcance dos seus objetivos, o que surpreendeu a todos os envolvidos no processo e gerou uma grande mobilização em torno da sua derrubada no Congresso, o que não aconteceu em função de intervenções políticas do Planalto.

Cabe ressaltar que se encontra em tramitação no Senado, o Projeto de Lei n. 226/2016, a fim de restabelecer os itens vetados e já promover algumas adequações na nova legislação. Além disso, foi publicado o Decreto n. 9.245, de 20 de dezembro de 2017, que trata da Política Nacional de Inovação Tecnológica na Saúde e, por fim, o Decreto n. 9.283, de 08 de fevereiro de 2018, o qual regulamenta a Lei n. 13.243/2016.

Em que pese a tamanha mobilização, o alto grau de consenso e o empenho governamental para criar as novas regras, essas não serão capazes de, por si só, produzir todos os efeitos positivos desejados por todos aqueles que atuaram para sua formulação e aprovação. Muitas incertezas ainda pairam sobre o futuro da CT&I no Brasil, ainda mais, considerando o atual cenário de crise econômica, com a significativa diminuição de recursos para a área.

Sem dúvida, contudo, é um momento de grandes transformações para as instituições que atuam em ciência e tecnologia, pois o modo de produzir ciência está-se modificando, em função das novas tecnologias que ampliam a conectividade e induzem o relacionamento em rede cooperativa para a produção de conhecimento e o desenvolvimento tecnológico, o que Gibbons *et al* (2) denominaram de “modo 2” de produzir conhecimentos. Esse novo modo de produzir ciência atesta a elevada competição na academia e que, portanto, para garantir um reconhecimento efetivo do que se produz, torna-se necessário dar respostas aos problemas concretos da sociedade. Para tal, a articulação do conhecimento com a produção é um requisito fundamental.

Nesse sentido, a implantação do Marco Legal de Ciência, Tecnologia e Inovação, após a publicação de seu decreto de regulamentação, traz a esperança que a articulação do conhecimento com a produção seja impulsionada para acelerar o desenvolvimento do país.

Nesse contexto, torna-se importante a intersecção entre a CT&I e o Sistema Único de Saúde, a fim de verificar reflexos dessas alterações para o SUS, especialmente, por meio das considerações sobre as incertezas presentes no ambiente do complexo produtivo da saúde. Ou seja, aquele que está inserido na Constituição Federal nos artigos destinados à Seguridade Social, que vão desde o artigo 196 até o artigo 200. E, ainda, na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/1990), que, em seu artigo 6º disciplina as ações incluídas no campo de atuação do SUS e em outros que agregam mais detalhes descritivos sobre a atuação do referido sistema e suas instituições. (3)

Essas mudanças normativas estão sendo acompanhadas e sendo objeto de desenho de cenários tendenciais para o futuro do SUS, identificando os paradoxos de ameaças e oportunidades que se descortinam, ao passo que as instituições avançam com suas operações sob as novas regras jurídicas.

A pretensão é trazer à luz um debate necessário e oportuno. É consenso que o momento que vivemos é de mudanças radicais dos fatores de produção, e que todos os setores da sociedade estão sendo impactados. Na saúde, a 4ª Revolução Industrial trouxe a convergência da nanotecnologia com a biologia, com a informática, com a neurociência, e o conhecimento passa a ser o principal fator de produção.

A Quarta Revolução Industrial é diferente de tudo o que a humanidade já experimentou. Novas tecnologias estão fundindo os mundos físico, digital e biológico de forma a criar grandes promessas e possíveis perigos. (4)

Assim, o principal objetivo do presente artigo é identificar elementos que forneçam indicativos para a identificação dos riscos e oportunidades em cenários futuros para a CT&I em saúde, com a entrada em vigor desse novo aparato legislativo.

Pretende-se apontar algumas tendências que despontam na cena política do país, que afetam ou afetarão o desempenho do sistema de saúde, identificando algumas das possíveis ameaças e oportunidades para as ICTs do SUS. Será considerada,

prioritariamente, a instituição Fiocruz, por ser ela uma instituição de Estado, estratégica para a saúde e, também, um ator de grande centralidade no Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde.

O trabalho, aqui apresentado, teve como marco inicial a significativa contribuição à pesquisa que vem se desenvolvendo desde 2013. Naquele momento, iniciou-se o levantamento das incertezas críticas para C&T no Brasil, a partir das discussões que se desenrolaram durante a formulação das propostas de mudanças legais no Congresso Nacional e que envolveram uma importante parcela de atores do setor de CT&I, como as Fundações de Apoio (FAP's), a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC), as Secretarias Estaduais de C&T, a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa), a Fiocruz, o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), a Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior (Capes), o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), Petrobras e tantos outros. (5)

Essas incertezas foram colocadas em discussão na comunidade científica da saúde, em oficina realizada durante o Encontro de C&T da Saúde promovido em 2014 pelo Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde. Iniciou-se por um exercício de metodologia baseada na perspectiva estratégica de Michel Godet, que se denomina de Inteligência de Futuro, por tratar-se de uma abordagem prospectiva que especula sobre os futuros possíveis para orientar a ação imediata. (3)

Diante das novas legislações envolvendo a CT&I, torna-se premente a necessidade das instituições de ciência e tecnologia organizarem-se para enfrentar os desafios na pesquisa e desenvolvimento em um futuro próximo e incerto.

2. METODOLOGIA

Trata-se de um estudo de natureza qualitativa. Como metodologia para identificar essas incertezas, foi realizado um trabalho com 18 alunos oriundos da Fiocruz no I Curso de Especialização em Inteligência de Futuro, realizado pelo Núcleo de Estudos do Futuro da Universidade de Brasília (UnB) e a Fiocruz, que consistiu em um projeto de intervenção em sua organização de origem. O conjunto de alunos da Fiocruz elaborou, então, uma proposta original para construção de cenários de futuro sobre Ciência e Tecnologia no Brasil, produzindo alternativas metodológicas para subsidiar a tomada de decisões estratégicas.

A proposta incorporou elementos metodológicos da análise situacional, análise prospectiva com construção de cenários de futuro e do planejamento estratégico. Iniciou-se pelo levantamento de variáveis em documentos no âmbito de discussão da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 12/2014 e o relatório final da 4ª Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia (CNCTI), de onde foram identificados vários fatos portadores de futuro ou variáveis.

Essas variáveis foram validadas e classificadas por especialistas em oficina realizada durante o evento da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, em novembro de 2014, de onde resultaram subsídios para a análise de ambiente e seleção das incertezas críticas.

Foram selecionadas 18 variáveis e denominadas como Incerteza Crítica (IC), a partir das percepções dos especialistas sobre probabilidade de ocorrência e impacto delas sobre o Sistema de CT&I no Brasil. Novo encontro de especialistas foi realizado, denominado “Oficina de diálogo prospectivo”, onde as IC’s foram analisadas e foi identificada a possibilidade de seu comportamento futuro (hipóteses). Esse encontro contou com os membros da Câmara Técnica de Pesquisa da Fiocruz, gerando quatro cenários possíveis para o horizonte temporal de 15 anos.

Paralelamente, foi feito um levantamento documental e realizadas entrevistas com os principais atores envolvidos sobre o processo de construção do novo aparato legislativo da CT&I, de forma a permitir a percepção do cenário, em que foi criado, atores envolvidos, objetivos, dentre outros.

Para a sistematização dos dados encontrados foi utilizado o software Alceste. A partir dessa fase, foi possível desenhar o processo de construção do novo marco legal da CT&I, bem como pontuar algumas regulamentações que serão relevantes para indicar a escolha de cada um dos cenários apontados no estudo prospectivo.

3. OS CENÁRIOS PARA O HORIZONTE DE 15 ANOS - 2030

Os cenários de futuro são, como o nome pressupõe, panos de fundo para futuros possíveis. A construção de cenários, a partir da utilização da metodologia proposta ocorreu de forma concêntrica a partir da identificação das Incertezas Críticas, que ao serem combinadas, em determinados contextos geraram as hipóteses de futuro, bases dos cenários apresentados.

Incetezas Críticas:

- a) ambientes promotores de inovação;
- b) instrumentos de fomento à pesquisa (subvenções, *vouchers* tecnológicos, fundos setoriais, linhas de créditos etc.);
- c) formação *stricto sensu* em escala por meio de Educação à Distância - EAD;
- d) compartilhamento de infraestrutura de pesquisa com empresas;
- e) investimento em ciência e tecnologia;
- f) vínculo pesquisador/servidor público;
- g) cessão do pesquisador público federal para outra ICT pública;
- h) interação da sociedade com a CT&I;

- i) integração das cadeias de geração de conhecimento e de produção tecnológica em todas as etapas do processo de Pesquisa e Desenvolvimento - P&D;
- j) autonomia das instituições de excelência de CT&I;
- k) desenvolvimento da indústria;
- l) implantação de parques tecnológicos;
- m) mecanismos de formação e fixação de pesquisadores nas regiões mais desassistidas do país;
- n) importação de equipamentos, materiais, insumos e tecnologias;
- o) intercâmbio de material biológico;
- p) investimentos do setor privado em CT&I (benefícios, capital de risco);
- q) métodos alternativos de experimentação (culturas de células, circuitos, plataformas vegetais, *in vitro*, etc.);
- r) poder de compra do Estado.

A metodologia pressupõe ainda, que os cenários sejam usados pelos tomadores de decisão, para definirem o seu cenário foco ou de referência e, a partir deste, definirem as estratégias de longo prazo a serem efetivadas para que o futuro desejado seja alcançado. (6)

3.1 CENÁRIO 1: CIÊNCIA PARA O BEM-ESTAR SOCIAL

O país supera a vulnerabilidade tecnológica, a ponto de conquistar autonomia e maior competitividade em produtos tecnológicos. Uma visão de longo prazo e o foco no bem-estar social permitiram que o Estado brasileiro já viesse atuando, nas duas décadas anteriores, como regulador da cadeia produtiva de inovação, e que lograsse competitividade nos setores público e privado. A indústria nacional foi consolidada e continua em expansão, dado que a atratividade para empresas estrangeiras permite trocas, diversificação e atualização de *know-how*. Ademais, a mentalidade para a inovação, que está disseminada desde a academia, também alimenta a intensa produção e transferência de tecnologia. A plena aplicação e otimização dos recursos investidos em todas as etapas do processo de P&D produz aproveitamento estruturado da prospecção tecnológica e do conhecimento em processos e produtos inovadores, além de outras externalidades positivas em diversos níveis articuladas para o crescimento econômico com bem-estar social.

A valorização da pesquisa, associada a temas afetos ao desenvolvimento nacional, acarreta não apenas o aumento da massa crítica de P&D, mas a integração do conhecimento acadêmico ao esforço produtivo, por meio de Parcerias Público Privadas (PPP) e outras modalidades de parcerias entre a ICT's e o setor privado. Esse movimento capitalizará o desenvolvimento da Indústria nacional de tecnologia, incluindo setores de

ponta, multiplicando polos promotores de desenvolvimento interiorizado e sustentável, inclusive parques tecnológicos, que geram produtos inovadores com alto impacto social e com capacidade de dinamização do mercado interno e externo, destacando o país no cenário global.

Por tudo isso, existe necessária e virtuosa correspondência entre o desenvolvimento da formação técnica para gestão científica e tecnológica e a busca por mão de obra qualificada, transformando o perfil brasileiro de empregabilidade em postos especializados, seja na esfera pública, seja em centros de pesquisa e empresas do setor privado: há uma inversão no vetor de migração de cérebros e de pautas de pesquisa, que priorizam a atratividade e os interesses nacionais. Uma rede ampla e fluida de recursos humanos favorece o compartilhamento de equipamentos e conhecimentos.

Os efeitos positivos no cotidiano da sociedade brasileira favorecem amplo reconhecimento popular, que retorna para o poder público na forma de legitimação do investimento em pesquisa e ensino – de pós-graduação, CT&I –, bem como em programas de descentralização do desenvolvimento tecnológico no território nacional. Dissemina-se uma cultura científica entre os mais variados grupos sociais, subsidiando a interlocução participativa local e regional em decisões estratégicas, notadamente, no tocante ao aproveitamento e difusão do conhecimento tradicional e da biodiversidade.

3.2 CENÁRIO 2: CIÊNCIA OPORTUNISTA

Apesar do avanço em algumas fases da cadeia de produção, ainda há uma baixa integração e alguma desordem entre suas fases. Isso faz com que, apesar dos investimentos em CT&I, os produtos não sejam devidamente entregues, desperdiçando o conhecimento gerado nos processos e perdendo oportunidades econômicas para o país. Desta forma, permanecem a alta dependência tecnológica estrangeira e a baixa economicidade no desenvolvimento de produtos para a sociedade, contribuindo fortemente com o *déficit* na balança comercial.

A formação de recursos humanos para a pesquisa não consegue suprir as necessidades de integração da cadeia de produção. Devido a esse problema, os pesquisadores estrangeiros não se fixam em território nacional, e com isso, não se torna possível reter e aproveitar seus conhecimentos.

O setor privado permanece com baixo investimento em pesquisa e desenvolvimento, dada a dificuldade na entrega de produtos pelos pesquisadores. Algumas ilhas de inovação conseguem manter-se como foco de investimento, porém, com comprometimento da relevância de suas entregas. A área industrial no país mantém-se ativa, mas não avança na inovação de seus produtos.

Esse panorama propicia as parcerias com empresas de capital internacional, dando lugar no mercado para as multinacionais. Os produtos inovadores que surgem são provenientes de importações de tecnologias.

A principal fonte para realização das atividades de pesquisa são os recursos provenientes dos fomentos públicos, que, muitas das vezes, destinam-se a resolver problemas específicos, sem muita margem para produtos que fortaleçam a economia.

Há incentivo para criação de polos empresariais, *clusters* e arranjos produtivos locais, com facilidades para importação de equipamentos, com intuito de propiciar o compartilhamento da infraestrutura de pesquisa, no entanto, não são suficientes para integrar a cadeia.

As ICT's e Universidades perdem, gradativamente, seus investimentos e têm suas estruturas sucateadas, o que compromete o desenvolvimento das pesquisas de interesse nacional. Assim, aumenta a competitividade pelos escassos recursos. Isso dá-se pelo escoamento dos recursos para os parques tecnológicos, onde há maior possibilidade de compartilhamento dos equipamentos.

Mesmo com o baixo investimento, cresce o número de ICT's em território nacional, o que não é diretamente relacionado às entregas de produtos à sociedade. Além disso, esse crescimento permanece nos grandes centros, não compartilhado com o desenvolvimento de regiões do interior do país.

3.3 CENÁRIO 3: CIÊNCIA PARA FORTALECER O ESTADO

Os incentivos em pesquisa e ensino, realizados nas duas décadas anteriores, refletem-se em alta geração de conhecimento, mas o baixo investimento público e privado mantém empresas de ponta, *clusters*, arranjos produtivos locais, polos empresariais, parques tecnológicos, universidades e ICT's reféns das mesmas deficiências estruturais de 2015, em termos de inovação: morosidade e fragmentação no desenvolvimento científico e tecnológico nacional. Apesar de um ambiente regulatório bem-desenvolvido, o baixo nível de operacionalização, pelo Estado, para políticas de CT&I, não detém a crônica dificuldade no fechamento do ciclo da cadeia de inovação, com baixas taxas de produção, densidade tecnológica e inovação, e com altos custos e impostos para a sociedade.

As poucas exceções estão nos grandes centros urbanos, onde, entretanto, a concentração da indústria de tecnologia de ponta reforça o paradoxo das desigualdades regionais; a excessiva duplicação de investimentos em infraestrutura não se traduz em entregas relevantes ao bem-estar social. Antes, mantém foco na lucratividade e no curto prazo, tendência que se estendeu às raras experiências de interiorização da ciência, as quais, todavia, enfrentam dificuldades para impedir a evasão de recursos humanos e o sucateamento de centros de pesquisa e parques tecnológicos.

A combinação desses fatores permite que, crescentemente, aconteça a apropriação do conhecimento produzido no Brasil por outros países, o que esvazia as pesquisas sobre temas próprios e de interesse para o desenvolvimento nacional. Na esfera internacional, a dependência tecnológica e o déficit na balança comercial não são mi-

norados, nem o são as demandas e problemas sociais, na esfera nacional. Dentro do país, faltam entrosamento e estímulo para transferência tecnológica e atualização de parques tecnológicos, o que torna o Brasil pouco atraente para empresas estrangeiras de ponta, ao mesmo tempo em que falta fôlego à indústria nacional para obter, de fora, novas tecnologias.

A autonomia das ICT's na definição/estímulo de PPP é relativa; permanecem, também, entraves relacionados à exclusividade da transferência ou do licenciamento entre ICT's nacionais e internacionais, refletindo a necessidade de um novo modelo para sua regulação, seu financiamento e sua gestão. E, embora a inovação esteja direcionada para as Políticas Públicas governamentais, e o fortalecimento das indústrias estatais estimule a competitividade no mercado, o crescimento de recursos humanos especialistas em pesquisa mantém-se concentrado no setor público, e o baixo aproveitamento da CT&I produzida nacionalmente reduz oportunidades para ampliar e disseminar os impactos positivos na economia e na sociedade.

3.4 CENÁRIO 4: CIÊNCIA PARA O MERCADO

A precariedade do ambiente de pesquisa, incapaz de criar ambientes que propiciem a inovação, leva à não aquisição de conhecimentos novos e perda de oportunidades de geração de produtos. A diminuição no processo de produção dos Institutos de Ciência e Tecnologia, concebidos para romper com a lacuna entre geração de conhecimento e produção de inovação, tem impactos na indústria nacional, que reduz sua produção, aumentando a dependência externa, já que se observa uma estagnação na oferta de novos produtos.

O projeto de desenvolvimento nacional está comprometido, estando desvinculado das necessidades socioeconômicas, com agravamento das assimetrias regionais. O Estado não é capaz de exercer seu papel regulador com restrição de ofertas de produtos das instituições públicas à sociedade.

O engessamento das instituições que fazem pesquisa e desenvolvimento tecnológico leva a uma reduzida capacidade de retenção de conhecimento, paralela a um baixo fluxo de pesquisadores estrangeiros, que poderiam potencializar a pesquisa em território nacional.

O enfraquecimento da indústria nacional, decorrente da falta de conhecimento inovador, impossibilita uma maior inserção do país no cenário econômico mundial.

Observa-se que a baixa taxa de inovação nas universidades é agravada pela baixa taxa de ocupação dos equipamentos nas empresas. Entre 20% e 40% da infraestrutura restam inoperantes, por aquisições inadequadas, qualidade insatisfatória e uso indevido dos equipamentos.

Apesar do imperativo de competitividade, em termos globais, para atrair investidores, o desenvolvimento da infraestrutura de C&T não atende às expectativas, em

especial devido à falta de foco do fomento em CT&I, para que pesquisadores trabalhem em questões relevantes para o setor produtivo.

A incipiência de mecanismos juridicamente seguros, que viabilizem o compartilhamento pelo setor privado da infraestrutura pública de P&D, mostrou-se ser um dos principais fatores para a baixa taxa de ocupação e poucas oportunidades para transferência de tecnologia.

A estagnação da produção do conhecimento e da pesquisa de temas próprios e de interesse nacional, e de sua transformação em produtos adequados, é um risco iminente, com comprometimento acentuado do desenvolvimento da CT&I nacional e com impactos econômicos e sociais negativos.

Vivemos em um período em que a obsolescência dos parques tecnológicos, devido à ineficiência estatal em alinhar CT&I com políticas de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, produziu a estagnação do projeto político de desenvolvimento do país.

A dificuldade na geração de novos conhecimentos e falta de produtos inovadores e de soluções para a sociedade está atrelada à baixa produção de conhecimento e à desintegração da cadeia de inovação.

A reserva de mercado pelo setor público, com elevados gastos governamentais, aliada à obsolescência de conhecimentos, gera desenvolvimento tecnológico de produtos nacionais pouco competitivos.

Embora haja elevado investimento no setor público, encontra-se baixa a oferta de produtos inovadores e de emprego para mão de obra qualificada em inovação. A ineficácia do Estado em regular favorece a indústria privada, contudo, isso não favorece a oferta de produtos relevantes à sociedade.

Uma cadeia com baixa capacidade de geração de conhecimento – com aplicação em processos e produtos inovadores – reduz competitividade, com a quebra de empresas que necessitam de importações, impactando ainda mais na oferta de novos produtos à sociedade.

A falta de políticas públicas bem estabelecidas leva à concentração de P&D nas regiões Sul e Sudeste, mais ricas e de maior desenvolvimento industrial, com alto custo de importação de novas tecnologias e obsolescência no parque tecnológico existente. Por outro lado, o Estado não é capaz de reduzir a baixa capacidade de desenvolvimento nas regiões mais desassistidas do País, evidenciando, ainda mais, as disparidades regionais.

A estagnação da indústria nacional, em termos de parques tecnológicos, não é estímulo para a transferência de tecnologia, propiciando a abertura do mercado para o estabelecimento de parcerias com empresas de capital estrangeiro. Paralelamente, o pouco dinamismo do mercado interno não estabelece incentivos para a absorção de mão de obra qualificada.

4. A CT&I NO COMPLEXO PRODUTIVO DA SAÚDE

Com a institucionalização do SUS, primeiramente na Constituição Federal de 1988 e, em seguida, com a Lei n. 8.080/1990, o Ministério da Saúde e sua principal ICT, a Fiocruz, começaram a atuar para que as atribuições relacionadas ao campo de desenvolvimento científico e da pesquisa pudessem ser organizadas.

Em 1994, realiza-se a 1ª Conferência Nacional de Ciência e Tecnologia em Saúde. Foram discutidas e aprovadas as diretrizes e estratégias para a criação do Sistema Nacional de C&T em Saúde, bem como orientações para que o Ministério da Saúde pudesse institucionalizar uma área que se responsabilizasse pela implementação da Política Nacional de C&T em Saúde.

Até o ano 2003, quando foi criada a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos para Saúde, a temática C&T margeou o foco de ação do Órgão. Entretanto, com a SCTIE, essa situação muda e um forte investimento na área contribui para a criação do Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia em Saúde, com a realização da 2ª Conferência e a aprovação da Política de Ciência, Tecnologia e Inovação em Saúde (PNCTIS) e da Agenda Nacional de Prioridades em Pesquisa no SUS.

Igualmente, com uma estratégia de financiamento que envolvia parcerias com outros Órgãos de financiamento – federal e estadual – ligados à C&T. Essa política descentralizou o financiamento e orientou sua aplicação aos temas estratégicos. A partir de 2005, o tema inovação passa a ser incorporado à estratégia ministerial, até que, em 2009, o Departamento do Complexo Industrial e Inovação em Saúde (DCIIS) da SCTIE foi criado pelo Decreto n. 6.860, de 27 de maio de 2009, em alinhamento com a Política de Desenvolvimento Industrial do país. Dessa forma, amplia-se o âmbito de atuação da Política de Saúde, afinado com o que está previsto constitucionalmente.

Este olhar da política de C&T em direção às políticas sociais possui também a virtude de operar um deslocamento na direção de um novo projeto nacional no qual possa ser mais valorizado o mercado interno e as necessidades da população brasileira. (7)

As alterações legislativas em curso, impulsionadas pela EC n. 85 e pela Lei n. 13.243/2016, promoveram uma alteração significativa no âmbito da regulamentação da área de CT&I, determinando a criação de uma política de Estado, que possibilite fomentar a articulação entre a ciência básica e a tecnológica, bem como formalizar o Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), nos termos do art. 219-B da Constituição Federal.

Sistema Nacional de inovação é uma construção institucional, [...]. Esses arranjos institucionais envolvem as firmas, redes de interação entre empresas, agências governamentais, universidades, institutos de pesquisa, laboratórios de empresas, atividades de cientistas e engenheiros. Arranjos institucionais que se articulam com o sistema educacional, com o setor industrial empresarial, e também com as instituições finan-

ceiras, completando o circuito dos agentes que são responsáveis pela geração, implementação e difusão das inovações. (8)

Neste sentido, as ICT's do país, inclusive a Fiocruz, precisarão se capacitar para atuar em um novo ambiente normativo, já não tão amarrado pelas regras que normatizam a administração pública.

Um arranjo próprio de normas para o setor de produção de conhecimento poderá estimular a criação de ambientes promotores de inovação, do tipo Parques Tecnológicos, onde a interação entre o setor público e o privado aconteça intensivamente, de tal forma que o compartilhamento de infraestrutura de pesquisa com as empresas possa criar certo constrangimento ao investimento estatal, tendo em vista a atual tendência de restrição orçamentaria devido aos ajustes fiscais.

Portanto, a integração das cadeias de geração de conhecimento e de produção tecnológica em todas as etapas do processo de P&D pode apenas beneficiar o capital privado, ao invés de fortalecer a capacidade de competição das empresas brasileiras. Ressalte-se que, atualmente, essa integração é bastante praticada na área da saúde por meio da Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP), que são parcerias público-privadas para transferência de *know how*.

Nesse sentido, Viana (9) aponta que, apesar dos avanços proporcionados pela PDP, a superação de alguns desafios ainda é importante, dentre eles, a garantia da realização de investimentos em infraestrutura e na qualificação dos profissionais para os laboratórios públicos. No entanto, com a atual política de austeridade nos gastos públicos, o que se verifica é um impacto negativo na busca por um SUS com maior autonomia tecnológica.

A tendência atual é que o cenário “Ciência Oportunista” possa se cristalizar, tendo em vista a significativa redução no orçamento do setor, razão pela qual diversas entidades representativas publicaram o manifesto intitulado Orçamento de CT&I para 2018: tragédia anunciada! Nele, denunciam que o valor aprovado para o orçamento geral do MCTIC para 2018 é cerca de 19% menor do que o que foi aprovado para 2017.

A partir desse cenário, as incertezas críticas evidenciam-se muito mais voltadas aos riscos para a CT&I, especialmente: i) Investimento em ciência e tecnologia; ii) autonomia das instituições de excelência de CT&I; iii) mecanismos de formação e fixação de pesquisadores nas regiões mais desassistidas do país; iv) poder de compra do Estado e outros.

Para incidir nessas incertezas críticas, o novo aparato legislativo trabalhou com algumas ferramentas relevantes, as quais poderão ser exploradas pelas ICT's.

A CF foi alterada para incluir a palavra inovação e trabalhar essa área como estratégica para o Estado. Foram incentivadas as parcerias, inclusive para o apoio de recursos humanos voltados para a área de CT&I. Existe uma previsão, abrangendo a atuação do Estado em todas as suas esferas de governo, incluindo a possibilidade de compartilhamento de recursos humanos e capacidade instalada. Por fim, traz a possibi-

lidade de remanejamento orçamentário, que é uma excepcionalidade legislativa fundamental para a mobilidade e celeridade dos projetos de CT&I.

A Lei n. 13.243/2016 alterou nove legislações, especialmente, a Lei n. 10.973/2004, conhecida como a Lei de Inovação. Iniciou com uma disposição principiológica, a fim de orientar todo o sistema. Logo em seguida, trabalhou com conceitos importantes para o sistema de CT&I. No curso das suas disposições, trouxe ferramentas significativas: i) cessão de imóveis; ii) participação da criação e da governança de entidades gestoras de parques tecnológicos ou incubadoras; iii) compartilhamento de laboratórios, equipamento e capital intelectual; iv) participação minoritária da união e demais entes no capital social de empresas; v) contratos de transferência de tecnologias; vi) acordos de parceria com ou sem transferência de recursos; vii) instrumentos de estímulo à inovação; viii) flexibilidade em relação à Lei 8.666/1993 e em relação à prestação de contas, dentre outros.

Não obstante, um importante instrumento disponibilizado pela nova legislação, e que merece destaque para orientar essas incertezas críticas, a partir de uma análise prospectiva, é a política de inovação prevista no art. 15 da Lei n. 13.243/2016. Isso, porque esse instrumento estabelecerá as diretrizes e objetivos da ICT, guiando-a em direção aos rumos desejados pela CT&I, em conformidade com os anseios sociais previstos na CF.

Recentemente, foi publicado o Decreto n. 9.283/2018, o qual regulamentou a Lei n. 13.243/2016. No referido instrumento, o legislador regulamentou cada um dos pontos da nova legislação, a fim de tentar disciplinar a matéria sem criar amarras intransponíveis, considerando a necessidade de uma maior flexibilidade da área da CT&I. Novamente, dedicou uma seção exclusiva para tratar da política de inovação, como ferramenta essencial para a organização dessa engrenagem pela ICT, a partir do cenário identificado e das incertezas delimitadas.

Assim, é adequado ressaltar que a Lei n. 13.243/2016 traz uma importante ferramenta contra os riscos de contágio das instituições públicas pelos princípios mercadológicos, qual seja, a instituição da política de inovação. Esta disporá sobre a organização e a gestão dos processos que orientam a transferência de tecnologia e a geração de inovação no ambiente produtivo.

Essa ferramenta poderá garantir que a instituição possa preservar os seus princípios e regular o processo interno, dando a devida direcionalidade para que se evite o citado contágio, podendo, com isso, evitar que o Cenário da “Ciência para o Mercado” possa se consolidar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de um estudo prospectivo, foram identificadas incertezas críticas e delimitados quatro cenários relativos à ciência. A fim de tentar afastar o cenário da ciência

para o mercado, o qual se aproxima, diante do atual contexto de restrição de recursos para a área da CT&I, foram destacados alguns pontos relevantes relacionados à criação de um novo aparato legislativo para a CT&I.

Por meio de uma construção coletiva e de ampla participação da comunidade científica, foi realizada uma alteração constitucional (EC 85/2015). O objetivo era construir o terreno necessário para a promulgação da legislação infraconstitucional relativa à matéria (Lei n. 13.243/2016), que alterou a lei de inovação (Lei n. 10.973/2004). Foram, ainda, promulgados dois decretos, o primeiro, referente à Política Nacional de Inovação Tecnológica na Saúde (Decreto n. 9.245/2017), e o segundo, relativo à regulamentação da Lei n. 13.243/2016 (Decreto n. 9.283/2018).

Esse novo aparato legislativo poderá significar um *start* na alteração do ambiente de CT&I em saúde. Por meio dele, foi disponibilizada uma importante ferramenta para guiar as ICT's em relação às incertezas críticas delineadas, qual seja, a política de inovação.

As novas legislações contemplam instrumentos relevantes para o tratamento das incertezas apontadas, todavia, o destaque para a política de inovação deu-se em virtude dessa abertura legislativa para a autorregulamentação das ICT's.

Com a utilização da política de inovação, as ICT's públicas poderão direcionar e regulamentar a política de ciência, tecnologia e inovação interna, considerando os limites previstos em lei. Dessa forma, poderão afastar o direcionamento da CT&I para essa ciência de mercado.

REFERÊNCIAS

1. Nader HB, Oliveira F, Mossiri BB. A ciência e o poder legislativo: relatos e experiências. São Paulo. SBPC: 2017. 197p.
2. Gibbons M, Limoges C, Nowotny H, Schwartzman S, Scott P, Trow M. The new production of knowledge: the dynamics of science and research in contemporary societies. London: Sage; 1994.
3. Martins WJ. Gestão estratégica das redes cooperativas de ciência, tecnologia e inovação em saúde: um modelo para o desenvolvimento socioeconômico e a sustentabilidade do SUS. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública-ENSP, 2013.
4. Schwab K. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro; 2016.
5. Brasília. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 2177 de 2011. [internet]; [acesso em 14 ago 2018]. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=518068>.

6. Martins CF, *et al.* Trabalho de Conclusão de Curso. Metodologia Fiocruz de Inteligência de Futuro: Uma construção a partir das discussões no âmbito do Congresso Nacional sobre mudanças nos marcos legais para Ciência, Tecnologia, Inovação e Pós-graduação / Servidores FIOCRUZ). Brasília: UnB, 2015. 146 p.: il.; 29,5 cm. Orientação: Martins WJ.
7. Guimarães R. Bases para uma política nacional de ciência, tecnologia e inovação em saúde. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2004.
8. Albuquerque EM. Sistema Nacional de inovação no Brasil: uma análise introdutória a partir de dados disponíveis sobre a ciência e tecnologia. *Revista de Economia Política*. 1996. Julho/Setembro.
9. Viana AL, Silva HP, Ibañez N, Iozzi FL. A política de desenvolvimento produtivo e os laboratórios públicos. *Cad Saúde Pública*. 2016;32(2).

Orçamento como Instrumento para Realização do Direito à Saúde? EC 95 e a LOA 2018

Bruno Moretti¹
Ana Paula do Rego Menezes²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/UKPCdX>

RESUMO

Este artigo objetiva discutir os efeitos da EC 95/2016, considerando a Lei Orçamentária de 2018. Diversos estudos estimaram impactos do teto de gastos sobre o financiamento federal do SUS, focando todo o período de vigência da norma (2017-2036). No entanto, será demonstrado que o teto de gastos deve ter impactos imediatos sobre a saúde, a partir dos dados da LOA, analisada em termos das ações e serviços públicos de saúde, mas também em relação ao conjunto da programação orçamentária. Considerando esses dois níveis, pretende-se mostrar que: a) a programação orçamentária de 2018 já alcançou o teto e traz dotações abaixo dos valores históricos, com pouco espaço para remanejamentos entre áreas; b) diante do teto de gastos, o orçamento passa a operar de forma inflexível “para cima”, isto é, o ingresso de receitas não amplia o espaço fiscal em relação aos valores autorizados na LOA; c) se houver redução das receitas em comparação com os valores esperados, o contingenciamento pode impactar ainda mais as despesas federais com saúde, dado o rebaixamento do piso em relação ao valor estimado da LOA, em virtude da RCL efetiva de 2017 (com efeitos até 2036).

Palavras-chave: Ações e Serviços Públicos de Saúde. LOA 2018. Teto de Gastos.

¹ CV disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4701785Y6>. Analista de Planejamento e Orçamento e Professor Visitante do Departamento de Sociologia da Universidade de Brasília. E-mail para contato: bmoretti1@gmail.com

² CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4356356878109289>. Médica Sanitarista. Doutoranda PPG Saúde Coletiva pela Universidade Federal de São Paulo. E-mail para contato: ana_soter@uol.com.br

1. INTRODUÇÃO

O Brasil tem enfrentado, ao longo da implantação do SUS, o desafio de prover financiamento público adequado que garanta o direito universal à saúde previsto na Constituição. A Emenda Constitucional n. 95/2016 (EC 95) instituiu novo Regime Fiscal que limita o total das despesas públicas primárias por 20 anos. Elas serão reajustadas apenas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). A EC desconsidera as necessidades de saúde da população, os impactos do crescimento e do envelhecimento populacional, a necessária expansão da rede pública para cobrir vazios assistenciais, a incorporação tecnológica, além dos custos associados à mudança do perfil assistencial, determinado pela prevalência das doenças não transmissíveis e das causas externas, e a inflação setorial.

Diversos autores procuraram estimar os efeitos da EC 95 sobre o financiamento do SUS. As abordagens privilegiam os impactos do teto de gastos ao longo de toda a sua vigência, mostrando a queda gradual do piso de aplicação em ações e serviços públicos de saúde (Asps) em relação à receita corrente líquida (RCL) e às perdas para o SUS, comparando-se a regra vigente e as anteriores. (1-3)

Contudo, o congelamento real das despesas primárias produz efeitos imediatos. Apesar da vigência do teto de gastos desde 2017, a LOA 2018 é a primeira na qual a despesa está programada no teto, de maneira que não pode sofrer elevação em termos globais. Nesse sentido, é necessário lançar um olhar sobre a LOA 2018, especialmente em relação aos efeitos do teto de gastos sobre as despesas Asps. A matéria é particularmente relevante, tendo em vista a divulgação da RCL efetiva de 2017, definindo-se o piso de aplicação que serve de base para a execução mínima para 2018, mas também por todo o período da EC 95.

2. MÉTODO

O artigo adota metodologia empírica, utilizando dados orçamentários oficiais. As informações são trabalhadas em dois níveis. Primeiro, constrói-se uma leitura do conjunto da programação da despesa na LOA 2018. Procura-se mostrar que as despesas alcançaram o teto de gastos, detalhando-se a situação das principais rubricas. Serão realizadas comparações entre exercícios, evidenciando a situação da LOA 2018 em relação aos anos anteriores e mostrando-se o grau de restrição da EC 95 sobre orçamento.

Serão analisados os dados do orçamento Asps. A despesa programada será cotejada com o piso de aplicação, valendo-se das informações mais recentes de RCL de 2017. Dessa forma, pode-se calcular a parcela do orçamento Asps sujeita ao contingenciamento. Para melhor compreensão dos efeitos potenciais da EC 95 sobre a saúde, os dados serão segregados em despesas obrigatórias e discricionárias.

Combinando-se as duas dimensões (despesas globais e orçamento Asps), será avaliado o quadro geral em que se situa o orçamento. O que se torna particularmente relevante, a partir de 2018, pois a vigência do teto de gastos implica que ampliações de despesa em uma área só ocorrem com redução em outras. A situação global do orçamento é um dado central na análise dos impactos do teto de gastos sobre o SUS.

O conjunto de dados utilizado permite dois tipos de análise:

- a) as despesas programadas podem ser avaliadas em comparação histórica, considerando a programação global, mas também o orçamento Asps. Diante da alocação das despesas na LOA 2018, restringidas pelo teto de gastos, pode-se avaliar o grau de dificuldade para que haja remanejamento de uma área à outra, num contexto em que as despesas não podem crescer globalmente;
- b) em face dos dados de RCL, cabe avaliar o risco de que despesas de saúde sejam executadas abaixo do programado, em razão da diminuição do mínimo obrigatório em relação ao inicialmente previsto.

A apreensão dos efeitos potenciais da EC 95 sobre o orçamento Asps permite que se responda à questão que dá origem ao texto: analisando seus efeitos no curto prazo (LOA 2018), como o teto de gastos incide sobre o financiamento federal do SUS e, em última instância, sobre a realização do direito à saúde?

3. RESULTADOS: A SITUAÇÃO GERAL DA LOA 2018

Tomando como base o relatório de avaliação de receitas e despesas de dezembro de 2017, havia expectativa de uma margem de R\$ 27 bilhões em relação ao teto de gastos. Embora o teto estivesse vigente desde 2017, o espaço fiscal para a execução era mais restritivo, em face da necessidade de obtenção do resultado primário, de modo que a despesa estava abaixo do limite da EC 95. Também contribuiu para esta margem o fator de correção do limite dos gastos, de 7,2%. Em 2017, o teto dos gastos não teve efeitos práticos em relação ao orçamento.

Para 2018, a situação se altera. Na LOA aprovada pelo Congresso Nacional, as despesas sujeitas ao teto já estão no limite estabelecido pela EC 95, equivalente ao limite de 2017, atualizado pelo IPCA. A proposta orçamentária encaminhada pelo Poder Executivo fixou despesas que ficaram apenas R\$ 170,7 milhões abaixo do teto. Considerando compensações do Poder Executivo em favor dos outros Poderes/Órgãos, bem como despesas que devem ser pagas em 2019 e operações que afetam o resultado primário, o limite do Executivo é de R\$ 1.332,5 milhões.

Alcançado o limite global, o aumento da estimativa líquida de receita primária (R\$ 4,7 bilhões) foi alocado em programações não sujeitas ao teto. Por exemplo, participação da União no capital de empresas e complementação da União ao Fundo de

Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, posteriormente vetada.

Revela-se uma mudança na sistemática para elaborar o orçamento da União. Uma vez alcançado o teto de despesas, aumentos de estimativa da receita revertem em melhoria do resultado primário ou financiam despesas não sujeitas ao teto. Não cabe avaliar a relevância da ampliação orçamentária de cada ação não submetida ao teto, mas a imposição de um limite global não implica induzir maior qualidade do gasto, pois ingressos de receita não revertem em financiamento a políticas públicas, ou só poderão ser alocados em um rol restrito de áreas, não necessariamente, aquelas em que há maior demanda.

Para que se tenha uma dimensão mais precisa da restrição imposta pelo teto de gastos, cabe observar o orçamento de 2018.

Despesas federais primárias (2014 a 2018).
R\$ milhões (a preços de 2017).

Ano	Primária obrigatória		Primária discricionária		PAC		Emendas individuais		Emendas de bancada	
	LOA	Tx de variação de 2018 em relação a cada ano	LOA	Tx de variação de 2018 em relação a cada ano	LOA	Tx de variação de 2018 em relação a cada ano	LOA	Tx de variação de 2018 em relação a cada ano	LOA	Tx de variação de 2018 em relação a cada ano
2014	1.347.537	5%	117.249	-18%	65.742	-66%	6.142	43%		
2015	1.350.769	5%	105.034	-9%	47.357	-53%	3.431	156%		
2016	1.358.633	4%	103.371	-7%	30.742	-27%	7.271	21%		
2017	1.377.026	3%	98.717	-3%	28.419	-21%	7.156	23%	3.582	-17%
2018	1.419.048		96.058		22.489		8.774		2.974	

* Entre 2014 e 2017, empenho. Para 2018, dotação atualizada da LOA para emendas. Para as demais discricionárias, percentual de execução médio em relação à dotação da LOA de 2016 e 2017. Valores deflacionados pelo IPCA médio.

* Fonte: Siop-MP e IBGE. Consulta em 14-8-2018.

Elaboração própria.

O quadro compara a dotação orçamentária para 2018 com o empenho dos anos anteriores. As despesas discricionárias e as vinculadas ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) estão em queda, em relação aos valores executados nos últimos anos. As despesas obrigatórias têm aumento real de 3%. O crescimento mais expressivo está nas emendas individuais. As despesas de 2018 (sobretudo discricionárias, não provenientes de emenda) deverão ter redução, mesmo comparando-se a dotação com valores empenhados nos últimos exercícios.

Fato que aponta para o risco de prejuízo de manutenção dos serviços, mas também de redução dos investimentos. Se os dados são observados por natureza de

despesa, as despesas correntes (fora a previdência social) e os investimentos caíram em termos reais de 2017 para 2018. Mesmo comparando o orçamento de 2018 com o empenho de 2015 (ano de forte contingenciamento), há queda real de 10% para despesas correntes e 49% para investimentos (em ambos os casos, considerando despesas primárias, discricionárias e não provenientes de emendas impositivas).

A redução dos valores orçamentários não se explica apenas em função da expectativa de receitas. A partir de 2018, as despesas já estão no teto, não podendo sofrer acréscimos, a não ser por remanejamento de uma área para outra. No entanto, o que se mostrou aqui é uma tendência de redução de dotações que pode atingir níveis críticos em relação à manutenção de serviços públicos e à execução de investimentos, pois a previsão orçamentária encontra-se abaixo dos valores executados nos últimos exercícios.

Este artigo procura detectar os efeitos do teto de gastos sobre as rubricas orçamentárias. Nesse sentido, não cabe uma discussão conjuntural da evolução dos limites de gasto e do contingenciamento. É possível que o ingresso de receitas e a redução de despesas obrigatórias (como a queda do salário mínimo em relação ao inicialmente estimado) abram espaço para melhorar a execução de algumas rubricas, podendo até haver aumento de dotações em determinadas áreas. Por outro lado, há receitas incertas (por exemplo, relacionadas a privatizações) e despesas adicionais que podem fazer com que a execução situe-se abaixo das dotações da LOA, agravando o quadro.

Portanto, não se trata de antever os efeitos conjunturais ao longo do exercício sobre a execução da LOA 2018, mas de demonstrar as restrições sobre as rubricas, decorrentes da nova lógica de elaboração do orçamento, em que se combinam a busca pela obtenção do resultado primário e o teto de gastos. Ainda que reduções de despesas obrigatórias, em razão de questões conjunturais, possam abrir espaço de execução de ações acima do programado, vale salientar que a LOA prevê despesas no teto. Consequentemente, despesas primárias são inelásticas a variações positivas da receita, embora possam ser reduzidas, na hipótese de frustração de receitas.

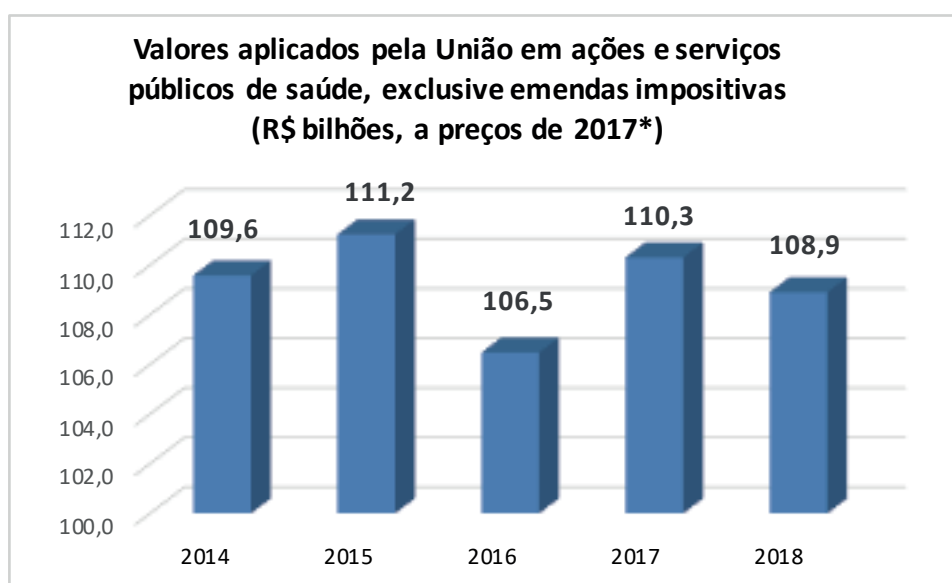
As dotações da LOA 2018 (especialmente as discricionárias, não provenientes de emendas) já estão em níveis mais baixos do que a execução de anos anteriores. Não é provável que haja ganhos expressivos, em um exercício, de eficiência da máquina estatal, cabendo traçar um cenário em que restrições associadas ao teto implicam redução de serviços e investimentos como ajuste à queda estrutural das dotações. A título de ilustração, convém citar a queda real do limite de despesas discricionárias em 2018 (considerando o decreto de programação de julho), em relação ao empenhado de 2014 para um conjunto de áreas: 43% no Ministério da Educação, 49% no Ministério de Ciência, Tecnologia, Inovação e Comunicações, 30% no Ministério do Desenvolvimento Social e 65% no Programa de Aceleração do Crescimento.

Uma vez que as dotações estão em níveis baixos, não se espera remanejamentos expressivos de uma área à outra. Infere-se que as rubricas da LOA 2018 deverão manter-se em níveis baixos, frente a comparações com anos anteriores. É possível que

razões conjunturais mudem, em alguma medida, o quadro ao longo do exercício, mas, em função das restrições associadas à EC 95, é provável que não haja variações expressivas no orçamento. Esse é o cenário geral da LOA. A próxima seção procura mostrar como a saúde insere-se neste contexto.

4. RESULTADOS: AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

O orçamento Asps é duplamente afetado pela EC 95. O primeiro aspecto a salientar é que suas dotações estão constrangidas pelo teto de gastos. Vale observar o orçamento Asps entre 2014 e 2018, sem considerar as emendas impositivas.



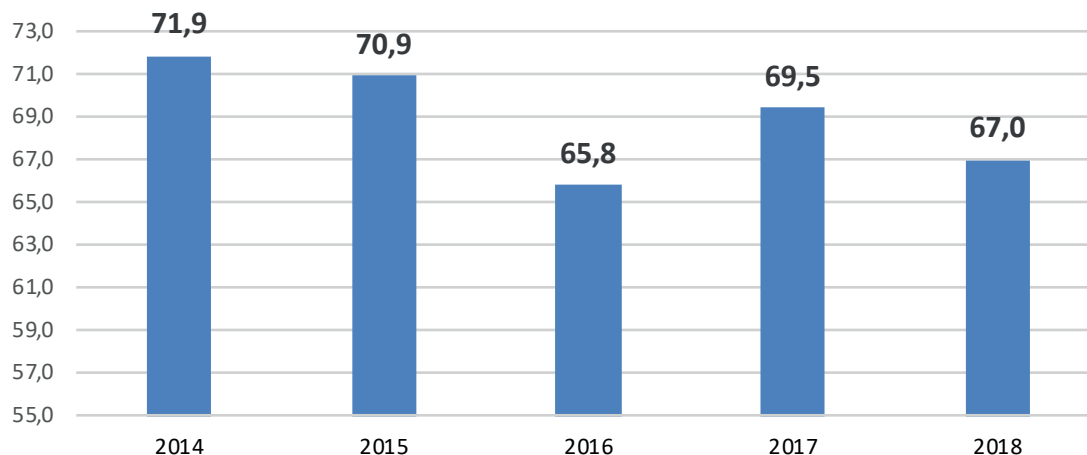
* Entre 2014 e 2017, valores empenhados. Para 2018, valores da LOA.
 Fonte: Siop/MP e IBGE (IPCA médio). Consulta em: 14-8-2018.
 Elaboração própria.

Há queda real de 1,3% no orçamento entre 2017 e 2018. No entanto, a saúde tem contingenciamento de R\$ 2,4 bilhões, de modo que a redução real do orçamento da área pode chegar a R\$ 3,7 bilhões em relação a 2017 e a R\$ 4,6 bilhões em relação a 2015. Caso as despesas programadas de saúde fossem maiores, pressionariam as demais dotações, que já apresentam tendência de queda. Diante do pouco espaço para ampliação das despesas, não se vislumbra um ajuste substantivo (por meio de créditos) para que os gastos Asps situem-se muito acima dos valores programados na LOA. Pelo contrário, os dados atestam que a saúde tem sido variável de ajuste para cumprimento do teto de gastos. Entre a dotação inicial da LOA 2018 e os valores autorizados atuais no exercício, há uma queda de R\$ 1,2 bilhão no orçamento de ações e serviços públicos de saúde.

Se comparados apenas valores transferidos aos entes federados, persiste a tendência de queda, embora mais acentuada. A preços constantes, os valores orçados em 2018 caem 4% em relação ao empenhado 2017, e 7% em comparação com 2014

(sem considerar o contingenciamento de 2018), indicando que estados e municípios podem ser os mais afetados pelo novo regime fiscal.

**Valores transferidos aos entes pela União em ações e serviços públicos de saúde, exclusive emendas impositivas
(R\$ bilhões, a preços de 2017*)**



* Considera as modalidades de aplicação 30, 31, 32, 35, 40, 41 e 45.
Fonte: Siop-MP e IBGE (IPCA médio). Acesso em: 14-8-2018.
Elaboração própria.

É preciso analisar também os valores mínimos a serem obrigatoriamente aplicados em ações e serviços públicos de saúde. Com a EC 95, o mínimo obrigatório passa a ser o piso de aplicação de 2017 (15% da RCL), atualizado pela inflação.

A definição desse valor tem efeitos imediatos para o SUS, mas também de longo prazo. A LOA 2018 considerou uma RCL em 2017 de R\$ 760,2 bilhões e um piso de R\$ 114 bilhões. O piso para 2018 seria de R\$ 117,4 bilhões (IPCA de 3%). No entanto, apenas com a informação da RCL efetiva de 2017, seria possível conhecer, com maior precisão, os efeitos da EC 95 sobre o piso de saúde. A RCL de 2017 foi R\$ 727,3 bilhões. Diante da frustração de mais R\$ 30 bilhões em relação às estimativas, o piso ficou em R\$ 109,1 bilhões, com efeitos até 2036. Para 2018, o valor do piso, com a atualização pelo IPCA, será de R\$ 112,4 bilhões, quase R\$ 3 bilhões abaixo do executado em 2017. Para 2018, a redução do mínimo implica incremento do valor do orçamento da saúde passível de contingenciamento. A LOA 2018 traz uma programação de R\$ 118,1 bilhões para Asps, quase de R\$ 6 bilhões acima do piso.

Deve-se compreender como o orçamento da saúde é impactado pelos dispositivos que passam a organizar sua elaboração e execução. Vale ressaltar que, além das restrições à programação orçamentária, dilatou-se o espaço para contingenciamento, em função da redução da RCL em relação ao estimado, o que submete a garantia da realização do direito à saúde às incertezas provocadas pelas variáveis econômicas.

Também é relevante entender sobre quais despesas poderia recair o contingenciamento, de modo a evidenciar os riscos do regime fiscal. Se observadas as ações do Ministério da Saúde não contabilizadas para cumprimento do piso – não Asps (discricionárias e sem emendas impositivas) – seu valor na LOA 2018 é de R\$ 3,17 bilhões. Do total de recursos, quase R\$ 2,7 bilhões se concentram em cinco ações, que seriam ainda mais afetadas: Apoio financeiro da União aos entes que recebem o FPM, Reestruturação de hospitais universitários federais, Farmácia Popular (não gratuidade), e obras de água e esgoto (Funasa).

Quanto às ações Asps, os cortes poderiam atingir as despesas obrigatórias, caso elas fossem canceladas ou atrasadas, o que resultaria em não pagar parcelas mensais transferidas a estados e municípios em ações estruturantes, como os pisos de atenção básica e o teto de média e alta complexidade. Os entes teriam dificuldades ainda maiores para a manutenção dos serviços, diante de um cofinanciamento que, ao longo do tempo, tem-se tornado proporcionalmente menor para a União, passando de 52% para 43% dos gastos públicos, entre 2002 e 2016, segundo dados do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde.

O contingenciamento poderia incidir sobre as despesas discricionárias Asps. O ponto é que há apenas R\$ 19,46 bilhões de dotações nesse grupo, distribuídas entre 88 ações, mais da metade, concentrando-se em cinco rubricas: Mais Médicos (R\$ 3,3 bilhões), Farmácia Popular – Gratuidade (R\$ 2,4 bilhões), Atenção aos Portadores de Doenças Hematológicas (R\$ 1,7 bilhão), Saúde Indígena (R\$ 1,3 bilhão) e Rede Sarah (R\$ 1,06 bilhão). Possivelmente, o contingenciamento recairia sobre essas ações, expressando os efeitos negativos sobre o SUS de uma execução abaixo dos valores programados, repercutindo sobre questões como a disponibilidade de médicos na atenção básica e a oferta de medicamentos.

Ainda no grupo Asps, as emendas impositivas podem ser contingenciadas na mesma proporção das demais despesas primárias discricionárias. Na LOA 2018, as emendas impositivas representam R\$ 5,65 bilhões, quase 5% do valor de Asps. Em 2015, elas correspondiam a 1,6%. Portanto, triplicou a parcela do orçamento não controlada pelo Poder Executivo. Em 2018, o decreto de programação definiu que as emendas impositivas não serão objeto de contingenciamento. Eventual bloqueio de despesas sobre a saúde recairia somente sobre as despesas programadas pelo Poder Executivo, com forte impacto sobre o SUS.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se mostrar os efeitos do teto de gastos sobre a LOA 2018. O objeto da análise não foram os fatores conjunturais, que podem tanto ampliar os valores programados em Asps como reduzi-los.

O foco recaiu nos elementos estruturais que passam a organizar a LOA, especialmente, o impacto do teto de gastos sobre os valores programados. Foi visto que as

dotações da LOA já estão no limite da EC 95, o que impede seu crescimento global. As dotações de 2018 (fora obrigatórias) estão abaixo de valores executados em anos anteriores. Mostrou-se que estão em queda real despesas correntes e investimentos.

Em termos reais, as despesas Asps na LOA 2018 têm redução de até R\$ 3,7 bilhões em relação aos valores empenhados em 2017 (exclusive emendas impositivas e considerando valores contingenciados). É possível que haja suplementações em favor da saúde, cuja fonte seria o remanejamento de outras áreas. No entanto, duas observações se impõem: diante do quadro de restrição orçamentária, não há expectativas de variações significativas nas dotações e nos limites de execução, tendo em vista a dificuldade de retirar recursos de áreas que já apresentam queda. Ao contrário, foi visto que, entre o início do exercício e os dados mais atualizados, a saúde já perdeu R\$ 1,2 bilhão de dotação, diante da lógica da EC 95 de, alcançado o teto de gastos, reduzir dotações em uma área para viabilizar ampliação em outras. Ademais, há de se analisar como impactos orçamentários sobre outras políticas repercutem sobre condicionantes e determinantes da saúde (renda, educação, entre outros).

Outra mudança que a EC 95 exerce sobre o orçamento é que o crescimento da receita não impactará o financiamento às políticas públicas. Por exemplo, discute-se que eventual leilão para a exploração de petróleo e gás excedentes ao contrato de cessão onerosa, assinado com a Petrobras, pode render até R\$ 100 bilhões para a União em bônus de assinatura. Dado que a despesa está programada no teto, nenhuma parcela do valor seria apropriada pelo SUS, ou qualquer despesa submetida ao teto. O ingresso da receita melhoraria o resultado primário ou financiaria ações não sujeitas ao teto.

Particularmente, uma receita extraordinária, oriunda de uma riqueza finita, deve ser aportada em políticas públicas que constituam a base para o desenvolvimento social e econômico. O que é especialmente relevante, levando em conta o cenário de ampliação da demanda por serviços públicos, como no caso da saúde e educação.

Diante do exposto, pode-se apontar para um quadro em que se combinam os seguintes fatores, afetando o orçamento como instrumento de realização do direito à saúde: valores orçamentários constrangidos pelo teto, inelasticidade da despesa em relação ao aumento da receita e ampliação das necessidades da população, em face da transição demográfica, epidemiológica e nutricional, da inflação de saúde, da incorporação tecnológica e da judicialização. Além disso, tendo em vista a redução do piso de 2017 em relação ao estimado, abre-se, em 2018, um hiato de R\$ 6 bilhões entre o valor orçado e o mínimo obrigatório, que cria incertezas adicionais para a saúde.

Esse é o valor que pode ser bloqueado no orçamento Asps, pressão que se exercerá em todos os anos em que viger a EC 95, pois o piso de 2017 é o valor base para calcular o mínimo obrigatório da saúde. Reforça-se que uma análise da LOA não pode se limitar à conjuntura de receitas e despesas para o exercício, devendo-se compreender que o fato mais relevante é a institucionalização de uma nova sistemática que organiza o orçamento.

Nela reside um fator de instabilidade para o SUS que se repetirá a cada ano, seja pela restrição à ampliação das dotações de saúde, pela vedação de que acréscimos de receita impliquem financiamento a políticas estruturais ou pelo risco de contingenciamento, agravado pelo piso de 2017. Em relação ao último aspecto, os impactos potenciais para o SUS perdurarão por 20 anos. Se projetada uma inflação média de 4% e um crescimento da RCL de 5,5% (média 2010-2017), o piso Asps passaria de 15% da RCL (2017) para 11% (2036), inferior ao de 2002.

É fundamental que se reveja o teto de gastos e, particularmente, seu impacto sobre a saúde, considerando-se os fatores que implicam maior demanda de recursos na área. Mesmo em um contexto de vigência da EC 95, seria essencial introduzir dispositivo para retirar do teto despesas estratégicas, sobretudo, quando financiadas por recursos oriundos da exploração de riquezas naturais. Na medida em que são riquezas finitas, que não produzirão novas receitas, sua neutralidade frente ao volume das despesas implica que a sociedade não tem qualquer compensação pela exploração dos recursos naturais. O impacto dessa medida seria ampliado ao longo dos anos, com a evolução da exploração do pré-sal, havendo maior efetividade caso os recursos aplicados em saúde e educação fossem abatidos do resultado primário.

No quadro atual, havendo espaço fiscal, o incremento de receitas poderia, na melhor das hipóteses, ser apropriado por um rol de ações que a EC 95 não submete ao teto de gastos. Este aspecto demonstra a disfuncionalidade da EC 95, pois a escolha alocativa, associada à ampliação da receita, não ocorre em função da demanda da população ou da realização de direitos, mas das ações que a Constituição retira do teto de gastos.

Diante do conjunto de questões levantadas, é urgente que se realinhem os dispositivos que orientam o orçamento e a realização dos direitos sociais, especialmente na saúde pública.

REFERÊNCIAS

1. Rossi P, Dweck E. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad de Saúde Pública*. 2016;32(12):1-5.
2. Vieira FS, Benevides RP. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil (n. 28). Nota técnica. Brasília: Ipea; 2016.
3. Moretti B, Sóter AP. Análise preliminar dos efeitos da vedação do crescimento real das despesas federais e o comprometimento da universalidade do SUS. In *Encontro Nacional de Economia da Saúde*, 12; 2016; Anais. Salvador: Associação Brasileira de Economia de Saúde. [acesso em 29 set 2016]. Disponível em [http:// abresbrasil.org.br](http://abresbrasil.org.br).

Patentes, Inovação e Direito à Saúde: Análise sobre as Discussões de Propriedade Intelectual em Saúde Pública na Organização Mundial da Saúde entre 2006 e 2016

Lucas Felipe Carvalho Oliveira¹
Priscila Torres de Brito²
Elizabeth Alves de Jesus Prado³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/yXUq8V>

RESUMO

O Acordo TRIPS enrijeceu as normas de garantia de propriedade intelectual nos países signatários da Organização Mundial do Comércio (OMC) e, atualmente, caracteriza-se como um grande desafio aos países em desenvolvimento, bem como à promoção da inovação em saúde. A Organização Mundial da Saúde (OMS) iniciou trabalhos para discutir os impactos dos direitos de propriedade intelectual e a saúde pública. Tem por objetivo analisar as discussões realizadas na OMS sobre propriedade intelectual e saúde pública, no período entre 2006 e 2016. A inovação e a promoção da inovação são fundamentais para o desenvolvimento de novas tecnologias e produtos para a saúde, e devem enquadrar-se em uma estrutura mais ampla de esforços inter-setoriais para melhorar a saúde e o desenvolvimento dos países. É evidente o papel da inovação em relação à consolidação e sustentabilidade do Sistema Único de Saúde, assim como possui função fundamental no desenvolvimento de tecnologias portadoras de futuro, e que, no caso dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, deve estar focada na resolutividade das doenças mais prevalentes nestes países.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Propriedade Intelectual. Organização Mundial da Saúde. Inovação em Saúde.

1 Mestrando em Saúde Coletiva pelo programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade de Brasília. Especialista em Direito Sanitário pela Fiocruz/Brasília. Especialista em Políticas Públicas de Saúde Informadas por Evidências pelo Hospital Sírio-Libanês. Bacharel em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. E-mail para contato: lucasfelipe250@hotmail.com

2 Mestranda em Saúde Coletiva pelo programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade de Brasília. Bacharel em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. E-mail para contato: priscilaaa.a@hotmail.com

3 Mestre em Saúde Coletiva pelo programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade de Brasília. Especialista em Políticas Públicas de Saúde. E-mail para contato: elizabethalvesjesus@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A saúde tem assumido um papel de protagonismo na agenda de desenvolvimento brasileira, uma vez que seus benefícios extrapolam as especificidades do setor, gerando renda e empregos no país. De maneira semelhante, o setor de saúde possui caráter estratégico na promoção da inovação e da produção do conhecimento no Brasil. (1-2)

Entretanto, apesar deste protagonismo, ainda há uma “fragilidade da base produtiva e tecnológica brasileira em saúde”, evidenciada, principalmente, pelo *déficit* na balança comercial do Complexo econômico-industrial da saúde (Ceis), tornando o Sistema Único de Saúde (SUS) frágil em relação à sua sustentabilidade em longo prazo, na medida em que gera dificuldade na garantia da oferta universal de bens e serviços de saúde, o que se agrava pela transição demográfica e epidemiológica da população brasileira. (2)

O fortalecimento da base produtiva e de inovação da saúde possui o potencial de superação do quadro de vulnerabilidade do SUS, assim como pode contribuir para um modelo de desenvolvimento socialmente inclusivo e de superação da hierarquia entre os interesses econômicos e sociais presentes nesse campo. (2)

É importante considerar, *a priori*, que a extensão de garantias de propriedade intelectual esteve intimamente relacionada aos interesses econômicos de indústrias do campo da saúde, com sede nos países capitalistas centrais, beneficiando, entre outras, e principalmente, a indústria farmacêutica, uma vez que, assegura-se, através da utilização de patentes, o monopólio, ou em outras palavras, “a exclusividade de exploração da invenção” por parte do inventor. (3)

Assim, os principais objetivos advindos do reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual são o estímulo às atividades inventivas, ou seja, a inovação, e com caráter econômico de recuperação do investimento e/ou exploração por parte do autor do invento/descobrimto, e a garantia de divulgação das descobertas e inventos por parte de seus criadores, favorecendo a utilização e o usufruto por parte da sociedade. (3-7)

Existem dois marcos históricos no reconhecimento de direitos de propriedade intelectual: a Convenção da União de Paris (CUP), de 1883, e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, ou Acordo TRIPS, assinado em 1994 (6-8). As discussões sobre direitos de propriedade intelectual nestes fóruns foram marcadas pela grande diferença de posicionamento entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento. (6-7;10)

É importante considerar que a CUP era mais branda em relação à defesa e garantia dos direitos de propriedade intelectual, uma vez que estabelecia que os países que assinassem o documento-síntese da convenção deveriam garantir o direito de propriedade intelectual a partir de seus limites e de suas definições internas. Desta forma, parte dos países não garantia o direito de patenteabilidade dos produtos farmacêuticos, aspecto que passou a mudar a partir dos anos 1960 (6;8;10), quando países, sobretudo da Europa, começaram a mudar suas legislações a respeito do tema e reconhecerem os direitos de propriedade intelectual de produtos farmacêuticos em seus territórios.

A partir de discussões na rodada do Uruguai do GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade* – Acordo Geral de Tarifas e Comércio), o tema sobre garantia de propriedade intelectual retornou à pauta e culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e da assinatura do Acordo TRIPS, em 1994. (10)

O Acordo TRIPS estabelecia medidas mais duras de propriedade intelectual, pois considerava que os países signatários da OMC deveriam adotar medidas paritárias acerca dos direitos de propriedade intelectual e, conseqüentemente, de patentes em diversos setores, em especial o farmacêutico. (6;8-10)

Destaca-se que um dos argumentos apresentados para que houvesse um alargamento na garantia dos direitos de propriedade intelectual é que, assim, se favoreceriam e promoveriam a inovação, a pesquisa e desenvolvimento (P&D), principalmente nos países em desenvolvimento, e a transferência de tecnologia dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento (10), de maneira que o acesso a esses produtos também seria ampliado e facilitado. (3)

Desta forma, faz-se necessário o estudo e aprofundamento nas questões relacionadas à inovação em saúde, o complexo produtivo e tecnológico em saúde no Brasil, assim como os efeitos da garantia de propriedade intelectual em saúde, principalmente após a internalização do Acordo TRIPS (2). A inovação é essencial para o desenvolvimento econômico de um país, assim como adquire espaço estratégico no campo da saúde. No Brasil, é fundamental para a sustentabilidade e consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS), pois qualifica-se como fator imprescindível na incorporação de tecnologias e insumos no sistema de saúde. (2;11-12)

A inovação em saúde é caracterizada pela produção de tecnologias portadoras de futuro no campo da saúde, ou seja, está atrelada ao desenvolvimento tecnológico, e também econômico, do setor saúde. (2;11-12)

Através da inovação, e de sua promoção, há o incremento de novos processos ou tecnologias, leves e duras, que podem facilitar ou melhorar a saúde de uma dada população. Desta forma, a inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias em saúde articulam-se com os processos produtivos e econômicos da saúde e fazem parte do Ceis. (2;11-14)

É importante ressaltar que a capacidade de inovação, em países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, pode contribuir para a redução do déficit da balança comercial com os países desenvolvidos, assim como se apresenta como fator importante para a sustentabilidade de sistemas nacionais de saúde, como o SUS (2,11-13;15). O presente trabalho apresenta e analisa as discussões travadas na OMS sobre propriedade intelectual e saúde pública, compreendidas no período entre 2006 e 2016.

2. MÉTODOS

O estudo foi realizado por meio de fontes bibliográficas, a partir da leitura em profundidade dos textos de referência. Além disso, foi empregada análise qualitativa

do Discurso do Sujeito Coletivo. O material da análise consiste no texto na íntegra dos relatórios publicados pela OMS entre o período: 2006 – 2016. Este material público, e de acesso livre, contém as principais discussões no âmbito da propriedade intelectual e saúde pública no mundo. (16-17)

Os critérios de escolha dos relatórios para este trabalho foram: busca no repositório institucional/biblioteca digital da OMS através da palavra chave “*Intellectual Property*”, utilizando-se o filtro por ano e tema. Os documentos no formato de resolução ou decisão foram excluídos.

O Discurso do Sujeito Coletivo, técnica de análise empregada nesta pesquisa qualitativa, tem como produto final um texto, redigido na primeira pessoa do singular, que expressa e sintetiza as expressões-chave e ancoragens de discursos/discussões em âmbito individual, restrito sobre um tema específico. (17)

As etapas de trabalho consistem na separação e escolha do material: jornal, entrevista, artigos ou documentos escritos de diversas fontes; em seguida, deve-se identificar as expressões-chave que se relacionam com as ideias centrais; o mesmo procedimento deve ser feito para as ancoragens, que são trechos do discurso que trazem posicionamentos pessoais ou políticos, que marcam ideologias. (17)

O objetivo desta técnica foi agrupar as principais discussões sobre propriedade intelectual e saúde pública que ocorreram entre os anos 2006 e 2016. Deste modo, os conteúdos literais dos relatórios selecionados foram agrupados por categorias temáticas, que expressam as ideias centrais do texto. (17)

Foram elencadas cinco categorias temáticas a partir do material selecionado. Neste contexto, foi trabalhada, especificamente, a categoria que traz a ideia central de “Inovação e Promoção da Inovação em países em desenvolvimento”.

3. RESULTADOS

Na biblioteca digital da OMS, foram identificados 2.454 documentos a partir da busca pela expressão chave “*Intellectual Property*”. Entretanto, após a aplicação dos filtros mencionados na metodologia, restaram 32 documentos, entre os quais ainda estavam presentes livros, guias, diretrizes e relatórios, de forma que foram excluídos da análise os livros, diretrizes e guias, permanecendo apenas os relatórios, que são a fonte de informação primária deste estudo.

Dos documentos restantes, 28 relatórios, observou-se que 22 eram duplicados em idiomas diferentes, de maneira que foram analisados seis relatórios ao final (18-23), como pode ser observado no quadro abaixo.

Quadro 1 – Relatórios analisados sobre patentes e direito de propriedade intelectual da OMS.

Título	Ano de Publicação	Idioma
<i>Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual – Informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública. (18)</i>	2006	Espanhol
<i>Informes sobre los progresos realizados – F. Salud pública, innovación y propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción. (19)</i>	2007	Espanhol
<i>Salud pública, innovación y propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción – Informe de la Secretaría. (20)</i>	2007	Espanhol
<i>Salud pública, innovación y propiedad intelectual: progresos realizados por el Grupo de Trabajo Intergubernamental – Informe de la Secretaría. (21)</i>	2007	Espanhol
<i>Informe del Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual. (22)</i>	2008	Espanhol
<i>Santé publique, innovation et propriété intellectuelle: perspectives régionales pour la mise en ouvre de la stratégie et du plan d'action mondiaux. (23)</i>	2009	Francês

Fonte: Dados da Organização Mundial da Saúde, elaboração própria, 2018.

Observou-se que os relatórios selecionados foram publicados em quatro anos diferentes – 2006 a 2009, sendo que a metade dos relatórios era pertencente ao ano de 2007. Uma das possíveis justificativas para que o ano de 2007 tivesse a maior quantidade de relatórios é em virtude da publicação, em 2006, do relatório da Comissão sobre Direitos de Propriedade Intelectual, Inovação e Saúde Pública (CIPIH), da Organização Mundial da Saúde, e da recomendação que se seguiu para elaboração de um plano de ação mundial. (5)

A CIPIH foi instituída em 2003 e, após reuniões e análises, tornou público seu relatório em 2006, retratando o tema dos impactos do Acordo TRIPS e a saúde pública global. A Comissão era formada por professores, ex-ministros e outros atores importantes e relacionados ao assunto de diversos países, desenvolvidos e em desenvolvimento.

O plano mundial recomendado pela CIPIH possuía, como principal objetivo, estabelecer metas para os estados-membros da OMS e para a própria agência, no sentido de promover a inovação em saúde pública e diminuir os efeitos negativos do maior reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual.

O subtópico a seguir apresenta o discurso-síntese decorrente da análise do Discurso do Sujeito Coletivo, método adotado neste estudo, acerca das categorias: Inovação e Promoção da Inovação.

3.1 DISCURSO-SÍNTESE: INOVAÇÃO

É evidente que a indústria local de medicamentos é limitada na maioria dos países em desenvolvimento e concentra-se, geralmente, na fabricação de produtos genéricos e sobre medicamentos focados na medicina tradicional. A natureza das instituições de pesquisa varia segundo as

principais fontes de financiamento de suas atividades de pesquisa, sendo que as fontes mais importantes e frequentes a este respeito são: os Ministérios da Saúde, de Educação, da Ciência e da Tecnologia; as instituições sem fins lucrativos; os organismos internacionais e alguns estabelecimentos de saúde.

Desta forma, é preciso contribuir e apoiar com a aplicação e a gestão do regime de propriedade intelectual, de modo que se potencialize ao máximo a inovação relacionada com a saúde, especialmente para atender às necessidades de investigação e desenvolvimento dos países em desenvolvimento, proteger a saúde pública e fomentar o acesso de todos aos medicamentos, assim como explorar e aplicar as possibilidades de incentivo ao trabalho de pesquisa e desenvolvimento. É inevitável reforçar a capacidade de inovação, assim como da capacidade de gerir e aplicar o regime de propriedade intelectual nos países em desenvolvimento, em particular o uso pleno das disposições do Acordo TRIPS e dos instrumentos relacionados com esse acordo, que prevêm flexibilidades para adotar medidas de proteção da saúde pública.

A inovação é fundamental para o desenvolvimento de novos medicamentos e outros produtos e deve enquadrar-se em uma estrutura mais ampla dentro de esforços intersectoriais para melhorar a saúde e o desenvolvimento. A inovação não deve centrar-se apenas em determinadas doenças circunscritas principalmente aos países desenvolvidos, mas também, na resolução dos problemas de saúde dos países em desenvolvimento, devido às suas circunstâncias.

Em relação às enfermidades do tipo III, como a dengue e a leishmaniose, as quais não possuem demanda nos países ricos, o problema da ausência de incentivos para inovação é particularmente evidente. Muito frequentemente, as iniciativas de pesquisa não são baseadas em programas e necessidades e não atendem adequadamente às prioridades de saúde pública. Embora tenham sido realizadas inovações promissoras na África e para doenças específicas do continente, os investimentos em desenvolvimento e distribuição de produtos são muito poucos.

3.2 DISCURSO-SÍNTESE: PROMOÇÃO DA INOVAÇÃO

Reconhece-se que todos os Estados devem promover a inovação tecnológica e a transferência de tecnologia, que devem estar respaldadas pelos direitos de propriedade intelectual. O fortalecimento da capacidade inovadora dos países em desenvolvimento é essencial para responder às necessidades de saúde pública global, mas, destaca-se que há muitos determinantes da capacidade de inovação nos países em desenvolvimento. Afirma-se que as instituições políticas, econômicas e sociais

de cada país devem participar na elaboração da política de pesquisa sanitária, tendo em conta suas próprias realidades e necessidades.

Uma vez que o mercado não é capaz de mobilizar um volume suficiente de investimentos nos produtos necessários aos países em desenvolvimento, outras medidas devem ser tomadas para incentivar a inovação relevante a estes países. Para responder aos problemas relacionados com a falta de inovação em doenças de populações pobres, é necessário que os próprios governos se envolvam mais no processo de busca e aplicação de soluções.

Desta forma, ao abordar as necessidades de saúde da população dos países em desenvolvimento, é importante buscar maneiras inovadoras de combater as doenças do tipo I, assim como as do tipo II e do tipo III. Governos e apoiadores financeiros precisam dar maior prioridade à luta contra o impacto rapidamente crescente das doenças do tipo I nos países em desenvolvimento e, mediante a inovação, encontrar meios acessíveis e tecnologicamente apropriados de diagnóstico, prevenção e tratamento. De maneira semelhante, as agências de financiamento público devem tomar medidas para assegurar que a prática de licenças voluntárias de patentes de produtos e tecnologias financiadas por elas seja uma forma de promover a inovação direcionada ao campo dos dispositivos médicos, e para as populações vulneráveis de seus países. Não esquecendo que o conjunto de patentes sobre tecnologias básicas pode ser útil, em alguns casos, para promover a inovação de interesse para os países em desenvolvimento.

Observa-se que as esferas-chave para os investimentos são as capacidades relacionadas com a ciência e tecnologia, a produção local de produtos farmacêuticos, os ensaios clínicos, a regulamentação, a propriedade intelectual e a medicina tradicional. Destaca-se que é preciso apoiar políticas que promovam a inovação a partir da medicina tradicional, em um marco baseado em critérios científicos, de acordo com as prioridades nacionais e tendo em conta as disposições pertinentes dos instrumentos internacionais que correspondam a estas políticas.

É necessário ampliar, substancialmente, a gama de medidas destinadas a promover, coordenar e financiar, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos, a pesquisa pública e privada sobre as doenças do tipo II e do tipo III, e sobre as necessidades dos países em desenvolvimento em relação com as doenças do tipo I, ou seja, é fundamental um maior nível de investimento, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos, assim como é necessário formular, desenvolver e apoiar políticas eficazes que promovam o fortalecimento da capacidade de inovação nos países em desenvolvimento.

Também é importante aproveitar ao máximo e complementar, quando apropriado e viável, as iniciativas atuais, e contribuir para o ingresso

de recursos para a inovação e implementação, entre elas, facilitar o maior uso possível do financiamento existente, incluindo as alianças público-privadas para o desenvolvimento de produtos, e complementá-las quando convier, com vistas ao desenvolvimento e à difusão de produtos médicos e dispositivos médicos seguros, eficazes e acessíveis.

É imperativo que haja a cooperação internacional, a partir de alianças e redes para o desenvolvimento Norte-Sul e Sul-Sul, a fim de criar uma corrente de transferência de tecnologia relativa à inovação em matéria de saúde e melhorá-la. Apoiando-se o intercâmbio de informações e, principalmente, da criação de capacidade em matéria de aplicação e gestão do regime de propriedade intelectual, no que se refere à inovação relacionada com a saúde e à promoção da saúde pública nos países em desenvolvimento. Ou seja, os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento devem tratar de intensificar suas formas de colaboração que contribuam para o fortalecimento das capacidades destes últimos. Assim como os países desenvolvidos e as empresas farmacêuticas, incluindo as fabricantes de genéricos, devem adotar medidas para promover a transferência de tecnologia e a produção local de produtos farmacêuticos nos países em desenvolvimento, sempre que esta seja procedente do ponto de vista econômico e favoreça a disponibilidade, acessibilidade e segurança do fornecimento dos produtos que necessitam as populações dos países em desenvolvimento.

Reforça-se que o Acordo TRIPS encoraja a transferência de tecnologias para reforçar a capacidade dos países em desenvolvimento para produzir medicamentos essenciais e empreender a P&D sobre outros produtos de saúde. Assim como os países desenvolvidos devem cumprir com as suas obrigações, emanadas no parágrafo 2 do artigo 66 do Acordo TRIPS e no parágrafo 7 da Declaração de Doha.

Embora, na prática, observa-se que a transferência de tecnologias tem sido muito lenta e, por vezes, inexistente. Essa situação explica-se pelo desenvolvimento socioeconômico pouco satisfatório, a lentidão do progresso científico e tecnológico e o desenvolvimento inadequado da infraestrutura, especialmente, nos países africanos.

A OMS e a OMPI devem considerar a possibilidade de desempenhar uma função mais destacada na promoção dos acordos sobre a transferência de tecnologia e implementação da P&D, sobretudo, em relação às doenças que afetam, de forma desproporcional, os países em desenvolvimento. A formação de redes eficazes, nacionais e internacionais, entre as instituições – oficialmente reconhecidas ou não – de países em desenvolvimento e dos países desenvolvidos constituem um elemento importante na hora de desenvolver a capacidade inovadora.

Por fim, a OMS tem fomentado a interação entre organizações e empresas, com o objetivo de conseguir sinergias, ou melhorá-las, para o de-

envolvimento de vacinas inovadoras. Assim como, através do Programa Especial de Pesquisas e Ensinamentos sobre Doenças Tropicais, a OMS apoiou o estabelecimento de alianças público-privadas de desenvolvimento de produtos, como a Operação de Medicamentos contra a malária e a Fundação para Novos Diagnósticos Inovadores.

4. DISCUSSÃO

É importante esclarecer, a princípio, que a classificação da Comissão de Macroeconomia e Saúde da OMS apresenta as doenças em três níveis. As doenças do Tipo I são aquelas presentes tanto em países desenvolvidos quanto naqueles em desenvolvimento, mas que são mais prevalentes nos primeiros. As doenças do Tipo II são doenças com maior prevalência nos países em desenvolvimento, apesar de, em casos raros, terem ocorrência em países desenvolvidos. E, por fim, as doenças do Tipo III são exclusivas de países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. (24)

Desta forma, as doenças do Tipo II e do Tipo III são aquelas que deveriam receber mais atenção dos sistemas de saúde dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, por serem mais presentes em seus territórios. Assim, a pesquisa e desenvolvimento (P&D) e principalmente o fomento da inovação deveriam, nestes países, concentrar-se na resolutividade destas doenças.

Entretanto, Mahoney e Morel (25) observaram que a inovação, após um período de participação pública, principalmente no financiamento, esteve em certa medida vinculada ao capital privado e ao desenvolvimento do capitalismo nos países capitalistas centrais. Apenas recentemente, o setor público, em grande parte os governos, começou a assinar acordos de parcerias público-privadas.

Mahoney e Morel (25) identificaram e descreveram os fracassos na promoção da inovação e de sua difusão, afirmando que se dão, principalmente, por três fatores: o primeiro deles refere-se às falhas na ciência, que ocorrem quando há falta de conhecimentos para criar ferramentas ou mecanismos resolutivos em saúde, exemplo é a falta de conhecimentos de medicamentos e vacinas para doenças como a malária, dengue e outras.

O segundo diz respeito às falhas de mercado que ocorrem quando os custos de vacinas, drogas e outras intervenções de saúde são impeditivos para o acesso da população, principalmente populações vulneráveis. É importante frisar que a ampliação dos direitos de propriedade intelectual, defendida pelos países desenvolvidos no período da assinatura do Acordo TRIPS, tornou os produtos farmacêuticos e novas tecnologias de saúde menos acessíveis em virtude, principalmente, do monopólio.

Atualmente, a dificuldade de acesso aos produtos farmacêuticos está sendo observada, inclusive, nos países desenvolvidos, tornando-se um problema em escala mundial e não apenas restrito aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. (26-27)

Desta forma, foram ressaltadas, na Declaração de Doha, as flexibilidades relacionadas ao campo da garantia de defesa de propriedade intelectual, as quais os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos deveriam utilizar. Tais flexibilidades são a prorrogação para a interiorização do Acordo TRIPS, fato que o Brasil não aproveitou, por questões específicas, e a utilização de licenças compulsórias. (6-7;28)

O terceiro, e último fator que embarreira a promoção e a difusão da inovação, refere-se às falhas do sistema de saúde pública, que estão associadas a fatores como falta de planejamento e prioridades sólidas, corrupção, crise, guerras ou fatores culturais e religiosos. Nesta perspectiva, as tecnologias de saúde existem, são acessíveis, mas, por questões diversas, não estão distribuídas de maneira equânime. (25)

Mahoney e Morel (25) consideram que, para que haja uma promoção efetiva da inovação, é importante repensar o papel das empresas, do setor público e privado, e de um financiamento adequado e sustentável. Desta forma, o governo brasileiro tem desenvolvido propostas de financiamento de projetos de inovação em saúde, através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e das Fundações de Amparo à Pesquisa (FAP), assim como a instituição de Políticas de Ciências, tecnologia e Inovação, promovendo e incentivando a P&D no país.

É importante considerar, ainda, que o maior reconhecimento da propriedade intelectual, nos países em desenvolvimento, é cercado de controvérsias, uma vez que grande parte dos argumentos de defesa para tal não se concretizaram de fato (5), demonstrando-se, também, que a propriedade intelectual é insuficiente se não estiver articulada com políticas de promoção da inovação. (3)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se que os avanços e desafios na promoção da inovação em saúde, nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, é cercado de incertezas e de fatores externos à gestão destes países.

Enquanto os argumentos para uma ampliação dos direitos de propriedade intelectual estavam embasados em questões relacionadas ao desenvolvimento institucional e tecnológico dos países periféricos, a partir da transferência de tecnologias, da promoção da P&D e da inovação, constata-se que estes argumentos, em muitos casos, não se tornaram realidade.

De maneira semelhante, o papel governamental no financiamento público de propostas de desenvolvimento tecnológico e social tem-se mostrado tímido, frente à ampliação da cobertura do sistema de saúde no Brasil, às propostas globais de desenvolvimento do milênio, pensadas para os anos 2000 a 2015, e às atuais propostas de desenvolvimento sustentável.

É importante ressaltar que a inovação em saúde e a política de incorporação de tecnologias no SUS têm papel fundamental para a consolidação e sustentabilidade

do SUS em longo prazo, uma vez que o déficit no setor tem crescido ano após ano, e a dependência de tecnologia de países desenvolvidos tem-se tornado uma grande vulnerabilidade do sistema nacional.

É fato que a saúde é estratégica no desenvolvimento tecnológico e econômico no país, e que as políticas de desenvolvimento da inovação existem. Entretanto, a diversificação da produção e a manutenção das indústrias nacionais é imprescindível para o SUS e a política de incorporação de tecnologias.

A produção de novos conhecimentos no Brasil, como o de biotecnológicos, e as parcerias público-privadas neste setor, demonstram experiências exitosas. Contudo, a inovação pode ter vitórias ainda maiores, se estiver articulada com os conhecimentos tradicionais e práticas de conhecimentos já existentes nas diversas regiões do país, superando-se parte da falha de ciência mencionada acima.

Considera-se, ainda, necessário superar a hierarquia que existe entre o interesse econômico e o interesse social, muitas vezes favorável aos primeiros, assim como assumir que o complexo da saúde tem potencial para atuar em um modelo de desenvolvimento inclusivo e socialmente favorável.

REFERÊNCIAS

1. Costa LS, Gadelha CA, Maldonado J, Santo M, Metten A. O complexo produtivo da saúde e sua articulação com o desenvolvimento socioeconômico nacional. *Rev Serv Públ.* 2013;64(2):177-199. [internet]; [acesso em 02 jun 2018]. Disponível em <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/article/view/120/116>.
2. Gadelha CA, Maldonado JM, Costa LS. O complexo produtivo da saúde e sua relação com o desenvolvimento: um olhar sobre a dinâmica da inovação em saúde. In Giovanella L, Escorel S, Lobato LV, Noronha JC, Carvalho AL, Organizadores. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ; 2012.
3. Guimarães R, Souza LEPFd, Santos LM. Ciência e tecnologia e pesquisa em saúde. In Giovanella L, Escorel S, Lobato LV, Noronha JC, Carvalho AL, Organizadores. *Políticas e sistema de saúde no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: FIOCRUZ; 2012.
4. Aranha MI. Propriedade intelectual e patente farmacêutica. In Costa AB, Sousa Júnior JGd, Delduque MC, Oliveira MSdC, Dallari SG, Organizadores. *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB; 2008. 460p.
5. Oliveira LF, Santos AO. Patentes e o direito à saúde: análise sobre as discussões de propriedade intelectual na Organização Mundial da Saúde, entre 2006 e 2016. *Cad Ibero-Amer. Dir. Sanit.* 2017;6(4):130-146. [internet]; [acesso em 02 jun 2018]. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/437/494>.

6. Oliveira MA, et al. Protección de patentes farmacéuticas en Brasil: ¿quién se beneficia? In Xepeda BJ, Oliveira MA, Organizadores. La propiedad intelectual en el contexto del acuerdo de la OMC sobre los ADPIC: desafíos para la salud pública. Rio de Janeiro: ENSP; 2006. 191p.
7. Aranha MI. O palco regulatório das patentes farmacêuticas: licença compulsória como ferramenta regulatória apoiada em PD&I. *Cad Ibero-Amer. Dir. Sanit.* 2016;5(3):50-64. [internet]; [acesso em 23 set 2017]. Disponível em: <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/325/395>.
8. Guise MS. Comércio internacional, patentes e saúde pública. Curitiba: Juruá; 2007.160p.
9. Carvalho PL. Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos. São Paulo: Atlas; 2007. 216p.
10. Figueira B, et al. Preços na indústria farmacêutica: abusos e salvaguardas em propriedade industrial. a questão brasileira atual. In Picarelli MF, Aranha MI, Organizadores. Política de patentes em saúde humana. São Paulo: Atlas; 2001. 270p.
11. Gadelma CA, Quental C, Fialho BC. Saúde e inovação: uma abordagem sistêmica das indústrias da saúde. *Cad. Saúde Pública.* 2003;19(1):47-59. [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csp/v19n1/14904.pdf> .
12. Gadelma CAG, Braga PSdC. Saúde e inovação: dinâmica econômica e estado de bem-estar social no Brasil. *Cad. Saúde Pública.* 2016; 32 (Supl. 2). [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00150115.pdf.
13. Fundação Oswaldo Cruz, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Ministério da Saúde, Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. A saúde no Brasil em 2030: diretrizes para a prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2012; 323p. [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2016/07/saude-2030livro_0.pdf.
14. Souza LE. Saúde, desenvolvimento e inovação: uma contribuição da teoria crítica da tecnologia ao debate. *Cad. Saúde Pública.* 2016; 32(2). [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em <https://scielosp.org/pdf/csp/2016.v32suppl2/e00029615/pt>.
15. Buss PM, Chamas C, Faid M, Morel C. Desenvolvimento, saúde e política internacional: a dimensão da pesquisa & inovação. *Cad. Saúde Pública.* 2016;32(2). [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00046815.pdf.

16. World Health Organization. WHO IRIS: WHO global digital library – online access to WHO published material. 2017. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em <http://apps.who.int/iris/?locale=en>.
17. Lefèvre F, Lefèvre AM. O discurso do sujeito coletivo: um novo enfoque em pesquisa qualitativa (desdobramentos). 2 ed. Caxias do Sul: Educs; 2005. 256p.
18. Organización Mundial de la Salud. Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual – Informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública. 2006; 269p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/43462/1/a88440_spa.pdf.
19. Organización Mundial de la Salud. Consejo ejecutivo. Informes sobre los progresos realizados – F. Salud pública, innovación y propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción. 120ª reunión. 2007. 5p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/25039/1/B120_ID1-sp.pdf.
20. Organización Mundial de la Salud. Consejo ejecutivo. Salud pública, innovación y propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción – Informe de la Secretaria. 120ª reunión. 2007. 18p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/25042/1/b120_id4-sp.pdf.
21. Organización Mundial de la salud. Salud pública, innovación y propiedad intelectual: progresos realizados por el Grupo de Trabajo Intergubernamental – Informe de la Secretaria. 60ª Asamblea Mundial de la Salud. 2007. 9p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/25689/1/A60_27-sp.pdf.
22. Organización Mundial de la Salud. Salud pública, innovación y propiedad intelectual: progresos realizados por el Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual. 61ª Asamblea Mundial de la Salud. 2008. 58p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/26219/1/A61_9-sp.pdf.
23. Organisation mondiale de la Santé, Comité Régional de L’Afrique. Santé publique, innovation et propriété intellectuelle: perspectives régionales pour la mise en oeuvre de la stratégie et du plan d’action mondiaux. 59ª Session Kigali. 2009. 8p. [internet]; [acesso em 14 out 2017]. Disponível em http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/2063/1/afr_rc59_6_fr.pdf.
24. World Health Organization. Macroeconomics and health: investing in health for economic development. Geneva: WHO; dez 2001. 200p. [internet]; [acesso em 02 jun 2018]. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/42435/924154550X.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
25. Mahoney RT, Morel CM. A Global Health Innovation System (GHIS). innovation strategy today. 2006;2(1):2-13. [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em <https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/16466/2/MahoneyMorel2006PaperGHIS.pdf>.

26. Zepeda JA, Oliveira MA, Chaves GC. Novos medicamentos: quem poderá pagar? *Cad Saúde Pública*. 2016;32(2). [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível http://www.scielo.br/pdf/csp/v32s2/pt_1678-4464-csp-32-s2-e00025215.pdf.

27. Bermudez J. Contemporary challenges on access to medicines: beyond the UNSG high-level panel. *Ciênc. Saúde Col*. 2017;22(8): 2435-2439. [internet]; [acesso em 20 nov 2017]. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v22n8/1413-8123-csc-22-08-2435.pdf>.

28. Mittelbach MM. Algumas considerações sobre o sistema de patentes e saúde humana. In Picarelli MF, Aranha MI, Organizadores. *Política de patentes em saúde humana*. São Paulo: Atlas; 2001. 270p.

29. Tigre PB, Nascimento CV, Costa LS. Janelas de oportunidades e inovação tecnológica na indústria brasileira de medicamentos. *Cad. Saúde Pública*. 2016;32(2). [internet]; [acesso em 12 mar 2018]. Disponível em <https://scielosp.org/pdf/csp/2016.v32suppl2/e00103315/pt>.

Entre Acertos e Exageros: a Difícil Relação entre o Administrador Público e os Órgãos de Controle

André Luís Soares da Paixão*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/r2m5GT>

RESUMO

O artigo aborda a atuação do Poder Executivo na gestão pública e a sua relação com os órgãos de controle. A metodologia utilizada é a revisão bibliográfica e a análise de documentos afetos ao tema. Na primeira parte do artigo, discute-se a repartição dos poderes e a missão de cada um deles para, em seguida, abordar a função do Poder Executivo. Ainda na primeira parte, explica-se a relação entre a função de administrar do Poder Executivo e a ciência da administração de empresas, de forma a demonstrar que, tanto a gestão pública, quanto a gestão privada, estão submetidas ao princípio da imprevisibilidade e da contingência. Na segunda parte do artigo, expõe-se a questão do controle, relacionando a sua missão, os órgãos que atuam nessa seara e o conflito latente entre gestão e controle. Na terceira parte do artigo, discutem-se as mudanças que estão sendo suscitadas pelos próprios órgãos de controle, pelo Poder Legislativo e pelos tribunais pátrios, na tentativa de conciliar a relação entre o gestor público e os órgãos de controle. Ao final, conclui-se que o desafio do Estado Contemporâneo é criar mecanismos modernos de gestão, de modo a permitir a atuação mais eficiente e autônoma do administrador público, sem descuidar do acompanhamento dessa atuação pelos órgãos de controle visando a resguardar o erário.

Palavras-chave: Gestão Pública. Administração. Teoria da Contingência. Controle. Fiscalização.

* CV disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8594490P9>. Advogado. Servidor Público do Senado Federal. Secretário de Saúde Adjunto de Gestão do Distrito Federal (2018). E-mail para contato: andreluiswt@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo está centrado na atuação do administrador público. E, para tratar de sua atuação, o texto retoma a discussão sobre a separação dos poderes e a missão que legitima a atuação de cada um deles.

Partindo da premissa de que incumbe ao Poder Executivo administrar os meios de produção estatais, de modo a prover os serviços públicos essenciais previstos no arcabouço jurídico, faz-se um paralelo entre a atividade de administração pública e de administração privada, principalmente, para demonstrar que ambas estão sujeitas a limitações e incertezas que precisam ser tratadas para o sucesso da atividade.

Nesse contexto, ganha relevância a atuação dos órgãos de controle, pois a atuação unicamente repressiva não irá garantir a eficiência da gestão pública. Daí porque se advoga que é preciso estreitar a relação entre administração e controle, de modo a permitir uma atuação preventiva, pautada na parceria para a entrega do melhor resultado possível, considerando as variáveis e limitações existentes.

Diante do cenário exposto, acredita-se que analisar e discutir a relação entre gestão e controle, como feito neste estudo, tem o mérito de fomentar novos modelos de administração conjugados com mecanismos de controle mais eficientes. Espera-se com isso que, a partir de provocações como essas, iniciem-se ações capazes de modernizar a gestão pública, tão carente de inovação, sem deixar de resguardar o patrimônio público.

2. A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA DO ESTADO NO CONTEXTO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

2.1 AS FUNÇÕES DO ESTADO À LUZ DA DOCTRINA MODERNA

A concepção contemporânea de Estado ou, ao menos, as ideias centrais que permeiam a concepção atual de Estado, surgem no final do Século XV, a partir da deterioração do regime feudal e do avanço do comércio pela Europa.

A eclosão do capitalismo vem acompanhada de demandas que carecem de uma autoridade central para organizar o convívio social, garantir a propriedade privada, assegurar o cumprimento dos acordos, organizar o sistema de medidas e suprir outras demandas sociais.

Observa-se, assim, que já na origem, o Estado Moderno é orientado teleologicamente para a consecução de objetivos sociais.

Ao longo dos séculos, o Estado assumiu várias arquiteturas organizacionais distintas, mas nunca se afastou da ideia de que uma de suas missões é aprimorar o bem estar de seus nacionais.

A doutrina dominante aponta que se deve entender o Estado como uma organização constituída por três elementos fundamentais, quais sejam: povo, território e soberania, todos concertados na busca do bem comum. Noutras palavras, o Estado representa a reunião de pessoas (povo), que habitam um determinado espaço geográfico (território) e que detêm autonomia para, em conjunto, decidir sobre o seu modo de vida e sobre a sua relação com os outros Estados existentes (soberania), sempre pautado no interesse da coletividade.

Nesse sentido, a doutrina leciona que:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade da realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chama funções. (1)

Na busca pela consecução do bem comum, o Estado realiza uma série de atividades que, ordinariamente, passou-se a denominar funções ou poderes estatais. Montesquieu, na clássica obra *O Espírito das Leis*, revela que:

Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das gentes, e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos a este último o poder de julgar e, ao outro, simplesmente o poder executivo do Estado. (2)

Cotejando tanto a visão clássica quanto a visão moderna, observa-se que há a adoção de um critério funcional para a classificação dos poderes estatais.

O primeiro poder, batizado de Poder Legislativo, decide, em abstrato, as regras políticas, as regras econômico-sociais e todas as demais regras de cunho fundamental para o povo que habita o território estatal.

O segundo poder, batizado de Poder Executivo, implementa, em concreto, as decisões do Poder Legislativo e, em especial, presta os serviços públicos previstos nas políticas públicas aprovadas pelo Legislativo.

O terceiro poder, batizado de Poder Judiciário ou Jurisdicional, soluciona os conflitos entre os cidadãos do Estado utilizando como parâmetro as decisões do Poder Legislativo consolidadas na legislação nacional.

Finalizada a singela sinopse sobre a repartição dos poderes estatais, realizada unicamente no intuito de contextualizar a questão, passa-se à análise das funções inerentes ao Poder Executivo, um dos elementos centrais do presente artigo.

2.2 O PODER EXECUTIVO, O PRINCÍPIO DA CONTINGÊNCIA E A IMPREVISIBILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988, ao organizar os poderes estatais, aduziu que: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Observa-se, assim, que o Constituinte adotou a teoria da tripartição dos poderes, de modo que compete ao Poder Executivo a função de implementar as decisões do Poder Legislativo por meio da execução das políticas públicas.

Traduzindo para o âmbito concreto, a missão do Poder Executivo está relacionada com o fornecimento de serviços públicos para os cidadãos, tais como: educação, saúde, segurança pública, assistência social, previdência, proteção do meio ambiente, registros públicos, serviço postal, organização do sistema de medidas e outros.

Visando a dotar o Poder Executivo de meios para a implementação dos serviços públicos, a Carta Magna atribuiu, a esse Poder, a missão de arrecadar as receitas, acompanhar a execução orçamentária e financeira, organizar as pessoas em estruturas aptas à prestação dos serviços públicos, adquirir insumos, enfim, organizar os meios de produção disponíveis. Assim, incumbe ao Poder Executivo administrar os recursos da população, majoritariamente, obtidos por meio da tributação, aplicando-os na prestação de serviços públicos para essa mesma população.

Frente ao exposto, verifica-se que a atividade executiva é, na realidade, a atividade típica da ciência da administração voltada para os entes públicos, e não para os entes privados, incluindo, aqui, as limitações oriundas das normas de direito público.

Daí porque todas as limitações e características observadas na administração privada de empresas podem ser encontradas na administração de entes públicos.

Diante dessa constatação, devem-se destacar o princípio da imprevisibilidade administrativa e o princípio da contingência, dois princípios esquecidos pelo legislador e pelos órgãos de controle ao tratar da atividade administrativa estatal.

O risco, a incerteza, a imprevisibilidade, sempre estiveram presentes na atividade de gestão. Todos os atores que se lançam a uma atividade administrativa não têm certeza do seu sucesso e nem conseguem aferir, com precisão, a relação entre todas as variáveis internas, inerentes ao ente administrado, e externas, inerentes ao ambiente externo.

Na contemporaneidade, a incerteza é aumentada exponencialmente, considerando a velocidade da ocorrência de mudanças, especialmente no aspecto tecnológico e de inovação.

Frente ao quadro delineado, o professor Andrade sustenta que:

Os pressupostos do paradigma da complexidade (instabilidade, imprevisibilidade e incerteza), consubstanciados pelas tendências para o

século XXI, pelas características acerca das empresas em transição, dentre outros aspectos discutidos no Capítulo 2, demonstram que as características que fundamentam o modelo ideal de burocracia definido por Weber devem ser revistas e/ou reconceitualizadas para assegurar a elaboração de modelos de gestão e de organização condizentes com o momento histórico em que se está vivendo, para que as organizações, grupos e indivíduos possam sobreviver diante das transformações.

O modelo ideal de burocracia caracterizado por suas dimensões nos leva a crer que elas devem ser revistas em termos conceituais para terem utilidade e aplicação prática nas organizações diante do paradigma da instabilidade, incerteza e imprevisibilidade. (3)

Considerando a álea inerente à atividade de administrar/gerir, a teoria da contingência enfatiza que nada é absoluto, ou seja, tudo é relativo no campo das organizações e da administração, pois existem milhares de variáveis internas (dependentes) e externas (independentes) que interagem entre si e o gestor, por melhor que seja, somente conseguirá inferir as interações entre as variáveis por meio de modelos simplificados e não acurados.

Assim, na visão da teoria contingencial, o papel do bom gestor é adaptar as variáveis internas, que são dependentes de sua atuação, às variáveis externas e, com isso, alcançar os objetivos da instituição.

Consolidando os principais pontos da teoria contingencial, apresentamos trecho da aula a seguir:

A Teoria das Contingências surgiu como uma evolução da teoria dos sistemas. É uma forma de pensar mais abrangente, orientada para a análise da influência dos fatores ambientais externos sobre o desempenho das empresas. A ênfase é dada à influência do mercado e da tecnologia, os principais fatores contingenciais, segundo os representantes dessa teoria. Com o advento da Teoria das Contingências, os teóricos da Administração chegaram à amplitude máxima de análise e entendimento dos fatos administrativos e fenômenos organizacionais. Eles demonstraram com clareza a força das influências de fora da organização no seu processo de criação, desenvolvimento e crescimento. E, ao analisarem os elementos-chave desse ambiente externo, apontaram a tecnologia, o mercado, os clientes, o governo, a sociedade e os concorrentes – os quais chamaram de fatores contingenciais. **Outra grande contribuição foi a categorização das técnicas e modelos administrativos e de gestão como fatores dependentes dos fatores contingenciais existentes e atuantes no ambiente externo, que os determinam e influenciam. Desta forma, romperam com a velha tradição taylorista, fayolista e fordista do melhor modelo, da melhor técnica, da melhor estrutura organizacional, enfim, da síndrome do *the best way* – ou seja, a melhor e única maneira de administrar, de realizar coisas na empresa. Com os estudos e descobertas dos teóricos contingenciais, estabeleceu-se o fim da era da prescrição na Administração (grifo nosso).** (4)

Ocorre, contudo, que nem o legislador e nem os órgãos de controle consideram o princípio da imprevisão e a teoria da contingência ao tratarem da gestão pública e, por essa razão, terminam por dificultar a realização de uma gestão eficiente, inibem a inovação e sancionam o gestor de forma injusta.

3. O REGIME JURÍDICO DO GESTOR PÚBLICO

Contrapondo-se à administração privada, que pode praticar todos os atos não proibidos em lei, submetendo-se ao princípio da legalidade ampla, a administração pública somente pode praticar os atos autorizados pelo Poder Legislativo, por meio de lei, em obediência ao princípio da legalidade estrita.

Esse fato, por si só, já dificulta a atuação do gestor público, pois engessa a sua conduta a modelos pré-concebidos na legislação, não adaptáveis às variáveis externas previstas pela teoria da contingência, impedindo, assim, uma gestão eficiente.

Não bastasse o exposto, o gestor público, servidor que tem a função de praticar os atos de administração dando vida ao Estado, está submetido a um regime jurídico duríssimo, sendo passível de responsabilização nas esferas civil, administrativa e penal.

A Constituição Federal, ao tratar da responsabilização civil do gestor, aponta em seu art. 37 que:

§6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (5)

Assim, o gestor que causar dano ao ente em que atua deverá ressarcir o dano, em caso de dolo (dano intencional) ou culpa (dano por negligência, imprudência ou imperícia), por meio de tomada de contas especial. Do mesmo modo, o gestor que causar dano a terceiros, por dolo ou culpa, deverá ressarcir-lo.

Na seara administrativa, a responsabilização também está presente. A Lei n. 8.112/90, que trata do regime jurídico dos servidores da União, prevê dezenas de condutas que ensejam a responsabilização dos servidores por meio de sindicância ou processo administrativo disciplinar.

Ainda na esfera administrativa, não se pode olvidar a Lei n. 8.429/92, que trata da punição dos atos de improbidade administrativa que importem em enriquecimento ilícito, que causem dano ao erário ou que atentem contra os princípios da Administração Pública. Essa última conduta, com descrição legal extremamente genérica e “atécnica”.

Finalmente, na esfera criminal, existe um capítulo inteiro do Código Penal tratando exclusivamente dos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública e um segundo capítulo tratando dos crimes praticados contra as finanças públicas.

Cotejando o regime jurídico do gestor público, que exerce a função administrativa do Estado, com o regime jurídico do parlamentar, que exerce a função legislativa do Estado, e o regime jurídico do magistrado, que exerce a função jurisdicional, observa-se que os dois últimos têm liberdade para adotar o melhor curso de ação diante do caso concreto, enquanto o primeiro não tem a mesma prerrogativa.

O parlamentar, dotado de imunidade formal e material pela Constituição Federal, tem a liberdade de propor toda e qualquer matéria legislativa, ainda que inconstitucional ou ilegítima por contrariar o interesse público.

Da mesma forma, o magistrado tem a prerrogativa de analisar a prova dos autos, confrontá-la com a legislação em vigor e prolatar a sua decisão a partir do seu convencimento, podendo, inclusive, derrogar a legislação em função de princípios constitucionais, de modo a adaptar o parâmetro de julgamento (lei) ao caso concreto.

O administrador, por outro lado, por estar vinculado ao princípio da legalidade estrita, está subordinado totalmente aos ditames legais, não tendo margem mínima de atuação de modo a adaptar a solução prevista em lei para o caso concreto. Ou seja, o administrador, em tese, deve aplicar rigorosamente a legislação, mesmo que ela não atenda à demanda que lhe é posta.

Evidente que a atividade legislativa e a atividade jurisdicional diferem substancialmente da atividade administrativa, mas, se não se conceder algum grau de autonomia ao gestor para fazer frente às incertezas do ambiente externo, inviabilizar-se-á a realização de uma gestão eficiente por falta de instrumentos legais para tanto.

E nem se advogue que o mérito do ato administrativo está adstrito à análise do gestor público, pois, com a inclusão do princípio da eficiência na Constituição Federal, os órgãos de controle passaram a analisar a eficiência do gestor, criticando, inclusive, a opção de mérito adotada por ele. E o pior, na maioria das vezes, a análise é *a posteriori* e não considera as variáveis existentes, as condutas possíveis e o impacto de cada uma delas na prestação do serviço público.

De mais a mais, é muito tranquilo analisar uma conduta passada e indicar que ela não foi a conduta mais eficiente, após a ocorrência dos eventos e a consolidação das incertezas. Outra coisa, muito diferente, é escolher uma das ações possíveis diante do quadro fático delineado na busca de se realizar a ação mais eficiente, independentemente das incertezas existentes.

A título de exemplo, podemos imaginar a questão do investimento no mercado de ações. Olhar hoje as ações que mais valorizaram é fácil, o difícil é olhar para o futuro a partir de hoje e escolher, da forma mais eficiente possível, o melhor portfólio de ações para a valorização do patrimônio investido.

Dessa forma, conclui-se que a doutrina, a legislação e a jurisprudência advogam que o gestor, além de cumprir o princípio da legalidade estrita, deve ser o mais eficiente possível. Ocorre, contudo, que diariamente o gestor se depara com casos concretos em que a lei não fornece a solução mais eficiente. Nessas situações, o gestor está diante

de um dilema em que, ou ele adota a solução mais eficiente e homenageia o princípio da eficiência, mas é responsabilizado por ofensa ao princípio da legalidade estrita, ou ele segue o princípio da legalidade estrita, mas adota uma conduta ineficiente e é responsabilizado por ofensa ao princípio da eficiência.

Daí porque deve-se repensar o modelo jurídico da administração pública e o modelo de controle dos órgãos de fiscalização.

4. A ATUAÇÃO DO CONTROLE FRENTE ÀS AÇÕES DO GESTOR

4.1 PRINCIPAIS ATORES DO CONTROLE: CONTROLE INTERNO, CONTROLE EXTERNO E MINISTÉRIO PÚBLICO

De plano, colaciona-se a definição de controle apresentada pelo professor Avon:

Controle, portanto, como entendemos hoje em dia, é a fiscalização de atos praticados, emitindo-se juízo de valor a respeito. A fiscalização pode compreender a inspeção, o exame, a verificação, o acompanhamento pela própria Administração, dos atos praticados por ela mesma, de forma a determinar a correção de conduta gerencial, a atuação conforme as determinações legais e aos modelos anteriormente estipulados, de forma sistemática. (6)

Nesse sentido, a atividade de controle é uma atividade de fiscalização, de apuração das condutas praticadas pelo gestor público. O controle objetiva apurar se as ações empreendidas no mundo concreto pelo administrador se amoldam ao arcabouço normativo e se alcançaram os objetivos almejados.

Na Constituição Federal, podemos identificar três grandes órgãos com competência para realizar o controle das atividades estatais. O primeiro é o controle interno, previsto no art. 74 da Carta Magna, que diz respeito à atividade de controle realizada pela própria unidade controlada com o objetivo de avaliar a legalidade de sua conduta e o cumprimento das metas previstas para suas ações.

O segundo é o controle externo, previsto nos arts. 70 e 71 da Constituição Federal de 1988, exercido pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

O terceiro é o controle exercido pelo Ministério Público, previsto no art. 127 e seguintes da Carta Magna, que visa à defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais.

O que se verifica é que o Estado, por gerir recursos de terceiros, no caso do povo, deve prestar contas da utilização desses recursos, tanto sob o viés contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial, quanto sob o viés teleológico de alcance dos resultados previstos nas políticas públicas definidas pelo Parlamento.

4.2 O CONFLITO LATENTE ENTRE GESTÃO E CONTROLE

Constata-se, da análise exposta, que a relação entre gestão e controle é dialéctica, sendo permeada por uma espécie de conflito latente. Isso porque o gestor executa suas atividades e o controle as analisa em busca de erros passíveis de saneamento e punição.

Para agravar esse cenário conflituoso, os órgãos de controle sentem que somente estão realizando algo produtivo no momento em que encontram irregularidades. O que não deixa de ser um engano, uma vez que, no cenário ideal, a execução da atividade deveria ser regular e o controle somente um fator de validação da conduta e de inibição de práticas desviadas.

De outro lado, não se pode desprezar as inúmeras operações policiais noticiadas diuturnamente na mídia que revelam fraudes milionárias e, por vezes, até bilionárias, praticadas por empresários e gestores públicos.

Contudo, o simples fato de essas operações acontecerem já demonstra a falha do controle, uma vez que, na maioria dos casos, não se recupera o valor desviado ou, quando se o recupera, não se chega nem perto do montante perdido.

Vide a opinião de grupo de pesquisadores da Universidade Federal de Pernambuco:

O elemento motivador deste estudo nasce com a observação, em torno do noticiário recente, que dá conta de ações de prisão de administradores públicos, motivadas por descumprimento de procedimentos licitatórios que, sugere-se, teria imposto perdas ou desvios de recursos públicos em montantes vultosos. Na verdade, tais procedimentos, divulgados indevidamente como ações de controle, acontecem quando a execução orçamentária e a conseqüente aplicação dos recursos já ocorreram, às vezes, há pelo menos dois, três ou quatro anos. A recuperação dos recursos financeiros, assim indevidamente aplicados, tem baixíssima probabilidade de recuperação, seja porque efetivamente aplicados em obras públicas, seja pela inexistência de elementos patrimoniais tangíveis que suportem liquidação efetiva. (7)

Nesse sentido, é preciso que o controle interno, o controle externo e o Ministério Público atuem em conjunto durante todo o processo de gestão, ocorrendo um estreitamento da relação entre controle e administração, de modo a detectar desvios ao longo de todo o iter processual, possibilitando, assim, o saneamento das eventuais impropriedades antes da ocorrência do dano ao erário.

Nas palavras de Neves:

Com a adoção dessa nova sistemática de Controle Interno – passando de um mero órgão executor de auditorias de conformidade (*compliance*), para realizador de auditorias de natureza operacional (desempenho) – ganha a Administração não um mero fiscal, mas um verdadeiro parceiro.

Sabemos, contudo, que essa alteração poderá gerar, inicialmente, uma relativa insegurança para os órgãos de execução, que será pouco a pouco dissipada com a ênfase que deve ser dada pelas Controladorias no trabalho de assessoramento à gestão, bem como na elaboração de avaliações de resultado, o que servirá como elementos de indiscutível apoio às tomadas de decisões dos gestores. Afigura-se-nos como pressuposto básico à consecução dos objetivos vinculados à missão supracitada que as Controladorias Internas adotem um novo modelo de controle, que tenha o seu foco no desempenho de uma auditoria preventiva [...]. (8)

De mais a mais, deve-se, ainda, mitigar o estigma de que todo gestor público é corrupto e de que os órgãos de controle somente buscam punir os gestores.

A atuação persecutória dos órgãos de controle inibe a assunção de cargos de gestão por pessoas sérias, uma vez que elas sabem que a assunção do cargo está condicionada ao recebimento de um passivo judicial enorme, não obstante o esforço para atuar com diligência.

Nessa linha, é preciso que os órgãos de controle, nas suas análises, considerem os fatores inerentes à atividade administrativa, considerando o princípio da imprevisibilidade, a teoria da contingência e as limitações legais a que o gestor está submetido.

Nenhum planejamento rígido é um bom planejamento. As situações reais mudam constantemente ao sabor de variáveis internas e externas, na maioria das vezes, incontroláveis. Assim, responsabilizar o gestor público, nos mesmos moldes da responsabilização dos gestores privados, é uma injustiça duplamente praticada, dado que, além de o gestor público não dispor dos instrumentos da gestão privada capazes de entregar uma resposta tempestiva aos problemas imprevisíveis enfrentados, ele está atado ao planejamento previsto na legislação, somente podendo alterá-lo via Parlamento.

Nesse sentido, o que se nota hoje é a responsabilização irrestrita do gestor, transformando o administrador público em uma espécie de segurador universal do Estado, respondendo, objetivamente, por todo e qualquer erro encontrado pelos órgãos de controle.

Nas palavras de Cunha, a única hipótese para o gestor afastar a sua responsabilização, no contexto atual, é sendo um ser onisciente, o que é impossível. Vide a fala do autor:

Essa filiação indevida da responsabilidade do administrador público à responsabilidade civil patrimonial (indevida face aos princípios da responsabilidade extradisciplinar, face à sua ilimitação e desproporção) explica-se não só pela irreflexão decorrente do hábito – que contaminou de direito civil o direito administrativo – mas pelo vulto da corrupção na administração pública, e pela negatividade cada vez maior que a imagem da classe política e do administrador público vêm assumindo perante a opinião pública. O resultado é paradoxal quando o que se pretende, na verdade, é a valorização da função pública. Por isso, a doutrina não pode

ficar alheia a tais distorções; é seu dever configurar de maneira própria a responsabilidade do administrador público; se não houve culpa deste, não se pode responsabilizá-lo; **impossível dimensionar-lhe a responsabilidade segundo a capacidade de uma mente omnisciente, fazendo-se presumir sua culpa em qualquer ato da Administração**; e se não houve enriquecimento ilícito ou o favorecimento de terceiros, não se pode falar em responsabilidade patrimonial (grifo nosso). (9)

5. CONCILIAÇÃO ENTRE GESTÃO E CONTROLE

A exacerbação do controle, conforme exposto na seção anterior, já foi detectada pelos tribunais pátrios e pelo Poder Legislativo.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, no Acórdão n. 7591/2015 - 1ª Câmara, arrefece a responsabilização do gestor ao compartilhá-la com todos os setores técnicos envolvidos no processo. Abaixo, transcreve-se trecho do julgado:

O Tribunal de Contas, em reiterados julgados, reconhece que é inviável e humanamente impossível, impor a obrigação de se conhecer todos os pormenores adstritos a cada um dos setores técnicos, pois se assim o fosse não seriam necessários os subalternos, mas apenas os chefes.

O Congresso Nacional também estuda a questão de mitigação da responsabilidade do gestor, de forma a dar um tratamento mais justo à questão por meio do Projeto de Lei do Senado Federal n. 7.448/2017, cujas principais disposições transcrevem-se a seguir:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, na esfera administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1o Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (10)

Observa-se, assim, que a busca pela equalização entre a gestão e o controle está sendo tratada, tanto na esfera administrativa, com a busca por um controle mais preventivo, quanto na esfera judicial, por meio de decisões que cada vez mais tendem a contemporizar a atuação do administrador com as recomendações dos órgãos de controle, quanto na esfera legislativa, por meio da proposição de projetos de lei, audiências públicas e debates visando a fomentar a questão.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se constata, ao longo de todo o trabalho, é que os paradigmas que pautam a atuação do Poder Executivo e os instrumentos legais disponíveis para a atuação desse poder não se coadunam com os desafios enfrentados pelo administrador público.

Locke, no ano de 1690, já percebera essa questão e defendera que:

Avançando, no Capítulo XIV do Segundo Tratado o filósofo em exame identifica a função de prerrogativa (Pg. 528 e seguintes da obra citada): “Onde quer que os poderes legislativo e executivo estejam em mãos distintas (como ocorre em todas as monarquias modernas e nos governos bem constituídos), o bem da sociedade exige que diversas questões sejam deixadas à discricção daquele que detenha o poder executivo. Pois não sendo os legisladores capazes de prever e providenciar, por meio das leis, tudo o quanto possa ser proveitoso para a comunidade, o executor das leis, tendo nas mãos o poder, possui, pela lei comum da natureza, o direito de dele fazer uso para o bem da sociedade, nos muitos casos em que a lei municipal não fornece diretrizes, até que o legislativo possa ser devidamente reunido para deliberar sobre a questão. Muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme exijam o bem e a vantagem do público; mais ainda, é conveniente que as próprias leis, em alguns casos, cedam lugar ao poder executivo, ou, antes, a essa lei fundamental da natureza e do governo, a saber, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade devem ser conservados. [...]. Esse poder de agir conforme a discricção em prol do bem público, sem a prescrição da lei e por vezes até contra ela é o que se chama prerrogativa.(11)

Considerando todo o exposto, deve-se pensar em modelos jurídicos de atuação do Poder Executivo mais flexíveis, com alto grau de adaptabilidade, de modo a permitir a adoção do curso de ação mais eficiente frente às contingências enfrentadas ao longo da gestão da coisa pública.

De outro lado, os órgãos de controle devem atuar como parceiros da gestão, acompanhando e fiscalizando o processo de trabalho desde o início, de modo a resguardar a atuação inovadora da gestão, sem descuidar da tutela do bem público, visando a impedir a ocorrência de dano ao erário.

REFERÊNCIAS

1. Caetano M. Manual de ciência política e direito constitucional. Tomo i. 6 ed. Coimbra: Almedina; 2010. p. 148.
2. Montesquieu. Do espírito das leis. Col Os pensadores. 1 ed. São Paulo: Abril; 1973. p. 156.
3. Andrade ROB, Amboni N. TGA: teoria geral da administração. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier; 2011.p.78.
4. CEDERJ. A abordagem contingencial da administração. Aula 18. [internet]; [acesso em 06 dez 2017]. Disponível em http://www.iprj.uerj.br/~loyola/teoria_da_contingencia.pdf.
5. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [internet]; [acesso em 06 dez 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.
6. Avon H. Controle interno e externo. Instituto Federal do Paraná. [internet]; [acesso em 02 nov 2017]. Disponível em http://ead.ifap.edu.br/netsys/public/livros/Livros%20Curso%20Servi%C3%A7os%20P%C3%ABlicos/M%C3%B3dulo%20III/Controle%20Interno%20e%20Externo/Livro_Control%20Interno%20e%20Externo.pdf.
7. Ribeiro Filho JF, Lopes JE, Pederneiras MM, Ferreira JO. Controle interno, controle externo e controle social: análise comparativa da percepção dos profissionais de controle interno de entidades das três esferas da administração pública. Rev Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal. [internet]; [acesso em 05 nov 2017]. Disponível em <http://www.redalyc.org/html/1170/117016815004/>.
8. Neves MJ. O novo paradigma para os órgãos de controle interno. Da auditoria de conformidade (campo da legalidade) para a auditoria operacional de natureza eminentemente preventiva (campo da legitimidade). Rev Jus Navigandi. 2008;13 (1796) [internet]; [acesso em 07 dez 2017]. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/11334>.

9. Cunha SS. Responsabilidade do administrador público. Interesse público. 2002;4(15) [internet]; [acesso em 13 nov 2017]. Disponível em <http://servulo.com.br/pdf/administrador.pdf>.

10. Brasil. Senado. Projeto de Lei do Senado Federal n. 7.448/2017, 2018.

11. Locke J. Dois tratados sobre o governo. Fischer J, tradutor. São Paulo: Martins Fontes; 2005. p. 528.

A garantia do Direito Sanitário sob a Perspectiva de Gênero: Desafios e Enfrentamentos perante o Sistema Único de Saúde para a Garantia do Direito à Saúde das Mulheres

Silvia Badim Marques*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/xgpWQC>

RESUMO

O presente ensaio busca aproximar o direito sanitário das questões relacionadas a gênero, no que tange à garantia integral e universal ao direito das mulheres e da população transexual, de forma a apontar desafios e convergências para a elaboração de políticas de saúde que possam olhar, de forma integrada, as necessidades e especificidades desses grupos perante o Sistema Único de Saúde. Objetiva, também, aproximar a compreensão do direito sanitário e sua relação com o gênero para o exercício desse direito em fóruns de participação popular e perante o sistema de justiça.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Gênero. Sistema de Justiça.

* CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3669631476913938>. Professora Adjunta da Universidade de Brasília, Faculdade de Ceilândia. Coordenadora dos Direitos das Mulheres da Diretoria da Diversidade da Universidade de Brasília. Mestre e Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. E-mail para contato: sbadim@unb.br

1. INTRODUÇÃO

O Direito Sanitário vem sendo construído como campo do conhecimento capaz de abrigar as questões relacionadas à garantia, aplicação e produção do direito humano e social à saúde, de acordo com a complexidade que envolve, intrinsecamente, tal direito.

O direito à saúde, enquanto um direito social e um direito público subjetivo, que traz implícita a questão da justiça distributiva e pauta-se por princípios de universalidade, integralidade e equidade, é um direito complexo, que demanda intervenções e produção de conhecimento igualmente complexos.

Como salienta Morin (1), o conhecimento pertinente deve enfrentar a complexidade, considerando que existe complexidade quando o objeto que se procura conhecer configura-se como um objeto caracterizado por elementos inseparáveis constitutivos do todo, como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico. Segundo o autor, nesses casos, “há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade”. (1)

Como apontado, em trabalho anterior (2), o direito à saúde é um direito complexo, na medida em que necessita, para a sua garantia eficaz e conjugada às necessidades de saúde da toda a população brasileira, de outros elementos além dos estritamente normativos. Para que a ciência jurídica consiga produzir conhecimentos em direito sanitário e, conseqüentemente, consiga formar operadores do direito, efetivamente aptos a garantir esse direito de múltiplas vertentes, é preciso que incorpore, ao conhecimento jurídico, outros conhecimentos, oriundos da ciência política, ciências sociais e das ciências da saúde, capazes de tornar o direito sanitário condizente com a complexidade que envolve os temas e questões contemporâneas a serem enfrentadas por este campo.

Neste âmbito, revela-se necessário que passemos a olhar as questões relacionadas às temáticas de gênero como importantes intersecções para a garantia do direito integral e universal à saúde, visto que a desigualdade de gênero e as violências causadas em virtude dessa desigualdade produzem efeitos diretos e imediatos na garantia do direito à saúde de determinados grupos considerados minoritários (no que tange sua participação política e discriminação social), que, nesse caso, refere-se a grupos de mulheres e pessoas transgênero.

Passaremos, a seguir, a abordar o conceito de gênero perante o direito, e como isso repercute para a garantia do direito universal à saúde de mulheres e pessoas transgênero, cada qual com suas especificidades e desafios perante a estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS), e sua interação com o sistema de justiça.

2. GÊNERO, VIOLÊNCIA E DIREITO DAS MULHERES

O conceito de gênero vem sendo trabalhado como estruturante para se pensar a relação entre homens e mulheres na sociedade, a partir da premissa de que, historicamente, existe uma desigualdade basilar entre esses dois gêneros, calcada na dominância masculina sobre a política, as relações sociais e, em última instância, os corpos e a autonomia das mulheres.

Como salienta Scott (3), o termo gênero vem sendo utilizado para designar uma série de estudos e abordagens do campo das ciências sociais, que se relacionam a construções culturais relacionadas aos papéis atribuídos aos homens e mulheres na sociedade, que podem passar pelo exercício da sexualidade, mas não se limitam a essa. Refere-se a áreas, tanto estruturais, quanto ideológicas, que envolvem as relações entre os sexos.

Assim, podemos concluir que, quando se trata de gênero, todas as relações que envolvem o exercício da masculinidade ou da feminilidade, como categorias historicamente e culturalmente construídas, e atribuídas a pessoas designadas homens e mulheres ao nascer, respectivamente, passam por pressupostos de dominância e hierarquia, que, contemporaneamente, vêm sendo problematizadas em virtude da desigualdade e violência que ocasionam às mulheres e ao exercício do papel feminino na sociedade.

Como salienta Barata (4), gênero não é sinônimo de sexo, como comumente utilizado nas ciências biológicas, para distinguir aspectos anatômicos e fisiológicos do aparelho reprodutivo, e características genéticas vinculadas aos cromossomos x ou y. As ciências sociais passaram a se ocupar da construção do conceito de gênero, a partir do ressurgimento do movimento feminista, em sua segunda onda, que aparece por volta dos anos 60 do século XX, para debater as desigualdades relacionadas à inserção e aos papéis sociais de homens e mulheres nas sociedades capitalistas ocidentais.

O conceito de gênero, portanto, não está ligado às diferenças biológicas entre pessoas designadas homens e mulheres ao nascer, mas sim, às diferenças culturais e sociais que impõem papéis diferentes a ambos os sexos, colocando a mulher em posição de desigualdade e subalternidade em relação aos homens, das quais derivam diversas violências e opressões que merecem atenção, estudos e políticas específicas para que sejam combatidas.

Dentre essas desigualdades, podemos citar a diferença entre o cuidado da casa e dos filhos, a imposição da maternidade e das tarefas domésticas às mulheres, a diferença salarial para homens e mulheres que desempenham funções semelhantes, a diferença entre o exercício da sexualidade, o protagonismo sobre seus corpos e a inserção dos corpos feminino e masculino nas sociedades, onde o primeiro é objetificado e alvo de diversas violências e assédios de conotação sexual e moral, a diferença entre a presença de homens e mulheres em cargos de chefia, coordenação e participação política, entre outras.

Podemos concluir, portanto, que a desigualdade de gênero é basilar nas sociedades modernas e dela decorrem diversas violências relacionadas ao ser homem e mulher na sociedade, o que temos chamado de violência de gênero.

De acordo com Saffioti (5), a violência de gênero, como um conceito decorrente das desigualdades de gênero na sociedade, é um conceito mais amplo, que recai sobre mulheres, crianças e adolescentes, inclusive do sexo masculino. Segundo a autora, essa violência é decorrente do exercício da função patriarcal, onde os homens detêm “o poder de determinar a conduta das categorias sociais nomeadas, recebendo autorização ou, pelo menos, tolerância da sociedade para punir o que se lhes apresenta como desvio” (5). Essa dominância de gênero, portanto, releva-se suficiente para garantir a obediência das vítimas potenciais aos ditames do patriarca, e as possíveis violências, tanto físicas quanto morais, ou psicológicas, dela decorrentes.

A violência de gênero, em todas as suas modalidades, é uma violência presente na estrutura social, capaz de moldar os comportamentos das relações interpessoais de acordo com a predominância da cultura machista, que acolhe comportamentos agressores às mulheres como aceitáveis dentro do paradigma social vigente.

Bandeira (6) leva-nos a reconhecer que a violência contra a mulher é uma força social herdada da ordem patriarcal e dotada de capacidade estruturante da realidade social. E que essa violência é expressiva em nossa sociedade, na medida em que está carregada de significados e significações, e na medida em que está permeada por relações de dominação e poder, nas quais a carga simbólica é tão determinante quanto as demais. Como destaca a autora:

As manifestações da violência presentes nas relações interpessoais e de gênero são estruturantes, seja pelo fato de normatizar, modelar e regular as relações interpessoais entre homens e mulheres em nossa sociedade, seja pela forma indistinguível de poder que assumem, seja pela dimensão quantitativa que apresentam. (6)

Segundo dados da Organização das Nações Unidas, o Brasil é o quinto país em número de homicídio de mulheres, só ficando atrás de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia. Na medida em que avançamos na legislação em defesa das mulheres e comemoramos 10 anos da Lei Maria da Penha – uma lei inovadora que define os tipos de violência contra mulheres e prevê punições severas aos agressores – assistimos ao aumento dos casos de assédios, feminicídio, estupros e violências das mais diversas contra mulheres.

A violência contra mulheres, em todas as suas expressões, ou seja, violência sexual, física, moral, psicológica e patrimonial, expressa o exercício de poder, opressão e dominação masculinas, como salienta Muniz (7). Esses atos encontram-se abrigados na/pela lógica sexista, configuradora da cultura machista.

Adotaremos, como conceitos a serem seguidos no presente artigo, as definições de violência contra mulheres previstas no artigo 7º da Lei n. 11.340/2006, quais

sejam: I - a violência física; II - a violência psicológica; III - a violência sexual; IV - a violência patrimonial; V - a violência moral. Sendo cada uma dessas violências objeto de definição específica que contempla a amplitude de cada uma delas, segundo a Lei.

Segundo Bandeira (6), a cada minuto alguma mulher sofre um tipo de violência no Brasil, seja um assédio no local de trabalho, um estupro, um assassinato, uma mutilação, tendo especial importância os dados relacionados à violência familiar e doméstica nesse contexto. Reforça a autora o importante número de mulheres que se encontram submetidas ao “estresse de viver sob um sistema normalizado pelo masculino patriarcal hegemônico e heteronormativo, que as mantém debaixo de restritos controles, incertezas e ameaças constantes”. (6)

Os dados relacionados à violência contra as mulheres no Brasil corroboram essas afirmativas e nos mostram, de forma inequívoca, que o cuidado com a vida e a integridade física e mental das mulheres merece destaque e importância dentre todas as ações que permeiam a vida social, política, educacional, cultural e jurídica do país.

Segundo dados do Mapa de Violência contra Mulheres no Brasil, de 2015, de acordo com os registros do Sistema de Informação de Mortalidade do Ministério da Saúde (SIM), entre 1980 e 2013, num ritmo crescente ao longo do tempo, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. O número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, ocasionando um aumento de 252% (19).

Dentre essas vítimas, destaca-se que a questão racial é basilar e precisa ser considerada quando falamos de violência contra mulheres e feminicídio, visto que, ainda segundo dados do Mapa de Violência contra Mulheres, o número de homicídios de mulheres brancas caiu de 1.747 vítimas em 2003, para 1.576 em 2013, enquanto os homicídios de mulheres negras aumentaram 54,2% no mesmo período, passando de 1.864 para 2.875 vítimas.

E, dentre essas violências de gênero, também merece destaque a realidade crua e dura das violências sexuais praticadas contra mulheres. O 9º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, de 2015, nos traz dados de que, em 2014, foram registrados 47.643 casos de estupro em todo o país. O dado representa um estupro a cada 11 minutos. Isso, sem contar a subnotificação, que é muito alta em casos de violências sexuais, onde as mulheres temem relatar e denunciar as violências sofridas, por medo de serem duplamente violentadas. Estima-se uma média de apenas 10% de notificação nesses casos.(20)

A grande parte dessas violências acontece dentro de casa, no âmbito familiar e, segundo dados do Sistema Único de Saúde, dentre as violências sexuais registradas contra mulheres, 70% são cometidas contra crianças e adolescentes. Quanto menor a idade da vítima, maior o número de violências praticadas dentro de casa. (20)

O relatório Estupro no Brasil, uma radiografia segundo os dados da Saúde (8), nos mostra que 24% dos agressores das crianças são os próprios pais ou padrastos e 32% são amigos ou conhecidos da criança ou adolescente. Já, na idade adulta, o agres-

sor desconhecido é o maior agressor das mulheres, sendo responsável por 61% dos casos de estupro das mulheres.

As relações afetivas e domésticas, portanto, revelam-se potenciais relações de cuidado para com a vida e a integridade física e mental das mulheres, devendo ser olhadas e protegidas pelo sistema de justiça sempre que as mulheres encontrarem-se em situação de violência.

No âmbito do direito e da ciência jurídica, o reconhecimento dessas desigualdades e violências de gênero nos traz o desafio de inserir, nos ordenamentos jurídicos pátrios, elementos normativos capazes de conferir direitos, políticas e serviços específicos às mulheres. Os chamados direitos das mulheres ganharam evidência e maior eco nos Estados de Direito a partir das reivindicações do movimento feminista, que em cada uma de suas ondas, traz novos desafios para os ordenamentos jurídicos. (21)

Enquanto na primeira onda do movimento feminista, datada do final do século XIX até o início do século XX, reivindicava-se o direito político ao voto, o acesso à instrução acadêmica e profissional e a oposição a casamentos arranjados e à propriedade de mulheres casadas por seus maridos, na segunda onda, delimitada entre os anos 60 até os anos 80 do século XX, a reinvidicação feminista passava pelo fim da discriminação e da diferença entre homens e mulheres, através da mudança cultural do papel da mulher e do estabelecimento de direitos sobre os corpos das mulheres e sobre sua autonomia civil, como no caso do direito ao aborto seguro e legal, o direito ao planejamento familiar e acesso a métodos contraceptivos, direito ao divórcio e a pensões alimentícias, entre outros.

Ressalta-se que a luta pela equiparação salarial entre homens e mulheres, a presença de mulheres na política e a luta pelo fim de todos os assédios e violências domésticas e sexuais contra as mulheres também se revelam presentes nessa onda, persistindo até os dias atuais. (21)

Chegamos, portanto, à terceira onda do movimento feminista, contemporaneamente, marcada pela necessidade de reforçar as reivindicações da segunda onda, que não são garantidas ainda em muitos países do mundo, como no Brasil. Mas, além: busca-se, nesse momento, circunscrito a partir da década de 80, até os dias atuais, o reconhecimento de diversas identidades femininas, a interseccionalidade do feminismo com outras identidades sociais e sistemas relacionados de opressão, dominação ou discriminação, como raça e sexualidade e o abandono da ideologia da “mulher vítima”, ou de um feminismo vitimista, utilizado na segunda onda, em uma interpretação pós-estruturalista do gênero e da sexualidade.

Os desafios, portanto, para a garantia dos direitos das mulheres são enormes. Exigem, para sua implementação, não só a mudança cultural da visão da mulher na sociedade, mas também a elaboração de políticas públicas e a prestação de serviços públicos capazes de mediar a desigualdade e, através de uma postura ativa, promover maior igualdade entre os gêneros na sociedade. Além de proteger as mulheres das vio-

lências sofridas e, claro, efetivar sistemas de proteção social e de saúde condizentes com as necessidades específicas deste gênero no âmbito social.

E, dentre esses direitos civis e sociais das mulheres, daremos ênfase, neste ensaio, aos direitos relacionados à saúde integral e universal das mulheres, como parte integrante e indissociável do direito à saúde, que se insere dentre as competências do SUS.

3. DIREITO À SAÚDE DAS MULHERES: COMPLEXIDADES E ENFRENTAMENTOS PERANTE O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

O Brasil é signatário de importantes convenções internacionais em prol dos direitos das mulheres, tais como a Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher (1948); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1953); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial - CERD (1966); Convenção Americana de Direitos Humanos, São José (1969); Convenção Para Eliminar Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher - CEDAW (1979). Ademais, a Constituição de 1988 traz importantes elementos para subsidiar o enfrentamento das desigualdades sociais, dentre elas, a desigualdade de gênero.

Com efeito, a República Federativa do Brasil possui, como um de seus objetivos fundamentais, promover o bem de todos, sem qualquer espécie de discriminação (art. 3º, IV, da CF), sendo certo que o princípio da dignidade da pessoa humana, elencado no primeiro artigo constitucional, em seu inciso III, constitui o pilar sobre o qual deve fundar-se a nossa sociedade. O princípio da igualdade, disposto no art. 5º, *caput*, da CF, por sua vez, impõe o respeito social à diversidade e garante que quaisquer diferenças e discriminações feitas a essas populações devem ser coibidas. E mais, garante-lhes tratamento desigual, na medida de suas desigualdades, posto que, para garantir igualdade a uma população desigual, é preciso que existam políticas e ações específicas para garantir o direito de que, de fato, sejam ouvidas, respeitadas e consideradas em suas especificidades.

O SUS, por sua vez, garantido nos Artigos 196 a 200 da CF, é alicerçado pelos princípios da igualdade e universalidade (artigo 196), além das diretrizes de participação social e integralidade de assistência à saúde (artigo 198). Entendido como um direito social (artigo 6º) e como um direito que depende da elaboração de políticas sociais e econômicas para a sua implementação (artigo 196), o direito à saúde é lido de forma harmônica com os demais princípios constitucionais, dos quais decorre a interpretação de que as questões de gênero devem estar presentes na concepção do direito à saúde, como um grupo vulnerável que merece amparo do Sistema Único de Saúde e políticas específicas para sua garantia.

Neste sentido, a concepção de saúde das mulheres ultrapassa o conceito de saúde biológica, onde o corpo da mulher é visto apenas na sua função reprodutiva, e a maternidade torna-se seu principal atributo. Quando falamos, portanto, em saúde das mulheres na contemporaneidade, alicerçada por toda discussão de gênero, oriunda das

ciências sociais e da própria proteção internacional e nacional ao direito das mulheres, impulsionada pelos movimentos feministas, expostos acima, a saúde da mulher não se limita à saúde materna ou à ausência de enfermidade associada ao processo de reprodução biológica.

Tomando por base a definição de saúde da OMS, e a configuração ampla do direito à saúde pelo Artigo 196 da CF, temos que a saúde reprodutiva foi definida como

um estado de completo bem-estar físico, mental e social em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo, suas funções e processos, e não apenas mera ausência de doença ou enfermidade. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tendo a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando e quantas vezes deve fazê-lo. (9)

Assim, temos alguns âmbitos a serem considerados dentre a discussão sobre saúde das mulheres, de forma condizente com o conceito ampliado de saúde sexual e reprodutiva, e de direito sanitário sob a perspectiva de gênero. São eles: a saúde sexual e reprodutiva, incluindo a autonomia e liberdade das mulheres, a saúde mental, o atendimento a mulheres vítimas de violência sexual e doméstica, a saúde de mulheres sobre a perspectiva de raça e etnia e outros elementos de desigualdade, como mulheres em situação de cárcere e mulheres do campo, e a saúde das mulheres de acordo com suas orientações sexuais e identidades de gênero.

A atual política de saúde das mulheres, datada de 2004, inova ao ampliar o entendimento de saúde das mulheres sob o enfoque de gênero e traz importantes elementos para a construção de uma política, de fato, condizente com as complexidades dos direitos das mulheres no século XXI e as reivindicações da terceira onda do movimento feminista. E aborda, em seus objetivos específicos, além de todos os elementos expostos acima, o enfrentamento de doenças como câncer e HIV na especificidade da população feminina.

Temos, como objetivos e estratégias da referida política, os seguintes:

- a) ampliar e qualificar a atenção clínico-ginecológica, inclusive para as portadoras da infecção pelo HIV e outras DST;
- b) estimular a implantação e implementação da assistência em planejamento familiar, para homens e mulheres, adultos e adolescentes, no âmbito da atenção integral à saúde;
- c) promover a atenção obstétrica e neonatal, qualificada e humanizada, incluindo a assistência ao abortamento em condições inseguras, para mulheres e adolescentes;
- d) promover a atenção às mulheres e adolescentes em situação de violência doméstica e sexual;
- e) promover, conjuntamente com o PN-DST/AIDS, a prevenção e o controle das

doenças sexualmente transmissíveis e da infecção pelo HIV/aids na população feminina;

- f) reduzir a morbimortalidade por câncer na população feminina;
- g) implantar um modelo de atenção à saúde mental das mulheres sob o enfoque de gênero;
- h) implantar e implementar a atenção à saúde da mulher no climatério;
- i) promover a atenção à saúde da mulher na terceira idade;
- j) promover a atenção à saúde da mulher negra;
- k) promover a atenção à saúde das trabalhadoras do campo e da cidade;
- l) promover a atenção à saúde da mulher indígena;
- m) promover a atenção à saúde das mulheres em situação de prisão, incluindo a promoção das ações de prevenção e controle de doenças sexualmente transmissíveis e da infecção pelo HIV/aids nessa população;
- n) fortalecer a participação e o controle social na definição e implementação das políticas de atenção integral à saúde das mulheres. (9)

Destaca-se, também, como foco de atenção ao direito à saúde das mulheres, a atuação interdisciplinar e intersetorial do Sistema Único de Saúde, no que se refere ao atendimento a mulheres vítimas de violência doméstica e sexual, cada qual com seus objetivos específicos, e o Programa de Abortamento Legal.

A Lei n. 13.427, de 30 de março de 2017, insere, no Artigo 7º da Lei 8080, o inciso XIV, que dispõe expressamente que, dentre as ações e serviços públicos de saúde, devem constar a

organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras.

Como exemplo de atuação do SUS neste âmbito, podemos citar, no Distrito Federal, o Programa de Pesquisa, Assistência e Vigilância à Violência (PAV), que foi criado na estrutura da SES-DF pela Portaria n. 141/2012, tendo como principais atribuições “o atendimento às pessoas em situação de violência, numa abordagem biopsicossocial e interdisciplinar, a articulação com a rede de atendimento, os encaminhamentos institucionais e intersetoriais, a promoção da cultura de paz e a vigilância dos casos de violência”. Hoje, este Programa conta com diversos núcleos em todas as regiões do Distrito Federal, buscando atender, assim, o direito à saúde das mulheres de forma condizente com sua complexidade e amplitude.

Os casos de violência sexual praticados contra mulheres também merecem atenção especializada no âmbito do SUS. A Portaria GM n. 485, de 1º de abril de 2014, que encontra alicerce legal na Lei n. 12.845, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual, redefine o funcionamento do Serviço de Atenção às Pessoas em Situação de Violência Sexual no âmbito do SUS. Apesar de a Portaria contemplar, também, o atendimento a crianças, adolescentes e homens, o atendimento a mulheres merece atenção específica e subsidia, também, eventuais casos de gravidez oriundos da violência sofrida, onde configura-se o direito ao aborto dentro do SUS (artigo 128, II, do Código Penal, explicita que não é crime o aborto praticado nos casos de gravidez decorrentes de violência sexual).

O artigo 6º dessa portaria dispõe que o Serviço de Referência para Interrupção de Gravidez, nos Casos Previstos em Lei, terá suas ações desenvolvidas em conformidade com a Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde (10), realizando: I – atendimento clínico, ginecológico, cirúrgico e psicossocial, contando com serviço de apoio laboratorial; II – apoio diagnóstico e assistência farmacêutica; III – coleta e guarda de material genético. (11)

O artigo 7º, por sua vez, estabelece que a equipe do Serviço de Referência para Interrupção de Gravidez nos Casos Previstos em Lei possuirá a seguinte composição de médicos, enfermeiros, psicólogos, assistentes sociais e farmacêuticos e estabelece, também, em seu § 2º, que o serviço de referência assegurará a continuidade do cuidado e do acompanhamento, incluindo-se a realização dos exames regulares, de acordo com os protocolos clínicos e diretrizes técnicas em vigor. (11)

Importante salientar que o direito ao aborto seguro e legal dentro do SUS também ocorre nos casos de risco à vida da mãe (artigo 128, inciso I, do Código Penal) e anencefalia do feto (em decorrência do julgamento da ADPD - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 pelo STF), e merecem o mesmo atendimento dentro do SUS.

O direito ao aborto seguro legal é pauta do movimento feminista desde a sua segunda onda e já conta com diversos países que o legalizaram integralmente, como os Estados Unidos (desde 1973, através de decisão da Suprema Corte norte-americana), Portugal, França, Itália, Espanha, Canadá, Uruguai, entre outros. No Brasil, temos enfrentado esse dilema, com constantes ataques ao direito ao aborto nos casos previstos em Lei, considerado como um retrocesso social ao direito à saúde das mulheres (12). Em que pese o movimento conservador, a luta pela garantia ao direito ao aborto seguro e legal no Brasil tem encontrado eco em ações propostas no Supremo Tribunal Federal, como a ADPF 442/2017, e em projeto de Lei, como o PL n. 882/2015, de autoria do Deputado Jean Willis do PSOL.

A luta pela conquista a esse direito à saúde das mulheres alicerça-se no fato de o aborto representar, hoje, um grave problema de saúde pública na perspectiva de gênero. Deparamo-nos com a cifra de meio milhão de abortos realizados no Brasil em

2015, o que resulta na quarta causa mortis entre as mulheres brasileiras (13). Em 2004, foram registrados 243.998 procedimentos de curetagem pós-aborto. Nos estados do Norte e do Nordeste, a taxa girava ao redor de 21,1 para cada 1.000 mulheres, enquanto que no Sudeste, no Sul e no Centro-Oeste, essa taxa era de 20,4 para cada 1.000 mulheres. (14)

Como salienta Diniz et al (13), em sua Pesquisa Nacional sobre Aborto, é possível dizer que, por aproximação, em 2016, aos 40 anos de idade, quase uma em cada cinco mulheres já fez, pelo menos, um aborto (1 em cada 5,4). A autora salienta, também, que cerca de metade das mulheres precisou ser internada para finalizar o aborto, ou em decorrência de complicações pós-aborto (48% das mulheres inseridas em seu estudo).

Destaca, ainda, a autora, que cerca de 60% das mulheres fizeram seu último (ou único) aborto no centro do período reprodutivo, isto é, entre 18 e 29 anos, sendo o pico da incidência entre 20 e 24 anos (24% nesta faixa etária apenas). Vale notar ainda que 15% das mulheres não sabem ou não responderam a idade com que realizaram o último aborto.

Assim, configuramos que a luta das mulheres pelo direito ao aborto seguro e legal configura, ainda, uma pauta a ser incorporada para a garantia do direito sanitário sob a perspectiva de gênero no Brasil, visto que seu impacto na saúde e na vida das mulheres é enorme, conforme salientam Diniz et al (13). É um direito negado a todas as mulheres, com graves impactos ao próprio Sistema de Saúde. Como salientam os autores:

Ao contrário aos estereótipos, a mulher que aborta é uma mulher comum. O aborto é frequente na juventude, mas também ocorre com muita frequência entre adultas jovens. Essas mulheres já são ou se tornarão mães, esposas e trabalhadoras em todas as regiões do Brasil, todas as classes sociais, todos os grupos raciais, todos os níveis educacionais e pertencerão a todas as grandes religiões do país. (13)

Ademais, todos os aspectos que envolvem a temática do aborto devem ser devidamente foco de atenção do direito sanitário, bem como sua interface com a ética médica e dos demais profissionais de saúde.

Como exemplo dessa interface, podemos citar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos do Habeas Corpus n.: 2188896-03.2017.8.26.0000, interposto pela Defensoria Pública da Mulher do Estado de São Paulo. Neste Habeas Corpus, a Defensoria Pública, subsidiada pela proteção da dignidade e da intimidade da paciente, bem como pelo direito constitucional à saúde, solicita o remédio constitucional a uma mulher denunciada por aborto e, portanto, incursa no artigo 124 do código penal, cujo caso foi levado para a delegacia de polícia pela própria médica que a atendeu, quando a paciente procurou o Hospital em virtude de complicações relacionadas ao procedimento abortivo. A paciente havia confessado ter provocado o aborto dentro do consultório da médica que a assistia e, portanto,

protegida pelo devido sigilo devido pelo médico ao paciente, de acordo com o Código de Ética Médica. (15)

O referido Tribunal de Justiça acabou por entender que a prova relativa ao relato da médica era uma prova ilícita originária e por derivação, acatando o pedido da Defensoria Pública e explicitando que “médicos e outros profissionais e todos vinculados à informação confidencial têm o dever ético e jurídico de guardar o segredo que têm acesso em razão da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente”. (15)

Importante salientar, também, que a descriminalização do aborto foi pauta das Conferências de Saúde da Mulheres, realizadas no âmbito do controle social do Sistema Único de Saúde e, portanto, em consonância com o artigo 198, III, da CF. A I Conferência explicita esse tema em seu relatório, de forma harmônica ao art. 7.2, do Capítulo VII, da Plataforma de Cairo, que explicita que o aborto constitui um direito da mulher a ser tutelado, como parte do direito de escolha da dimensão privada da vida e direito à saúde reprodutiva, entendida como completo bem-estar físico, mental e social, que deve prevalecer sobre a vida do nascituro.

Outro tema que tem merecido atenção especial em relação ao direito à saúde das mulheres, que se relaciona à autonomia dos corpos das mulheres e ao direito de decisão sobre os seus corpos, refere-se à chamada violência obstétrica. De acordo com o Dossiê produzido pela ONG Parto do Princípio, entende-se por violência obstétrica os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, ou outros profissionais envolvidos na atenção prestada à mulher no ciclo gravídico-puerperal (16).

Atualmente, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 7633/2014, que busca consolidar esse conceito legalmente, prevendo em seu artigo 13 que

Caracteriza-se a violência obstétrica como a apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres pelos(as) profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso da medicalização e patologização dos processos naturais, que cause a perda da autonomia e capacidade das mulheres de decidir livremente sobre seus corpos e sua sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres.

Parágrafo único. Para efeitos da presente Lei, considera-se violência obstétrica todo ato praticado pelo(a) profissional da equipe de saúde que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes em trabalho de parto, em situação de abortamento e no pós-parto/puerpério.

Salienta-se que diversos movimentos sociais e ONGs (17) que militam pela Humanização do Parto e nascimento no Brasil têm trazido essa importante pauta para a

garantia do direito à saúde das mulheres, denunciando práticas verbais e físicas consideradas como violações aos corpos e à dignidade das mulheres ao parir, ou em situação de abortamento. Esses movimentos têm atuado, inclusive, junto ao Ministério Público e à Defensoria Pública (18), provocando a interposição de algumas ações judiciais e de monitoramento extrajudicial do Sistema de Justiça acerca dessa temática, para além do chamado erro médico ou responsabilidade civil objetiva de Hospitais em caso de danos morais e materiais relativos a ilícitos ocorridos no atendimento a gestantes.

Importante, portanto, destacar que todos os objetivos da referida política de saúde da mulher, bem como os programas de atenção às violências e abortamento legal e, ainda, o aborto nos casos não protegidos por Lei, a violência obstétrica e outros temas derivados da saúde das mulheres, sob a perspectiva da igualdade de gênero e da autonomia de seus corpos, merecem atenção do sistema de justiça.

Assim, temos que entender que o direito à saúde das mulheres merece uma atenção específica, tanto dos órgãos do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública) como do Sistema Único de Saúde, em suas três esferas de governo e, ainda, do Poder Legislativo, para que possam atuar em consonância com a complexidade das questões de gênero que afetam, sobremaneira, a saúde e a vida das mulheres.

4. CONCLUSÃO

Não poderemos construir um sistema de saúde efetivamente integral e universal, sem considerar que a igualdade de gênero é basilar para a construção de qualquer política social que se quer efetiva para uma sociedade mais justa.

A construção de um entendimento do direito sanitário sob a perspectiva de gênero, portanto, revela-se fundamental, não só para a garantia do direito à saúde das mulheres, no que tange à assistência adequada à saúde. Mas, também, para o fim das violências praticadas contra as mulheres, de forma a subsidiar a construção cultural de uma sociedade que se funde na igualdade entre homens e mulheres e que busque, sobremaneira, resguardar a autonomia dos corpos e da saúde das mulheres sob todos os âmbitos necessários para uma vida digna e saudável.

REFERÊNCIAS

1. Morin E. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2 ed. São Paulo: Cortez; 2000.p.38.
2. Marques SB. Direito à saúde: complexidade e enfrentamentos extrajudiciais. In Santos AO, organizador. Direito à saúde. Para entender a gestão do SUS. Brasília: Conass; 2015. v. 01. p. 03-21.

3. Scott J. Gender and the politics of history. New York: Columbia University Press; 1988. p 28-50.
4. Barata RB. Relações de gênero e saúde: desigualdade ou discriminação? In Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde. Temas em Saúde collection. p. 73-94. ISBN 978-85-7541-391-3 [publicação online]; Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ; 2009. [acesso em 02 fev 2018]. Disponível em <http://books.scielo.org>.
5. Saffioti HIB. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. cadernos pagu (16) 2001:115-136.
6. Bandeira LB. Violência, gênero e poder: múltiplas faces. In Stevens C, Oliveira SR, Zanello V, Silva E, Portela C, organizadores. Mulheres e violências: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik; 2017. p. 14-34.
7. Muniz DCG. As feridas abertas da violência contra as mulheres no Brasil: estupro, assassinato e feminicídio. In Stevens C, Oliveira SR, Zanello V, Silva E, Portela C, organizadores. Mulheres e violências: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik; 2017. p. 36-49.
8. Cerqueira, Daniel e Coelho, Danilo SantaCruz. Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde. IPEA, 2014. [acesso em 02 fev 2018]. <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/artigo/21/estupro-no-brasil-uma-radiografia-segundo-os-dados-da-saude->.
9. Ministério da Saúde. Política Integral de Saúde da Mulher. Princípios e Diretrizes. Série C. Projetos, programas e relatórios. Brasília: Editora MS; 2004.
10. Ministério da Saúde. Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde; 2011.
11. Ministério da Saúde. Portaria n. 485, de 1º de abril de 2014. Redefine o funcionamento do serviço de atenção às pessoas em situação de violência sexual no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União. 01 abr 2014.
12. Silva EQ, Carneiro R, Marques SB. O direito à saúde da mulher e o princípio da proibição do retrocesso social: o aborto em pauta. In Stevens C, de Oliveira SR, Zanello V, Silva E, Potela C. Organizadores. Mulheres e violências: interseccionalidades. Brasília: Technopolitik; 2017.
13. Diniz D, Medeiros M, Madeiro A. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciênc. saúde coletiva [publicação online]. 2017;22(2):653-660. [internet]. [acesso em fev 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232017000200653&script=sci_abstract&tlng=pt.
14. Monteiro F, Adesse L. Magnitude do aborto no Brasil. Aspectos epidemiológicos e sócio-culturais. Abortamento previsto em lei em situações de violência sexual. Brasília: Ministério da Saúde; 2008.

15. Brasil.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP). Habeas Corpus n. 2188896-03.2017.8.26.0000. São Paulo; 2018. [internet]. [acesso em fev 2018]. Disponível em <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566234256/21888960320178260000-sp-2188896-0320178260000>.
16. Parto do Princípio. Dossiê da violência obstétrica. Parirás com dor. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres; 2012. [internet]. [acesso em fev 2018]. Disponível em <https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>.
17. Associação Artemis. [internet]. [acesso em fev 2018]. Disponível em: <https://www.artemis.org.br/violencia-obstetrica>.
18. Defensoria Pública do estado de São Paulo. Repositório Violência. [internet]. [acesso em fev 2018]. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Violencia%20Obstetrica.pdf>.
19. Mapa da Violência 2015: homicídios de mulheres no Brasil. [internet]. [acesso em fev 2018] Disponível em https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf.
20. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2015. [internet]. [acesso em fev 2018] Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/storage/9_anuario_2015.retificado_.pdf.
21. Bittencourt NA. Revista InSURgência | Brasília | ano 1 | v.1 | n.1 | jan./jun | 2015.

O Papel da Segurança do Paciente na Qualidade do Cuidado em Saúde e na Concessão do Direito à Saúde pela Via da Judicialização

Carla Ulhoa André¹
Crhistine Cavalheiro Maymone Gonçalves²
Tereza Cristina Lins Amaral³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/LSVNUg>

RESUMO

Este ensaio apresenta o tema Segurança do Paciente como atributo da qualidade do cuidado em saúde e como fator a ser observado pelas esferas do direito diante das demandas judiciais, para que solicitações e respectivas decisões judiciais não ponham em risco a segurança individual ou coletiva dos pacientes, especialmente em um cenário onde o fenômeno da judicialização ganha cada vez mais espaço, gerando, quando utilizada de forma indevida, efeitos negativos para o paciente e também para o sistema de saúde, ao comprometer a execução das políticas públicas de saúde, por força do impacto orçamentário e financeiro que causa ao sistema.

Palavras-chave: Segurança do Paciente. Cuidado Seguro. Direito à Saúde.

¹ Enfermeira. Especialista em Unidade de Terapia Intensiva. Assessora Técnica da Qualidade no Cuidado e Segurança do Paciente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde - Conass. Membro Titular do Comitê de Implementação do Programa Nacional de Segurança do Paciente. Membro da Diretoria Deliberativa da Sociedade Brasileira do Cuidado e Segurança do Paciente. E-mail para contato: carla.ulhoa@conass.org.br

² Docente do Curso de Medicina da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Ex-Secretária Adjunta da Secretaria de Estado da Saúde de Mato Grosso do Sul (2016-2018). Doutora em Ciências pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. E-mail para contato: crhismay@gmail.com

³ Assistente Social. Assessora técnica da Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Secretários de Saúde – Conass. Mestre em Administração em Saúde. Especialista em Planejamento Estratégico. E-mail para contato: tereza.amaral@conass.org.br

O certo é certo, mesmo que ninguém o faça. O errado é errado, mesmo que todos se enganem sobre ele. (G. K. Chesterton)

1. INTRODUÇÃO

Dados do relatório da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização Mundial da Saúde (OMS) e Banco Mundial, lançado em julho de 2018, demonstram que a baixa qualidade dos serviços de saúde – relacionada a diagnósticos imprecisos, erros de medicação, tratamento inadequado ou desnecessário, práticas clínicas inadequadas ou inseguras e a profissionais de saúde precariamente habilitados – prevalece em todos os países.

Embora a situação seja mais crítica em países de baixa e média renda, onde 10% dos pacientes hospitalizados têm probabilidade de adquirir uma infecção durante sua permanência, tal fato, ainda que em proporções menores, também é registrado em países de alta renda. O referido Relatório ressalta que isso ocorre mesmo quando as “infecções hospitalares podem ser facilmente evitadas por meio de uma melhor higiene, melhores práticas de controle de infecções e uso apropriado de antimicrobianos”.(1)

Tal realidade demonstra o quanto é necessário avançar nesse campo, a despeito da criação, desde 2004, do *World Alliance for Patient Safety*, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), com o propósito de organizar os conceitos e as definições sobre Segurança do Paciente, além de recomendar medidas para redução dos riscos e da incidência dos eventos adversos. (2)

No Brasil, o Programa Nacional de Segurança do Paciente foi criado em 2013, por meio da Portaria GM/MS n. 529/2013 (Portaria de Consolidação n. 5, de 28 de Setembro de 2017). Naquele ano, foram ainda aprovados os protocolos básicos de segurança do paciente, que são instrumentos para implantação das ações em Segurança do Paciente, por meio da Portaria GM/MS n. 1.377/2013 e da e da Portaria GM/ MS n. 2.095/2013.

Desde então, a Segurança do Paciente – cujas ações visam a garantir a segurança dos processos de cuidado em saúde, qualificando esse cuidado – vem, cada vez, mais adquirindo relevância para gestores, profissionais de saúde, pacientes e suas famílias.

Contudo, em relação à judicialização da saúde, nem sempre as solicitações e respectivas decisões judiciais estão alinhadas a protocolos e diretrizes terapêuticas consolidadas por evidências científicas, a exemplo de medicamentos sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e/ou não incorporados na Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), podendo, inclusive, colocar em risco a segurança do paciente.

Portanto, assegurar o direito a uma assistência segura somente é possível a partir da qualidade do cuidado em saúde e das evidências científicas já consagradas pela ciência.

2. CUIDADO EM SAÚDE

Para além da cura ou da promoção e proteção à saúde, o campo da Saúde compreende a produção do cuidado que, por sua vez, significa prover e disponibilizar as tecnologias de saúde, de acordo com as necessidades singulares de cada pessoa, em diferentes momentos de sua vida, visando ao seu bem-estar, segurança e autonomia. Por conseguinte, a abrangência dessa ação passa por um conjunto de dimensões que se inter-relacionam, gerando uma complexa rede de pontos de contato, atalhos e possibilidades, mais ou menos visíveis e/ou controladas pelos trabalhadores e gestores. (3)

As dimensões da gestão do cuidado em saúde, segundo Cecílio (3), apresentam – todas e cada uma delas – especificidades que podem ser conhecidas para fins de reflexão, pesquisa e intervenção. Nesse contexto, o autor identifica as seguintes dimensões: (i) dimensão individual – que se refere à autonomia do indivíduo nos processos de cuidar de si e de viver a vida de forma mais plena, mesmo sofrendo determinações do ambiente e da sociedade no seu processo de saúde e doença; (ii) dimensão familiar – que abrange a família, o ciclo de amigos e os vizinhos e que, com o envelhecimento acelerado da população brasileira, tende a ganhar maior importância por parte dos serviços e pesquisas em saúde; (iii) dimensão profissional – onde a micropolítica em saúde se efetiva, ou seja, é o espaço de encontro entre profissionais e os usuários, onde três elementos principais entram em atuação: o preparo técnico; a ética; e o vínculo; (iv) dimensão organizacional – que diz respeito ao local onde os serviços de saúde e os processos de trabalho se organizam e são realizados. Vale destacar que, nessa dimensão, a gestão do cuidado depende da ação cooperativa de vários atores, envolvendo novos elementos como: o trabalho em equipe, as atividades de coordenação e comunicação, além da função gerencial; (v) dimensão sistêmica – abrange o espaço onde as conexões formais regulares e regulamentadas entre os serviços de saúde são definidas. Compreende o modelo de atenção, a forma de organização e o financiamento, cuja normatização compete aos gestores; (vi) dimensão societária – que se refere ao ambiente onde se definem a produção e a implementação de políticas públicas e de saúde, a partir da correlação entre o Estado e a Sociedade Civil. É a dimensão mais ampla de gestão ou produção do cuidado: produção de cidadania, de direito à vida, e de acesso a tecnologias que contribuam para uma vida melhor. (3)

Com base nesse entendimento, pode-se inferir que o processo de produção do cuidado em saúde é complexo e que a busca pela qualidade do cuidado é um dos grandes desafios a ser perseguido pelos sistemas de saúde.

3. QUALIDADE DO CUIDADO EM SAÚDE

À semelhança do conceito de “cuidado em saúde”, o conceito de “qualidade” tem interpretação multidimensional e subjetiva. Portanto, tratar o tema qualidade do

cuidado em saúde significa considerar a diversidade de variáveis a ele relacionadas, tais como: expectativas individuais, princípios científicos, valores socioculturais, dentre outros.

Durante muitos anos, o foco da discussão da qualidade do cuidado esteve associado aos atributos de eficiência e efetividade, enquanto resposta a pressões decorrentes do alto custo do cuidado – estas advindas de múltiplos fatores, como: crises econômicas, acelerado processo de transição demográfica, mudanças no perfil epidemiológico da população, e incorporação de novas tecnologias. Contudo, ao longo do tempo, outros atributos passaram a ocupar lugar de destaque, como resposta à própria complexidade que envolve a produção do cuidado, como a segurança, a centralidade do cuidado no paciente e o respeito ao seu direito. (4)

Nesse sentido, o enfrentamento da elevada incidência de erros e riscos potencialmente evitáveis, dentre eles: despreparo dos profissionais de saúde, falhas nos sistemas de atendimento à saúde, falta de cursos para preparação das equipes de saúde, erros de prescrição, uso de tecnologias sem considerar as evidências científicas – e que impactam fortemente na qualidade do cuidado – têm sido um desafio comum para todos: organizações, profissionais, gestores, e outros, no sentido de mitigar, ou mesmo evitar, danos causados ao paciente e ao próprio sistema pela fragilidade do processo de cuidado em saúde. Sobre o tema, estudo realizado em três unidades pediátricas de um hospital universitário, com o objetivo de identificar erros de medicação, registrou 1717 erros, entre os 68 prontuários de crianças investigados. Mais de 13 tipos de erros de medicação ou de documentação de enfermagem foram categorizados. Tais erros estiveram presentes em 21,1% das 8152 doses de medicamentos ou soluções administradas no período de estudo. (5)

Outro estudo evidencia que a polifarmácia encontrada nos idosos propicia os erros com medicamentos, favorecendo o aumento de morbidade e as hospitalizações. Em corte com duração de três anos, foi acompanhada uma população ambulatorial com 75 anos ou mais de idade, em que o uso de fármacos foi de 91,6%, com média de 4,4 medicamentos por pessoa. O uso inapropriado de medicamentos (18,6%), após ajuste para fatores intercorrentes, aumentou o risco de pelo menos uma hospitalização aguda, mas não se associou à elevação da mortalidade. Daí, depreende-se a necessidade de correta prescrição e completa informação ao paciente idoso.(6)

Os resultados desses estudos, citados com o propósito de ilustrar erros e riscos potencialmente evitáveis, deixam clara a relação de causalidade entre estrutura, processo e resultado, seja no ambiente hospitalar, seja no ambulatorial. Entende-se por estrutura as condições sob as quais o cuidado é prestado, englobando: estrutura física e recursos materiais, recursos humanos, e recursos financeiros envolvidos na assistência, inclusive formas de pagamento do cuidado e dos profissionais. Já o processo refere-se às atividades desenvolvidas pelos profissionais que participam diretamente do cuidado prestado ao paciente, tais como: diagnóstico, tratamento e reabilitação. Por fim, o resultado está relacionado às mudanças no estado de saúde dos indivíduos ou populações, que pode ser favorável (cura, sobrevida, recuperação do estado fisiológico,

físico e emocional, ou satisfação como serviço), ou adverso/indesejável (morte, incapacidade, doença ou insatisfação).

Portanto, para se modificar essa realidade, é fundamental conhecer a organização de saúde, suas fragilidades e potencialidades, seus recursos, resultados, bem como o papel que desempenha no sistema de saúde. Da mesma forma, reduzir a ocorrência de incidentes implica conhecer o perfil dos incidentes, as causas e fatores que contribuem para sua ocorrência.

A adoção de um método de detecção de incidentes e, em especial, dos eventos adversos tem sido apontada como um dos elementos da intervenção para a melhoria do cuidado e da segurança do paciente[...]. A notificação voluntária e anônima da ocorrência de incidentes é outra possibilidade de conhecer o que ocorre na organização. A opção por qualquer uma das técnicas disponíveis deve ser orientada pela natureza e características das organizações. (4)

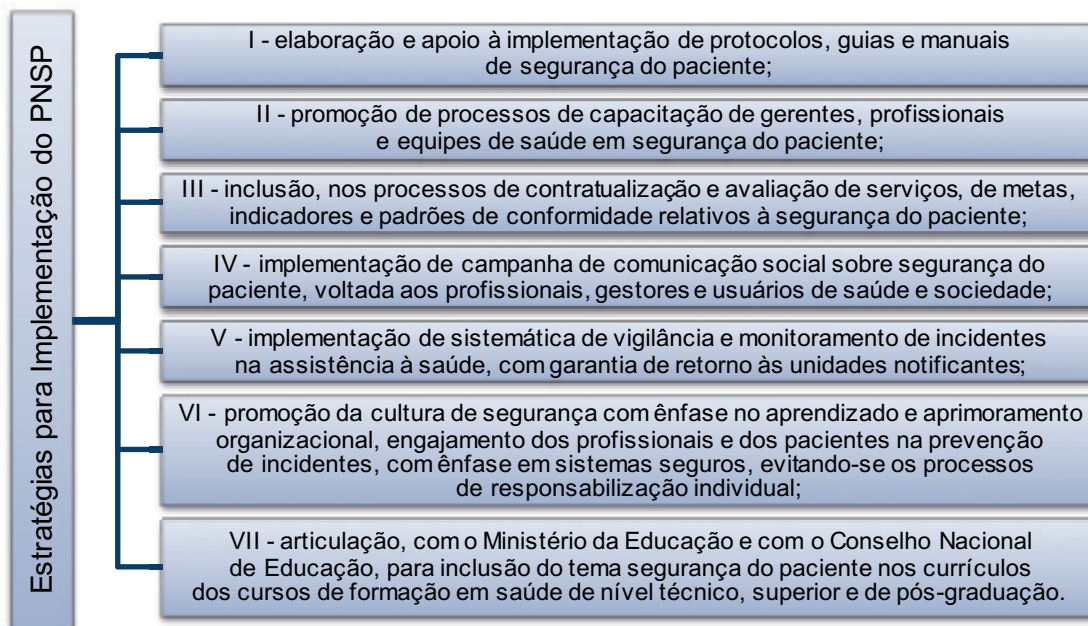
Diante desse cenário, a segurança do paciente tem sido cada vez mais reconhecida como uma questão de importância global, por sua potencialidade na redução de risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde e na mitigação de eventos adversos – resultados decorrentes do processo de implantação e aprimoramento de práticas seguras nos serviços de saúde.

4. SEGURANÇA DO PACIENTE

A segurança do paciente é componente-chave da qualidade do cuidado e tem adquirido relevância cada vez maior para os pacientes e suas famílias, para os gestores e profissionais de saúde. Seu propósito é garantir a segurança dos processos de cuidado e, por conseguinte, a redução de eventos adversos.

Assim, com a finalidade de contribuir para a qualificação do cuidado em saúde em todos os estabelecimentos de saúde do território nacional, foi instituído, pelo Ministério da Saúde, em 1º de abril de 2013, o Programa Nacional de Segurança do Paciente (PNSP), por meio da Portaria GM/MS n. 529, que definiu sete estratégias para implementação do Programa (Quadro 1):

Quadro 1 – Estratégias para implementação do PNSP



Fonte: Portaria de consolidação n. 5 capítulo VIII – Seção I.

Em apoio ao referido Programa, a Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) Sérgio Arouca e o Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica, ambos da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), em parceria com a Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade de Nova Lisboa, produziram os livros Segurança do Paciente: conhecendo os riscos nas organizações de saúde (vol. 1) & Segurança do Paciente: criando organizações de saúde seguras (vol. 2). Utilizados como material de apoio didático ao Curso Internacional de Qualidade em Saúde e Segurança do Paciente, oferecido a profissionais de saúde do Brasil, Portugal e Comunidade de Países da Língua Portuguesa (CPLP), sob a forma de ensino a distância (EAD), seu conteúdo apresenta importantes contribuições no sentido de disseminar a cultura da segurança nos serviços de saúde, visando, com base em evidências científicas e no conhecimento dos autores, a aprimorar a qualidade e obter melhores resultados nos serviços, tanto para os usuários, quanto para os profissionais envolvidos.

Embora alguns avanços já tenham sido alcançados, alguns fatores são determinantes para que o PNSP obtenha resultados mais robustos, tais como: comprometimento dos dirigentes e gestores do SUS; participação efetiva dos atores envolvidos; coordenação gestora e executiva do programa; e desenvolvimento de ação de comunicação social ampla, para que a busca pela segurança do paciente passe a ser de domínio público. Além disso, é necessário que as ações do PNSP, pela sua dimensão e complexidade, estejam articuladas com outras políticas de saúde que objetivam desenvolver: linhas de cuidado em redes de atenção; ações organizadas conforme contratos por região; reorganização do sistema a partir da atenção básica; dentre outras. (3)

Assim, ainda que a segurança do paciente tenha assumido um espaço privilegiado na busca pela melhoria da qualidade no cuidado prestado ao paciente nos diversos níveis de atenção, sua efetiva implementação ainda é um processo em andamento.

5. SEGURANÇA DO PACIENTE COMO ATRIBUTO DA QUALIDADE DO CUIDADO EM SAÚDE

No início deste século, o Instituto de Medicina (IOM) dos Estados Unidos da América (EUA) passou a incorporar “segurança do paciente” como um dos atributos da qualidade (Quadro 2).

Quadro 2 – As definições dos atributos da qualidade.

Atributos	Definição
Segurança*	Evitar lesões e danos nos pacientes decorrentes do cuidado que tem como objetivo ajudá-los.
Efetividade	Cuidado baseado no conhecimento científico para todos que dele possam se beneficiar, evitando seu uso por aqueles que provavelmente não se beneficiarão (evita subutilização e sobreutilização, respectivamente).
Cuidado centrado no paciente	Cuidado respeitoso e responsivo às preferências, necessidades e valores individuais dos pacientes, e que assegura que os valores do paciente orientem todas as decisões clínicas. Respeito às necessidades de informação de cada paciente.
Oportunidade	Redução do tempo de espera e de atrasos potencialmente danosos tanto para quem recebe como para quem presta o cuidado.
Eficiência	Cuidado sem desperdício, incluindo aquele associado ao uso de equipamentos, suprimentos, ideias e energia.
Equidade	Qualidade do cuidado que não varia em decorrência de características pessoais, como gênero, etnia, localização geográfica e condição socioeconômica.

*Esta é a definição de segurança do paciente do Instituto de Medicina. Não difere muito da definição da Organização Mundial da Saúde, adotada pela Portaria MS/GM n. 529/2013: reduzir a um mínimo aceitável o risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde.

Fonte: Documento de Referência para o Programa Nacional de Segurança do Paciente. (7)

Essa compreensão de que a segurança do paciente é um dos atributos da qualidade do cuidado de saúde tem-se destacado muito entre pesquisadores de todo o mundo. (7)

Segundo Wennberg (4), por meio da organização dos sistemas de cuidados a qualidade aumentaria, promovendo, por conseguinte, melhores resultados para o paciente e redução de custos para os sistemas de saúde. De fato, mais tratamento não significa, necessariamente, melhores cuidados, principalmente em relação ao enfrentamento das doenças crônicas, cada vez mais prevalentes na população, cujo curso clínico muda ao longo do tempo, com possíveis períodos de agudização, e requerem intervenções com o uso de tecnologias diversas, inclusive associadas a mudanças de estilo de vida, em um processo de cuidado contínuo, que nem sempre leva à cura.

No livro “*Explorations in quality assessment and monitoring*”, Donabedian descreve o que chamou de sete pilares da qualidade na área da Saúde: eficácia, efetividade,

eficiência, otimização, aceitabilidade, legitimidade e equidade. Além desses, utilizam-se, atualmente, mais duas dimensões para descrever a qualidade, que são a “oportunidade” – cuidado adequado em tempo oportuno – e a “centralidade no paciente” – cuidado respeitando às necessidades, desejos e valores do paciente. (2)

A publicação *Errar é Humano (To Err is Human, 1999)* chama atenção para a magnitude do problema da segurança do paciente, medida, nesse estudo, pela ocorrência de eventos adversos (4). Os resultados apresentados mobilizaram profissionais de saúde e público em geral, extrapolando fronteiras.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) consolidou um programa voltado para a segurança do paciente, e muitos outros estudos foram desenvolvidos em diversos países, corroborando para a valorização da segurança do paciente como um atributo fundamental da qualidade do cuidado de saúde, até porque a ocorrência de eventos adversos – sensíveis às ações de segurança do paciente – representa elevados custos sociais e econômicos, podendo implicar danos irreversíveis aos pacientes e suas famílias, constituindo sério problema de saúde pública. (7)

Nesse contexto, não há dúvidas acerca dos benefícios adquiridos com a institucionalização, nas organizações de saúde, da cultura de segurança do paciente para o aprimoramento da qualidade do cuidado em saúde, assim expressa:

- uma cultura justa, com relação à segurança e à justiça, em que haja o consenso entre as pessoas no que concerne a comportamentos aceitáveis e inaceitáveis; uma cultura que não seja punitiva frente à ocorrência de incidentes, mas priorize buscar suas causas;
- uma cultura de notificação de incidentes, que privilegie a informação (incluindo coleta/recolha, análise e divulgação sobre informações referentes à notificação de incidentes e quase incidentes) e encoraje as pessoas a falar sobre seus erros e a notificá-los; e, por fim,
- uma cultura de aprendizagem, já que a organização constituiu uma memória de eventos passados, ela pode direcionar o aprendizado a partir deles. (7)

6. DIREITO À SAÚDE E SEGURANÇA DO PACIENTE.

Aliada ao processo de construção do SUS, na busca por ofertar a assistência segura, está a consolidação do direito à saúde assegurado constitucionalmente. É parte do cotidiano dos gestores do SUS uma série de dispositivos legais que se entrecruzam na seara das demandas, das necessidades, dos recursos insuficientes e da burocracia da administração pública. Neste contexto, defensores, ministério público e juízes passaram a ter protagonismo no universo da gestão do SUS.

Os órgãos de controle e de jurisdição devem garantir a governabilidade, através das decisões no âmbito da justiça, trazendo para o gestor ferramentas fundamentais para manter o sistema de saúde em funcionamento, projetando o direito dos usuários ao acesso a ações e serviços de saúde com qualidade e segurança.

Além das características relacionadas aos recursos financeiros e à burocracia da administração pública, já apresentadas, têm-se decisões judiciais que dizem respeito, já em considerável quantidade para o universo da gestão, ao uso *off-label*, medicamentos sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e pertencentes a protocolos não incorporados na Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC).

Entretanto, interroga-se, como garantir a assistência com qualidade e segura, se princípios básicos de segurança do paciente nem sempre são cumpridos?

De forma mais abrangente, pode-se afirmar que as mudanças voltadas a auxiliar a organização da gestão do SUS tiveram, como ápice, a aprovação da Lei nº 12.401, em abril de 2011, que trouxe, em seu bojo, o objetivo de regulamentar o conceito de integralidade, por meio da definição de incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do SUS. A Lei criou a CONITEC, órgão permanente que assessora o Ministério da Saúde e que representa um avanço na incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde, protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do sistema.

No entanto, por ser estrutura ainda recente, carece de maior agilidade, de forma a prover impacto realmente significativo, especialmente frente à velocidade das demandas jurídicas, nem sempre alinhadas a protocolos e diretrizes terapêuticas consolidadas por evidências científicas.

Outro desafio, nem sempre superado, está nas demandas por produtos sem registro na ANVISA e que são, algumas vezes, determinadas por decisões judiciais, que se embasam no direito constitucional a ser garantido pelo Estado, sem qualquer análise criteriosa e técnica assegurada pela agência reguladora, impondo ao paciente a possibilidade de risco ainda desconhecido.

Além destes óbices à garantia da segurança do paciente, também se apresentam as situações de prescrição *off-label*, ou seja, com o uso diferente do aprovado em bula ou protocolo e cuja responsabilidade fica a cargo de quem o prescreve.

Por certo, a saúde baseada em evidências, o regulamento das agências, a incorporação de tecnologias embasadas cientificamente são ferramentas que auxiliam a garantia da segurança do paciente frente a uma situação de assistência. Não restam dúvidas do dever constitucional do Estado, mas também não se pode ultrapassar o direito à vida, garantido por uma assistência segura, tão somente possível a partir das evidências científicas já consagradas pela ciência.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das medidas adotadas para reduzir risco de dano desnecessário associado ao cuidado de saúde e na mitigação de eventos adversos, como o uso de diretrizes clínicas terapêuticas, dentre outras iniciativas, a prestação de cuidados de saúde de forma segura, eficiente, uniformemente geradora de valor e satisfação ainda é um grande desafio a ser perseguido pelo sistema de saúde brasileiro.

Também é notório o distanciamento do Direito das questões mais operacionais da saúde. A ciência jurídica, em sua maioria, ainda está focada somente na consequência do problema (ações de obrigação de fazer, responsabilidade ou regulatórias) e não se busca compreender suas causas. Nesse contexto, determinadas solicitações e respectivas decisões judiciais podem, inclusive, colocar em risco a segurança individual ou coletiva dos pacientes.

Para que todos os poderes lutem em prol da evolução do sistema de saúde brasileiro, é preciso reconhecer a ciência, a matricialidade, a lógica e os “dialetos” utilizados na estrutura do sistema de saúde, com a finalidade de garantir o direito à saúde, à segurança do paciente e ao trabalhador. A superação de tais dificuldades oportunizará ao sistema de saúde pública mais agilidade para garantir ao usuário atendimento com qualidade e seguro, tendo vista a aproximação de órgãos de controle e jurisdição com gestor do SUS.

A qualidade e segurança no sistema de saúde, e não apenas do paciente, só ocorrerão no momento em que todos olharem com afeto para o “chão da fábrica”, quando a segurança for parte do dia a dia e não se consistir em práticas isoladas. Tal compreensão deve ser absorvida também pelas esferas do direito, para que solicitações e respectivas decisões judiciais não ponham em risco a segurança individual ou coletiva dos pacientes.

REFERÊNCIAS

1. WHO-OECD-World Bank joint publication. Delivering quality health services – a global imperative for universal health coverage. July 2018. [acesso em 02 de ago 2018]. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5709:cuidados-de-saude-de-baixa-qualidade-estao-aumentando-a-carga-de-doencas-e-custos-em-nivel-mundial&Itemid=844.
2. Rev do Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Consensos. Ano viii. 2018(26).

3. Cecilio LC. Apontamentos teórico-conceituais sobre processos avaliativos considerando as múltiplas dimensões da gestão do cuidado em saúde. Interface (Botucatu). Botucatu. 2011;15(37):589-599.[internet]; [acesso em 20 jul 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832011000200021&lng=pt&nrm=iso.
4. Sousa P Segurança do paciente: conhecendo os riscos nas organizações de saúde. Sousa P, Mendes W, organizadores. Rio de Janeiro: EAD/ENSP; 2014.
5. Melo LR, Pedreira MLG. Erros de medicação em pediatria: análise da documentação de enfermagem no prontuário do paciente. Rev. bras. enferm. Brasília. 2005;58(2):180-185. [internet]; [acesso em 21 jul 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-71672005000200010&lng=en&nrm=iso.
6. Wannmacher L. Erros: evitar o evitável. Portal Saúde Direta. 2005;2(7) [internet]. [acesso em 02 de ago 2018]. Disponível em ww.saudedireta.com.br/docsupload/1284734732novo_erro_medico.pdf.
7. Ministério da Saúde. Documento de referência para o Programa Nacional de Segurança do Paciente. Ministério da Saúde; Fundação Oswaldo Cruz; Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Brasília: Ministério da Saúde; 2014. [acesso em 02 de ago 2018]. Disponível em http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/documento_referencia_programa_nacional_seguranca.pdf.

Internações Forçadas e Saúde Mental: entre Tratamento e Punição

Gabriel Schulman*



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/2UYefN>

RESUMO

Este artigo discute acerca de uma forma específica de judicialização da saúde, que consiste nas internações forçadas (contra a vontade ou sem consentimento), usualmente designadas como internações compulsórias ou involuntárias. Com ênfase à imposição de tratamento no campo penal, explora-se a (in)adequação da fundamentação jurídica, suas contradições e uma possível apropriação da saúde pelo direito. Demonstra-se que a finalidade de cuidar, por vezes, é tão-somente um argumento para subtrair a pessoa do convívio social, sem conexão com a saúde, muito menos com a saúde baseada em evidências, sem vínculo com o bem-estar do paciente, muitas vezes sem prescrição médica, que dirá um projeto terapêutico singular. Defende-se um repensar crítico, que retome de forma adequada o diálogo entre o terapêutico e o jurídico, de modo a promover a saúde em sintonia com a proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Palavras-chave: Saúde Mental. Internação compulsória. Medida de Segurança.

* CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6784364023213630>. Advogado. Professor na Universidade Positivo (Departamento de Direito). Vice-Presidente da Comissão de Saúde da OAB/PR. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito da Medicina (Universidade de Coimbra). E-mail para contato: gabriel@schulman.com.br

Samba Lelê tá doente
Tá com a cabeça quebrada
Samba Lelê precisava
É de dumas oito lambadas (1)

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

Os diálogos entre saúde e direito são essenciais, o que não pode ser confundido com a apropriação dos saberes de um pelo outro, nem deve ser empregado como subterfúgio para distorções. Dito de maneira objetiva para o tema sob análise, ao juiz não cabe clinicar, nem definir ou impor arbitrariamente tratamentos. A perspectiva adequada da inter-relação consiste em um diálogo construtivo, com colaboração mútua dos saberes, de modo a colher, na saúde, os elementos e conhecimentos necessários para estabelecer, segundo os filtros jurídicos, quando um tratamento deve ou não ser assegurado (ou mesmo imposto).

A multicitada expressão “judicialização” e, notadamente, a locução “judicialização da saúde” são associadas a diferentes significados (2-5), entre os quais, o incremento da presença do Judiciário como meio de resolução de conflitos, a interferência (indevida) em questões eminentemente políticas, a intervenção do Poder Judiciário nos processos decisórios, a figura do juiz protagonista, a presença devida ou indevida nas políticas públicas de saúde. No presente texto, procura-se problematizar os fundamentos da imposição de internação forçada (habitualmente designada involuntária ou compulsória) com especial crítica às práticas estabelecidas no campo penal, por meio das **medidas de segurança**, de forma a demonstrar que o direito parece indevidamente absorver a saúde nesta seara (grifo nosso).

2. VULNERABILIDADE E INVISIBILIDADE

A proteção das pessoas usuárias de serviços de saúde mental é um campo ao qual tanto o direito quanto a saúde não conferem a adequada importância (3). Tal circunstância contrasta com a severidade da medida de internação forçada e com a vulnerabilidade dos usuários de serviços de saúde mental (4). Nesse sentido, a Organização Mundial da Saúde (OMS) registra que “as condições de vida nos hospitais psiquiátricos em todo o mundo são deficientes, resultando em violações dos direitos humanos e em cronicidade”. (5)

Se, por um lado, não se pretende defender generalizações, de outro giro, não se pode ignorar as inúmeras violações de direitos humanos denunciadas em sede de internações forçadas (6). Sob o prisma jurídico, a imposição de tratamento é absolutamente excepcional, sujeita a um amplo conjunto de requisitos, de tal forma que somente pode ser cogitada de forma remota (7). Na prática, contudo, as internações forçadas são,

muitas vezes, empregadas de modo negligente, distante dos parâmetros seja do direito, seja da saúde (8-9). A internação forçada, em tais casos, é ilegal e caracteriza crime de tortura, como já estabeleceu o Conselho de Direitos Humanos da Assembleia Geral das Nações Unidas. (10)

Desta forma, a ilegalidade da internação pode decorrer do seu emprego desnecessário, sem função terapêutica, sem respaldo de equipe de saúde ou ainda, no que tange ao modo como é implementada – e.g. com desrespeito a direitos fundamentais do paciente, sem projeto terapêutico singular. Neste texto, procura-se confrontar tais aspectos para concluir a necessidade de reavaliar o modo como são definidas as internações forçadas, numa análise que coloca em questão a harmonização entre saúde e direito.

3. MÉTODO OU PERSPECTIVA DE ANÁLISE

A presente pesquisa foi realizada com base na análise de legislação, doutrina e jurisprudência. Examina-se, de modo especial, a proteção dos direitos humanos na saúde como preconiza a OMS (11), bem como os impactos da incorporação ao direito brasileiro da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, abreviada como CDPD.

Mas qual a conexão da Convenção com o tema? Em primeiro, é importante ressaltar que esta convenção possui *status* constitucional. É que, de acordo com a Constituição, art. 5º, § 3º, os tratados e convenções internacionais acerca de direitos humanos, desde que aprovados pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, recebem *status* de emenda constitucional. O único tratado que atendeu a todos estes requisitos foi justamente a CDPD, incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto n. 6.949/2009. Em segundo, a Convenção reformula diversos aspectos da concepção da saúde mental, entre os quais a afirmação da capacidade civil para todas as pessoas (art. 12), a valorização da atenção multidisciplinar (12), a afirmação do consentimento como direito fundamental e a superação do modelo de substituição da vontade do paciente usuário da saúde mental em prol de uma perspectiva emancipatória.

4. A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DAS INTERNAÇÕES FORÇADAS E SUA (IN)ADEQUAÇÃO

A partir da análise de decisões judiciais (13) e da compreensão da doutrina (14-20), identificou-se que as internações forçadas usualmente embasam-se em dois possíveis percursos. No direito criminal envolve a chamada inimputabilidade, ou seja, a pessoa é considerada como inapta para responder pelo crime e então é imposta uma

medida de segurança. Fora da esfera penal, o embasamento das internações pode ser assim sintetizado: à medida em que a pessoa possui uma doença mental, é incapaz civilmente (“interditada” dirão alguns), logo, não tem discernimento para decidir sobre seu tratamento. Como núcleo comum, o não reconhecimento da vontade e/ou da aptidão para se determinar. Ambas as fundamentações jurídicas ocultam – ou revelam – graves distorções, as quais se passa a apreciar.

A inimputabilidade, fundamento das internações forçadas determinadas por juízes no âmbito de processos criminais, orienta-se pelo disposto no Código Penal, art. 26:

É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por força do princípio constitucional da culpabilidade (15), uma vez preenchidos os pressupostos referidos na legislação penal, a pessoa é considerada inapta à punição. O saber do direito afirma que a pessoa não pode ser punida e deve ser tratada. Surge então uma questão central: a quem cabe o protocolo de tratamento? Na prática, constata-se que a definição é feita, muitas vezes, a partir de critérios exclusivamente jurídicos e abstratos, de forma incompatível com o fundamento de oferecer cuidados em saúde.

Para ilustrar, vale citar três distorções que ajudam a dimensionar o quadro de incoerência que se está a denunciar: 1) definição da modalidade de tratamento com base no tipo penal que compõe a acusação; 2) estabelecimento da duração do tratamento com base na pena em abstrato; 3) alta hospitalar subordinada à autorização judicial.

Em outras palavras, no âmbito das medidas de segurança, ao mesmo tempo em que o direito reconhece não ser possível punir, declara a pessoa acusada como não culpável (o que se designa tecnicamente de “absolvição imprópria”), porém se estabelece um tratamento distante de qualquer critério da saúde. Para melhor compreensão, vale confrontar a redação do Código Penal, art. 97: “Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial”. Dessa maneira, uma interpretação literal deste dispositivo sugere que a definição do tratamento não seria dada por equipe médica, mas pelo tipo de crime do qual a pessoa foi acusada, o que permite afirmar que a **absolvição imprópria**, como se designa no direito penal a situação em que se conclui pela “insanidade mental”, é mais **imprópria** do que uma absolvição (grifo nosso).

Para ilustrar o que se expõe, confira-se decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), a qual aponta que a eleição da modalidade de tratamento dependeria do tipo de pena aplicada ao crime do qual, consinta-se repetir, a pessoa foi absolvida: “Sendo o apelante inimputável, e condenado a pena privativa de liberdade, de reclusão, impõe-se a internação. Somente na hipótese de detenção é que fica a critério do juiz a estipulação, ou não, da medida menos gravosa – de tratamento ambulatorial.” (16)

Ora, em que área da saúde o tipo de crime é que define a forma como o paciente precisa receber cuidados? Ou se faz preciso reescrever os livros da saúde e estabelecer uma correspondência entre tipos penais e tratamentos, ou, no campo jurídico, deve-se superar a herança punitiva e respeitar os parâmetros da saúde. No tocante à duração da medida, como afirma Carrara, “não se pode exigir de uma doença que respeite os prazos legais, embora seja exatamente isso que faz o Código Penal” (17). O que explica, porém, não justifica, a previsão legal é uma visão punitivista, que aponta para a internação como uma medida que busca, sobretudo, segregar e aplicar uma pena, ainda que sob (falsa) alegação de tratar (18-25). Como sublinha a OMS:

Muitos hospitais conservavam a estrutura carcerária de origem, quando tinham sido construídos nos tempos coloniais. Os doentes eram chamados de detidos e ficavam a maior parte do dia ao cuidado de carcereiros, cujos supervisores eram chamados de capatazes, enquanto as enfermarias eram chamadas de cercas. Usavam-se quartos para isolamento na maioria dos hospitais. (19)

Mas se o direito assim prevê, então a lei deve ser seguida? O argumento legalista é equivocado. Para começar, a melhor interpretação é de que a legislação penal foi revogada pela Lei de Saúde Mental (Lei n. 10.216/2001) (20-29), assim como pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei n. 13.146/2015). Com mais ênfase, devem ser respeitados os limites constitucionais, inclusive com os acréscimos da já citada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que reforça a proteção da pessoa com sofrimento psíquico de modo geral.

Portanto, considera-se inconstitucional a aplicação de tratamento sem finalidade de tratar, a punição sem que haja culpabilidade. A Medicina não é instrumento para punir. Além disso, o simples fato de haver uma sentença judicial não torna a imposição de um tratamento legal, nem legítima a imposição abstrata de sua duração.

A postura comumente adotada nas internações forçadas contradiz ainda toda compreensão amplamente defendida de que a concessão de tratamentos médicos exige robusta comprovação da necessidade e eficácia. Por sua vez, as internações forçadas têm sido determinadas até mesmo sem laudo ou mesmo prescrição. (21)

A saúde baseada em evidências e a adequação do tratamento ao paciente são filtros fundamentais, injustificadamente ignorados quando se trata de internações forçadas. Cumpre ressaltar que a Organização Mundial da Saúde já deixou claro que a eficácia dos tratamentos forçados é matéria em aberto (22), e que precisa ser enfrentada (23). Para Werb, a literatura sobre o tema ainda é limitada, especialmente no campo da atenção ao uso de drogas (24). Em sintonia com o exposto, conforme posição do Ministério Público Federal, apresentada em importante parecer (25), a legislação de saúde mental promoveu derrogação (revogação parcial da legislação) criminal. É também o que se extrai da Resolução n. 5/2004 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPC) (26), que “Dispõe a respeito das Diretrizes para o cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei n. 10.216, de 06 de abril de 2001 – a lei de saúde mental”.

O que se observa, em muitos casos, é que a internação surge como um mecanismo jurídico alheio aos critérios da saúde; a argumentação terapêutica busca apenas preencher a necessidade de fundamentação jurídica de medidas que, na realidade, buscam segregar. Como aponta Dornelles, sobre o caso de uso abusivo de drogas, “não raro, os dependentes são submetidos à medida de segurança de internação como forma de garantir também a sua hospitalização”. (27)

Sob o prisma jurídico, o que se nota é também um conjunto de distorções que tornam a internação ilegítima. Se, por definição, não se pode punir os inimputáveis (28), não há possibilidade de imposição de privação de liberdade; apenas admite-se a internação com finalidade terapêutica, logo, coerente com os protocolos de atenção à saúde.

A presença de um laudo, por sua vez, não resolve toda a questão. É preciso uma análise qualificada, não um simples ato formal. Do contrário, verifica-se o retorno à tautologia identificada por Foucault, em que o saber médico se justifica pelo jurídico e vice-versa (29), ou seja, a medida dita terapêutica é admitida porque há ordem judicial, e a ordem judicial é legítima porque há um laudo.

Além disso, uma questão relevante diz respeito à alta hospitalar (desinternação), a qual se considera que, por ser uma definição médica, não pode depender de apreciação judicial (30). Observa-se, todavia, a subversão desta lógica. Em inspeção do Conselho Federal de Psicologia (CFP) em internações de usuários de drogas no Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP), concluiu-se que: “para entrar eles não precisam de ordem judicial, mas para sair sim” (31). A imprensa noticia que a “Justiça mantém internações psiquiátricas mesmo após alta médica e paciente fica até 3 anos”. O jornal O Estado de São Paulo identificou:

centenas de casos do tipo por meio de pesquisas em Diários Oficiais de todo o País e entrevistas com 30 promotores, defensores públicos, representantes de hospitais psiquiátricos e outros especialistas em 20 Estados. Destes, 15 confirmaram o problema: São Paulo, Santa Catarina, Paraná, Rio Grande do Sul, Acre, Pará, Minas Gerais, Bahia, Espírito Santo, Alagoas, Tocantins, Rio Grande do Norte, Piauí, Mato Grosso e Paraíba. (32)

De acordo com o disposto na Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) n. 2.057/2013, art. 43, “quem determina a natureza e o tipo de tratamento a ser ministrado é o médico assistente do paciente, que poderá prescrever alta hospitalar no momento em que entender que este se encontra em condições”. No mesmo sentido, a opinião descrita no Parecer CFM n. 01/2011.

Igualmente, a Resolução CFM n. 2.057/2013 estabelece que compete ao “diretor técnico médico comunicar tal fato ao juiz, para as providências que entender cabíveis”. A melhor compreensão é de que a alta dispensa a avaliação judicial e será, tão somente, comunicada ao juiz.

O teor do Enunciado n. 48 da II Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça (CNJ): “As altas de internação hospitalar de paciente, inclusive de idosos e

toxicômanos, independem de novo pronunciamento judicial, prevalecendo o critério técnico profissional do médico” (33). A Resolução CFM n. 2.057/2013, art. 5º, § 2º, dispensa a avaliação judicial também para a “saída temporária de paciente de estabelecimento de saúde para observação evolutiva e da adaptação em família”. Ainda que a norma do CFM seja infralegal, neste caso mostra-se absolutamente adequada, e reforça o aspecto que se procura alertar sobre uma frequente apropriação da internação pelo direito, que termina por converter a internação forçada em medida que é qualquer coisa, menos terapêutica, e o fato de emanar do direito não a torna legítima, nem ao menos legal.

A distorção decorrente da apropriação da saúde, fácil notar, estabelece-se tanto na definição de que se deve internar, quanto na alta. Não bastasse, muitas vezes, tem-se exigido, para finalizar o tratamento forçado, uma conclusão “médica” de que cessou a “periculosidade”, o que, grosso modo, equivale a indagar se a pessoa voltará ou não a praticar um ato contrário à lei.

Na visão de Pavarini, é o mesmo que exigir do profissional da saúde uma “bola de cristal” (34). Em sintonia, Lemos aponta que se exige um exercício de futurologia (35). Como se sabe, na saúde, lida-se com diagnósticos, mas o que se pede é um prognóstico. Não há, na Classificação Internacional de Doenças (CID)-10, nenhuma menção a periculosidade. Por trás da construção da periculosidade, revela-se uma perigosa aproximação entre crime e patologia. Não se trata de aliar a saúde ao direito, mas de subverter a saúde para justificar medidas de restrição de direitos fundamentais.

Ante as inúmeras incongruências, o Ministério da Justiça e Ministério da Saúde defenderam o “fim dos exames de cessação de periculosidade”, “inserção da política de saúde penitenciária no SUS”, “que a conversão de tratamento ambulatorial em internação ocorra somente sob critérios clínicos”, “articulação interinstitucional permanente das áreas da saúde, justiça e direitos humanos, por meio de um grupo técnico composto pelas três esferas governamentais”. São premissas que ainda não foram alcançadas. (36)

Ademais, segundo levantamento sobre o sistema penitenciário brasileiro, um laudo psiquiátrico demora, em média, 10 meses, ao passo que o dito exame de cessação de periculosidade, não bastasse todas as impropriedades destacadas, tarda 32 meses. (37)

Ao fim e ao cabo, em muitos casos se conclui que a prisão é melhor do que o tratamento forçado, porque, ao menos, há um tempo de pena máximo, admite-se a imposição de regime aberto ou mesmo semiaberto.

Sobre o quadro descrito, permita-se sugerir uma singular leitura do texto constitucional, quando define em seu art. 5º, inc. III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Propõe-se que a expressão “tratamento” seja interpretada inclusive no significado de saúde. Logo, o texto constitucional permite extrair que ninguém pode ser submetido a tratamento em saúde de forma desumana. A postura em contrário viola, de modo imperdoável, os ditames da ética médica. Reafirma-se, assim, a inconstitucionalidade da internação ou qualquer outra imposição de tratamento que não tenha como função única o bem-estar do paciente.

No que tange à construção que fundamenta a internação a partir da incapacidade civil, vale tecer algumas breves considerações, ainda que o tema exija um maior aprofundamento. A interdição (designada contemporaneamente de curatela) ocupa-se de avaliar a aptidão para atos patrimoniais e não guarda relação com a avaliação da internação. Aqui, a interação entre a saúde presta um serviço importante ao sublinhar que um quadro clínico pode apresentar sintomas e características muito distintos.

Resta superada a equivocada correlação entre o diagnóstico de uma “doença mental” com a incapacidade civil, como já decidiu, inclusive, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (38), assim como estar interditado não é pressuposto nem justificativa para internações, muito menos uma consequência. Tratam-se de projeções distintas. Na compreensão das aptidões e deficiências, abandonou-se o modelo de *status*, que enxerga na doença mental a negação absoluta da vontade, ou mesmo do modelo biomédico que toma a doença como um sinal de anormalidade (39).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As interlocuções entre a saúde e o direito intensificaram-se e são objeto frequente de atenção de ambas as áreas. No campo jurídico, há grande destaque para a “judicialização da saúde”, termo que exige um cuidado por ter múltiplos significados e porque sugere um caráter pejorativo aos pedidos judiciais da saúde, sem levar em conta as falhas e lacunas do sistema.

É preciso, no entanto, diferenciar o diálogo necessário, da apropriação pelo direito de questões da saúde. Não se justifica que a definição sobre a “necessidade”, modalidade e duração de internações forçadas seja fixada segundo parâmetros abstratos do direito criminal, sem qualquer coerência com os protocolos da saúde. Em um momento em que a devida comprovação da eficácia dos tratamentos, da adequação ao paciente singular e a avaliação de custo benefício são requisitos usuais para incorporação e fornecimento de tratamentos, são frequentemente desprezadas na imposição de internação.

É indispensável resgatar a interlocução entre saúde e direito, para que nenhuma das áreas se converta em refém da outra. É evidente a incoerência em afastar a punição, mas tomar o Código Penal como baliza para estabelecer tratamentos. Revela-se urgente uma revisão das violações de direitos humanos nas internações forçadas, inclusive na esfera penal, sob pena da permanência de uma situação de notória e constante violação de direitos humanos. Vale recordar a lição de Guimarães Rosa, “As coisas mudam no devagar depressa dos tempos”.

REFERÊNCIAS

1. Machado D. Sambalelê. Projeto Música Coral no Brasil. Brasília: Fundação Nacional de Arte. Ministério da Cultura [s.d].

2. Sadek MT. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. In Grinover AP, Watanabe K, Organizadores. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense; 2011.
3. Tate CN, Vallinder T. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In The global expansion of judicial power. New York: New York University Press; 1995.
4. Sabino MA. Quando o judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. In Grinover AP, Watanabe K, Organizadores. O controle jurisdicional de políticas públicas. Rio de Janeiro: Forense; 2011.
5. Ferreira CD, et al. O judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso Aids. Prêmio Ipea 40 anos. Brasília: Ipea; 2005.
6. Conselho Federal De Medicina. Diretrizes para um modelo de assistência integral em saúde mental no Brasil. Brasília: CFM, AMB, FENAM, ABP; 2014.
7. Pinheiro CV, Aguiar IM, Mendes LC. O sofrimento psíquico e as novas modalidades de relação entre o normal e o patológico: uma discussão a partir da perspectiva freudiana. Interação em Psicologia. UFPR. 2008;12:299-305.
8. Organização Mundial de Saúde. Relatório Mundial da Saúde. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Lisboa (Portugal): OMS; 2002. p. 97.
9. Silva MV, organizador. A instituição sinistra: mortes violentas em hospitais psiquiátricos no Brasil. Brasília: CFP; 2001.
10. Schulman G. A internação forçada de adultos que fazem uso abusivo de drogas. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro; 2018.
11. Conselho Federal de Psicologia. Inspeções aos manicômios. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP; 2015. p. 152.
12. Organização Mundial De Saúde. Relatório Mundial da Saúde. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Lisboa (Portugal): OMS; 2002. p. 97.
13. Naciones Unidas. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Relatório A-HRC-22-53. ONU: Nova York (Estados Unidos), 1º fev. 2013.[acesso em 20 ago 2017]. Disponível em http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session22/A-HRC-22-53_sp.pdf.
14. World Health Organization. WHO. Policies and practices for mental health in Europe – meeting the challenges. Copenhagen (Dinamarca): WHO; 2008. p. 157.
15. Araujo LA, Ruzyk CE. A perícia multidisciplinar no processo de curatela e o aparente conflito entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil: refle-

xões metodológicas à luz da teoria geral do direito. *Rev de Direitos e Garantias Fundamentais*. Vitória. 2017;18(1):227-256.

16. Brasil.STJ. Habeas Corpus n. 394.072. 6ª. Turma. Relatora Min.^a Maria Thereza de Assis Moura. DJe: 30 mai 2017.

17. Diniz D, Penalva J. Medidas de segurança loucura e direito penal: uma análise crítica das medidas de segurança. (Série pensando o direito, n. 35/ 2011). Rio de Janeiro/ Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça; 2011. p. 13.

18. Conselho Federal De Medicina. Diretrizes para um modelo de atenção integral em saúde mental no Brasil. Brasília: CFM, AMB, FENAM, ABP; 2014. p. 23.

19. ONU. Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. 2012. p. 29.

20. Polo MP Tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales. *Rev de Derecho Privado*. 2005;89(6):82-93.p. 86.

21. Karam ML. Aplicação da pena: por uma nova atuação da justiça criminal. *Rev Brasileira de Ciências Criminais*. 1994;2(6):117-132.p. 124.

22. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apelação n. 25919/2010. Relator Des. Rui Ramos Ribeiro, 1ª. Câmara Criminal, Julgado em 22/03/2011. Diário de Justiça do MT 06 abr 2011.

23. Carrara S. Crime e loucura: o aparecimento do manicômio judiciário na passagem do século. (Coleção Saúde e Sociedade) Rio de Janeiro: EdUERJ; São Paulo: EdUSP; 1998. p. 31.

24. Jacobina PV. Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica. Brasília: ESMPU; 2008. p. 110.

25. Prado AM, Schindler D. A medida de segurança na contramão da Lei de Reforma Psiquiátrica: sobre a dificuldade de garantia do direito à liberdade a pacientes judiciários. *Rev Direito GV, São Paulo, FGV*. 2017;13(2):628-652. p. 632.

26. Organização Mundial de Saúde. Relatório Mundial da Saúde. Saúde mental: nova concepção, nova esperança. Lisboa (Portugal): OMS; 2002. p. 98.

27. São Paulo. Defensoria Pública. Teses institucionais. Execução criminal.[internet]; [acesso em 05 mar 2017]. Disponível em <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=6245>.

28. Mateus MD, Mari JJ. O sistema de saúde mental brasileiro: avanços e desafios. In Mateus MD, organizador. Políticas de saúde mental: baseado no curso políticas públicas de saúde mental, do CAPS Luiz R. Cerqueira. São Paulo: Instituto de Saúde; 2013. p. 20-43.

29. Ribeiro RB, Castellana GB, Quirino C. Atos médicos no cumprimento das medidas de segurança. In Quirino C, Lima MG. Hospital de custódia: prisão sem tratamento – fiscalização das instituições de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado de São Paulo. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; 2014. p. 57-69.
30. Paraná. Justiça Federal do Paraná. Ata da 56ª Reunião do Comitê Executivo Estadual para monitoramento das demandas de assistência à saúde. 29.07.2016. [acesso em 12 out 2016]. Disponível em www.jfpr.jus.br/saude/ata_56.php.
31. Hall W, Carter A. Advocates need to show compulsory treatment of opioid dependence is effective, safe and ethical. *Bulletin of the World Health Organization* 2013;91(2):146.
32. Wang DW, Colucci E. Should compulsory hospitalization be part of suicide prevention strategies? *BJPsych Bulletin*. 2017; 41:169-171.
33. Werb D, et al. The effectiveness of compulsory drug treatment: a systematic review. *The International Journal on Drug Policy*. 2016;28:1-9.
34. Brasil. Ministério Público Federal. Parecer sobre medidas de segurança e hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico sob a perspectiva da lei n. 10.216/2001. Brasília: MPF; 2011.
35. Brasil. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Resolução n. 05/2004. [acesso em 03 mar 2017]. Disponível em www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-05-de-04-de-maio-de-2004.pdf.
36. Dornelles RP. O círculo alienista: reflexões sobre o controle penal da loucura. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília (UnB). Brasília; 2012. p. 134.
37. Palazzo F. *Introduzione al princìpe del diritto penale*. Torino (Itália): G. Giappichelli Editore; 1999. p. 64.
38. Foucault M. Os anormais. Brandão E, tradutor. São Paulo: Martins Fontes; 2001. p. 10-11.
39. Bardaro R, Mapelli Júnior R. Saúde mental – Legislação e normas aplicáveis. In Mateus MD, organizador. Políticas de saúde mental: baseado no curso Políticas públicas de saúde mental, do CAPS Luiz R. Cerqueira. São Paulo: Instituto de Saúde; 2013. p. 376-399. p. 397.
40. Conselho Federal de Psicologia. Inspeções aos manicômios. Relatório Brasil 2015. Brasília: CFP; 2015. p. 37.
41. Toledo LF, Cambricoli F. Justiça mantém internações psiquiátricas mesmo após alta médica e paciente fica até 3 anos. O Estado de S. Paulo. 23 jul 2017.

42. Conselho Nacional de Justiça. Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ. [acesso em 20 abr 2016]. Disponível em www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf.
43. Pavarini M. Il folle che delinque: rapsodia sul margine. *Rivista sperimentale di freniatria*. 2011;135(3):145-154. p. 150.
44. Lemos C. Quatro críticas à medida de segurança: da insegurança da medida à desmedida do sistema. In Miranda AE, Rangel C, Costa-Moura R, organizadores. *Questões sobre a população prisional no Brasil: saúde, justiça e direitos humanos*. Vitória: UFES, Proex; 2016. [recurso digital].
45. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Reforma psiquiátrica e manicômio judiciários: relatório final do Seminário Nacional para a Reorientação dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: Brasília: MS – MJ; 2002. p. 19.
46. Diniz D. A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011. Brasília: Letra Editora Universidade de Brasília; 2013. p. 17.
47. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes x Brasil. 2006. [acesso em 01 fev 2015]. Disponível em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf.
48. Dhanda A. Legal capacity in the disability rights convention strangle hold of the past or lodestar for the future? *Syracuse journal of international law & commerce*. 2007;34:429-462. p. 432.

A Desnecessidade da Cirurgia de Transgenitalização para o Reconhecimento da Alteração do Nome e do Sexo Jurídico Fundado na Universalidade dos Direitos Humanos e Tratamento Institucional Dado ao Tema pelos Poderes Instituídos

Igor Veloso Ribeiro*



Artigo também disponível pelo QR Code ao lado ou *link* <https://goo.gl/3TJ58i>

RESUMO

O presente artigo aborda um dos temas mais atuais e inquietantes para a comunidade científica. O debate perpassa pela interdisciplinaridade para que se possa compreender o fenômeno. Há muito têm-se discutido os direitos da população trans no Brasil, todavia, percebe-se uma flagrante anomia do Poder Legislativo, uma atuação acanhada do Poder Executivo, e um Poder Judiciário atrelado a soluções fundamentadas na biomedicina, porém bastante suscetível aos posicionamentos subjetivos de seus atores. O texto traça um panorama jurídico atual, trata da evolução jurisprudencial, além de refletir sobre as políticas públicas de acesso ao Sistema Único de Saúde e da (in)aplicabilidade do catálogo dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Transgenitalização. Direitos Humanos. Teoria *Queer*.

* CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0613456889548757>. Procurador do Estado de Rondônia. Messtrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Universidade de Rondônia. Especialista em Direito Público pelo Centro Unificado de Teresina. Bacharel em Direito pelo Instituto Camilo Filho. E-mail para contato: igorvelosor@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

Identificar-se ou não com o gênero associado ao sexo biológico que se tem ao nascer é um dos fatores decisórios para uma pessoa assumir uma identidade cisgênero, é dizer, em conformidade com o sexo biológico, ou transgênero, quando destoa do biologicamente definido ao nascer. Uma identidade trans, portanto, é aquela que não se sente confortável com a representação do gênero.

A expressão de gênero traduz a aparência e comportamento do indivíduo conforme a sociedade e de acordo com sua cultura, a identidade de gênero é o modo como o ser se identifica, podendo ou não coincidir com seu gênero biológico. Já a orientação sexual é a atração entre os seres, conceito inteiramente ligado à sexualidade. (1)

O termo transgênero é definido por Butler (2) como referente às pessoas que se identificam ou vivem de acordo com as normas sociais de outro gênero, mas que podem ou não ser submetidas a tratamentos hormonais ou cirurgias de redesignação sexual. O conceito pode também ser utilizado de forma mais ampla para designar pessoas que transitam no gênero, independente de modificação corporal realizada e até desejada, sendo inclusas, em tal conceito, as identidades de transexuais, travestis, não binários e *drag queens*.

Com o passar dos anos, de modo a rever as construções sociais baseadas em critérios puramente biológicos, que carregam consigo a discriminação e o preconceito, surgiu, nos Estados Unidos, a Teoria *Queer*, como tentativa de problematizar as construções naturais e biológicas aplicadas a gênero e sexualidade. É um empreendimento político e teórico destinado à reformulação do discurso, cultura e doutrina jurídica relativos às matérias de especial interesse das minorias sexuais. (3)

Fernandes (4) explica que a abordagem *queer* interessa pela subversão metodológica, tendo em vista a visibilidade dos direitos de homossexualidade e sua sistematização bastante fluida. Com efeito, a teoria *queer* prefere adotar o processo de desconstrução das categorias sexuais, “lançando luz sobre questões como a relação entre a heteronormatividade e sua permeabilidade nas relações de poder nos corpos em jogo em relação à interseção no tocante a códigos raciais, sexuais e de gênero”. Tudo a fim de observar o processo social sob tinteira especial e questionar os poderes que o legitimam.

Em um primeiro momento, o termo *queer* fora utilizado em sua acepção literal, que significa estranho, de modo a ofender os considerados diferentes dos padrões fixos relacionados ao antigo conceito de binarismo sexual, baseado precipuamente na ideia de que as identidades psicológicas em nada se relacionam com a naturalidade do indivíduo. No Brasil, a teoria surgiu no cenário do movimento feminista em 1990, confrontando qualquer padrão normatizador.

Segundo Silva *et al* (5), as pessoas trans são alvo de preconceito, não atendimento de direitos fundamentais e de exclusão estrutural, que se manifestam na dificuldade de acesso à educação, ao mercado de trabalho qualificado, e até ao uso de banheiro, além de sofrerem violências variadas, ameaças, agressões e homicídios.

Cada indivíduo, ao longo de sua vida, irá afirmar ou negar esses papéis que a sociedade impõe. Ademais, o Estado brasileiro ainda não possui leis e políticas afirmativas que consagrem a questão da identidade de gênero de modo satisfatório. “Aqui a lei é o sistema do Direito moderno o qual, obviamente, não vê aquilo que não vê”. (6)

Os direitos da personalidade são inerentes à condição humana, a missão do sistema deveria ser essencialmente a de permitir a realização com dignidade desses direitos. Desiderato que só é adimplido sem discriminação quando a pessoa segue o padrão normativo, desconsiderando-se, assim, as escolhas pessoais e idiossincrasias.

Ao explanar as ideias de Habermas, Jacarandá (7) ensina que um Direito que não conversa com os afetados pela sua incursão não é justo, os operadores do Direito não trabalham para a norma, mas a partir dela. Caso contrário, estarão cada vez mais distantes da laicização do poder. Conclui alertando que o jurista que luta por igualdade e justiça na ambiência estatal requer a salvaguarda fiel dos pilares democráticos, contra o abuso da vontade individual em sobreposição ao respeito e consideração para com o próximo.

2. O ESTADO BRASILEIRO E A (IN)APLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

A cirurgia de transgenitalização foi, até o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4572, condição necessária para o reconhecimento do sexo jurídico, sendo a via judicial a única possível para a consecução do desiderato. Outrossim, verifica-se a inaplicabilidade dos Direitos Humanos pelo Poder Judiciário, que insiste em fundamentar suas decisões em critérios biomédicos (8), sem enfrentar e debater devidamente a incidência dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminação odiosa, da proteção à imagem, à privacidade e à honra. A jurisprudência pátria tem caminhado no sentido de ser necessária a intervenção médica para alteração da constituição física do indivíduo trans, devendo ser observadas evidências significativas de transexualidade, cuja prova advém de atestados de patologia emitidos por psiquiatras que devem indicar algum tipo de desvio de gênero (9).

É possível vislumbrar, então, que o Poder Judiciário desconsidera quase por completo o teor humanitário dos direitos fundamentais, constitucional e internacionalmente garantidos, visualizando a questão trans apenas pelo viés patológico e determinista biológico, de forma que sua atuação utiliza o teor de discursos hegemônicos e revestidos de legitimidade para realizar a modelagem e controle dos corpos, dividindo-os em corpos normais e corpos anormais, situação esta descrita por Foucault (10) como disciplinarização de corpos.

Numa análise breve da jurisprudência pátria, resta demonstrado que o Direito age essencialmente na construção ideológica do que seriam corpos saudáveis e corpos anormais, normatizando e mantendo as delimitações do que significa “ser homem” e “ser mulher”, de acordo com o discurso médico sobre o assunto, baseando-se em laudos psiquiátricos e exigindo a intervenção cirúrgica para alteração dos órgãos geni-

tais como comprovação da extensão da patologia (9). Evidencia-se a importância que o Poder Legislativo exerce na questão, haja vista que a anomia acentua o problema de marginalização da população transexual, institucionalizando a invisibilidade.

Não se questiona que o Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016, ao permitir o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas trans no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, proporcionou melhorias à garantia da autonomia moral e dignidade humana das pessoas trans que não realizaram a indigitada cirurgia, todavia, não resolveu o problema do estigma, vez que não há a alteração do sexo jurídico capaz de preservar adequadamente o indivíduo.

Entrementes, muito pouco adiantaria o ordenamento assegurar a mudança do nome jurídico do indivíduo e não de seu sexo, tal conflito é, inclusive, facilitador dos problemas que assombram essa parte da população. O procedimento de redesignação sexual – transgenitalização – é permitido no Brasil, pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), e disciplinado pela Resolução n. 1.652/2002, que implica na ablação e construção de órgãos e tratamentos hormonais para reversão das características sexuais com a qual nasceu para a do sexo oposto. Paralelamente, existe a Resolução n. 12, de 16 de janeiro de 2015, do Ministério de Direitos Humanos, tratando acerca do Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, onde prevê as mínimas orientações para garantia das condições de acessibilidade de tais indivíduos ao sistema educacional, orientando o reconhecimento de sua identidade de gênero e operacionalização.

Em busca no sítio eletrônico do Governo do Brasil (2018), há a confirmação de que o SUS oferece o procedimento cirúrgico sem ônus ao paciente desde as publicações das Portarias n. 457/2008 e Portarias n. 2.803/2013. Até 2014, foram realizados 6.724 procedimentos ambulatoriais e 243 procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados no processo transexualizador do SUS, inclusive a redesignação sexual de mulher para homem. São cinco os centros hospitalares que fornecem o procedimento cirúrgico, cuja localização encontra-se em Goiânia, em Porto Alegre, em São Paulo, no Rio de Janeiro e no Recife. Os dados do SUS indicam ainda que, apesar de ser uma cirurgia disponível, continua inacessível na medida em que o procedimento em xeque é classificado como cirurgia plástica ou experimental. (8)

A demanda é maior que a resolutividade, além do alto custo do tratamento e de transporte do paciente, que, na maioria das vezes, se submete ao Tratamento Fora do Domicílio – TFD. Questiona-se, então, se as políticas públicas praticadas no âmbito do SUS estão alinhadas com os Direitos Humanos e a tutela de minorias. No entanto, o reconhecimento e atuação do Estado brasileiro têm-se mostrado insuficientes para alteração da herança de mais de cinco séculos de injustiça. Para suscitar uma mudança, segundo Deluchey (11): “em vez de esperar que os governos articulem direitos e políticas (públicas) em nome de um amanhã que nunca se faz presente, é necessário mobilizar-se hoje, caso se queira retomar os caminhos da universalidade e da igualdade [...]”.

A cirurgia de transgenitalização não deve transpor a autonomia do indivíduo de autoafirmação da identidade de gênero perante a sociedade. Tampouco, submetê-lo à mutilação da genitália para adequação, perante a lei, de sua identidade. O que nos remete ao rol de direitos e garantias encartados nos seguintes dispositivos da Carta Magna patrícia: art. 1º, III (dignidade da pessoa humana); art. 3º, IV (vedação de condutas odiosas); art. 5º, *caput* (igualdade); art. 5º, X (intimidade, vida privada, honra e imagem); dentre outros.

Segundo a Declaração Universal de 1948, dar efetividade a esses direitos apenas dependeria de um ajustamento dos ordenamentos jurídicos nacionais, e da formulação e implementação “progressiva” de políticas públicas a permitir a efetiva garantia e proteção dos direitos em pauta. Nesta ótica, as conquistas sociais não seriam fruto da luta política, mas o resultado de um esforço comum e “progressivo” de uma grande família humana unida por natureza, dotada de “direitos iguais e inalienáveis”, configurando, assim, um consenso e uma solidariedade universais. (11)

Os indivíduos trans enfrentam um processo excludente desde a infância em todas as ambiências sociais. Ao garantir-se o direito de retificação do sexo jurídico, abandonando-se os critérios biomédicos e evocando-se a ordem jurídica protetiva dos Direitos Humanos, diminuir-se-ão os múltiplos preconceitos e constrangimentos causados pela não compatibilidade de identidade de gênero com o sexo jurídico contido nos documentos oficiais, conferindo-lhes visibilidade social.

Atualmente, a transexualidade é ainda classificada como uma espécie de transtorno de gênero pela Organização Mundial de Saúde (OMS), fato que nas lições de Bento (12):

Definir a pessoa transexual como doente é aprisioná-la, fixá-la em uma posição existencial que encontra no próprio indivíduo a fonte explicativa para os seus conflitos, perspectiva diferente daqueles que a interpretam como uma experiência identitária, é um desdobramento inevitável de uma ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo.

A perseguição pela despatologização institucional da transexualidade, alocando o problema como sendo direito à autodeterminação de gênero, indo muito além de características biológicas ou culturais previamente definidas, é fundamental para a questão da visibilidade e da inclusão.

Ao trabalhar com a liberdade de planos de vida na teoria milliana, Secco assevera que:

A força participativa e transformadora que encontramos no indivíduo só pode se manifestar pela liberdade de determinar o modo como viver, e tal força anima a sociedade, e faz permanecer em pleno desenvolvimento, progredindo cada vez mais, e vendo incrementados os tipos e a quantidade de felicidade e bem-estar. (13)

Vale mencionar, ainda, que a segregação existente entre as minorias não se dá apenas na relação delas com o mundo externo, entre si, classes como mulheres, negros, indígenas, homossexuais, travestis e transexuais não se inter-relacionam, havendo uma exclusão entre estes (14), fator que dificulta a elaboração de novas políticas afirmativas de inclusão.

Conforme ideia proposta por Silveira *et al*:

agregar a noção de interseccionalidade dos marcadores raciais e étnicos na constituição de múltiplas violações de direitos é imprescindível para práticas jurídicas e psicológicas que problematizem a desigualdade material no acesso à justiça, bem como no acesso aos equipamentos de saúde. (15)

Aqueles que são postos à margem tornam-se uma questão a ser trabalhada em todas as esferas de Poderes do Estado. “Enquanto estão na antessala da lei, o Direito não os vê. Quando eles cruzam a soleira da porta da lei o Direito os constrói como sua realidade. Como realidade do Direito, não como realidade no sentido comum do termo. (6)

Face a esta invisibilidade, o fato de que se trata de não pessoas em não lugares, os Direitos Humanos são a ferramenta a ser utilizada como perspectiva de melhoria. Compreende-se que o direito de autodeterminação e individualidade deve promover uma abertura no que concerne à ressignificação da experiência transexual.

Os indivíduos trans carregam consigo diversos grupos de pertencimento, muitas vezes considerados pessoas desviadas, anormais, excêntricas. Estes indivíduos colocam em questão as práticas sociais impostas aos corpos enquanto estratégias de poder que supervalorizam a identidade masculina, branca e heterossexual, enquanto identidade sólida e referência confiável em detrimento do feminino.

Devido a toda dificuldade de aceitação de que o corpo é um atributo de livre mudança por parte de quem o é, qualquer transformação por que passam os travestis e transexuais traz consigo a triste realidade de não aceitação familiar, dificuldade de convivência em locais públicos, acesso aos serviços de saúde, políticas públicas diante do retrógrado conceito de binarismo sexual, o que implica em reverberações sociais excludentes e muitas vezes intransponíveis.

A família, em primeiro momento, acaba por ser o primeiro grupo que promove a exclusão, deixando o indivíduo frágil e vulnerável. A realidade é exposta nas lições de Peres (16), onde aduz que muitos travestis são alvo de agressões físicas e verbais ainda no seio familiar, com a posterior saída de casa, tendo que recorrer a “estranhos” em busca de serem acolhidos.

A escola é outra ambiência de segregação. O medo e a insegurança são sentimentos que muitas vezes impedem os travestis e transexuais de frequentar o ambiente de ensino. O ambiente, que deveria ser de proteção, ao passo que defende a boa convivência e o respeito mútuo, reproduz regras e padrões heteronormativos que geram e retroalimentam a exclusão. (17)

Como alternativa à violência sofrida no seio familiar e no ambiente escolar, muitas vezes os travestis e transexuais acabam por escolher a rua como local acolhedor, que se torna um espaço receptivo, que apesar dos riscos, possibilita a construção de uma rede de apoio social onde todos têm algo em comum: a vulnerabilidade.

Além do acolhimento, podem encontrar um local de trabalho, sendo a prostituição um problema social que é demasiadamente presente entre travestis e transexuais desde muito cedo. A rua os proporciona um local de prazer e aceitação. (18)

A relação do Estado com esses indivíduos tão vulneráveis é insatisfatória, pois as políticas públicas possíveis devem ser construídas com o auxílio dos interessados. Fortalecendo as conexões entre os atores, favorecendo a autonomia e o empoderamento, além de conferir maior efetividade. Para as situações já recorrentes, a base social deve sempre ser revista de modo a desconstruir os conceitos e pré-conceitos já existentes.

Noutro giro, a centralidade do Poder Judiciário compõe as demandas dos movimentos trans nos debates internacionais e nacionais para o reconhecimento da diversidade de gênero (19). A incorporação da luta por reconhecimento da identidade de gênero a partir da estratégia judicializada vem sendo compreendida, como destaca Bento (20), como uma forma de criar uma situação jurídica que visibiliza demandas da população trans, tornando-a legível. (21)

Em 2015, a Suprema Corte de Cassação da Itália decidiu que, para mudar de sexo jurídico, o transexual prescinde da transgenitalização. Basta comprovar que se sente de um gênero diferente do seu corpo. No Direito Comparado, existe o reconhecimento dos direitos dos transexuais, seja por via administrativa, judiciária ou legislativa. As legislações sueca, alemã, holandesa, italiana, espanhola, britânica, uruguaia e de alguns estados no Canadá e nos Estados Unidos consagram os direitos dos transexuais. Igualmente, o reconhecem, por outras vias, Dinamarca, Finlândia, Noruega, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Turquia, Portugal, França, Peru e Colômbia, entre outros. (22)

No Brasil, o tema foi enfrentado na I Jornada de Direito Sanitário do Conselho Nacional de Justiça, que aconteceu em maio de 2014. Na oportunidade, foi proposto um único enunciado para apreciação do Grupo de Trabalho de Bioética que contemplava a alteração do nome jurídico sem a necessidade da cirurgia de transgenitalização, para tanto, todavia, exigia a mesma para o reconhecimento e retificação do sexo jurídico.

Os debates na indigitada mesa giraram em torno do conflito aparente de princípios e normas de Direitos Humanos afetos à dignidade da pessoa humana. Após calorosas discussões, o enunciado proposto foi desmembrado em dois e levado à apreciação da plenária, sendo aprovados alfim, fato que, por si só, representou um importante avanço. São eles:

ENUNCIADO n.42: Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil.

ENUNCIADO n. 43: É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.

Com efeito, há muito discute-se a possibilidade da mudança de nome antes ou até mesmo sem que seja necessária a cirurgia de mudança de sexo. O Supremo Tribunal Federal (STF) posterga o julgamento do Recurso Extraordinário (RE 670422), com repercussão geral, que discute se os transexuais têm direito de mudar o nome no registro de nascimento, mesmo que ainda não tenham-se submetido à cirurgia de redesignação sexual. Na sessão do dia 22.2.2018 (DJE. n. 248/2017, divulgada em 27/10/2017), o pedido de vista do ministro Marco Aurélio suspendeu novamente o julgamento pelo Plenário do STF.

Até o momento, votaram o relator do processo, ministro Dias Toffoli, os ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso e a ministra Rosa Weber, todos pelo provimento do recurso. Para os ministros, comprovada judicialmente sua condição, o transexual tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização.

Ao iniciar o seu voto pelo provimento do recurso, o ministro Dias Toffoli asseverou que, para a preservação da personalidade, é mister afastar qualquer obstáculo que importe em tolhimento ao exercício da liberdade de escolha de identidade, orientação e vida sexual. Para o ministro, a Constituição veda tratamento jurídico discriminatório sem razoabilidade e proporcionalidade, destacou que o caminho apontado no acórdão do TJ-RS, qual seja, a anotação do termo “transexual” nos assentamentos pessoais, não preserva a dignidade do indivíduo e causa efeitos nefastos ao não afastar a discriminação, a exclusão e a estigmatização social.

Dias Toffoli continuou explicando que a retificação do prenome e do sexo jurídico, como se extrai do regime jurídico registral vigente (artigos 98 e 99 da Lei 6.015/1973), depende de decisão judicial, adotando-se o procedimento de jurisdição voluntária. “Não se trata de retificação de registro, mas de averbação de decisão judicial de natureza declaratória essencialmente constitutiva do aspecto registral”, esclareceu. Registrou, ainda, que a averbação deve ser sigilosa, a preservar a intimidade e honra. Ao fim, propôs a seguinte tese de repercussão geral:

O transexual, comprovada judicialmente sua condição, tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, independentemente da realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, com a anotação de que o ato é realizado por determinação judicial, vedada a inclusão do termo transexual. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial. A autoridade judiciária determinará, de ofício, ou a requerimento do interessado, a expedição de mandados específicos para alteração

dos demais registros dos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem do ato.

A tendência evidenciada pelos votos e manifestações dos ministros e dos amigos da Corte no Plenário do Supremo Tribunal Federal, de que a abordagem biomédica deve ser avaliada pelo Poder Judiciário, em concomitância com a autonomia volitiva da autodeterminação da identidade de gênero e orientação sexual, trará contribuições para o implemento de políticas afirmativas para assegurar o direito da persecução da felicidade da pessoa trans, além de trazer novas reflexões sob a perspectiva político-social e familiar da pessoa trans na contemporaneidade, fortalecendo a proteção regional e nacional.

Na tarde de 1º.3.2018, o STF, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ADI n. 4.275, para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia.

O Brasil inaugurou um novo tempo. Decerto que a uniformização da jurisprudência e o precedente firmado diminuirão o constrangimento inequívoco de ter que passar por toda *via crucis* processual, submetida a uma multiplicidade de discursos e crenças, na maioria das vezes imparciais e que refletem o padrão heteronormativo, hierárquico e colonial, para alcançar o desiderato que é a efetiva proteção do Estado.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Preconceito pode ser conceituado como o conjunto de atividades que provocam, favorecem ou justificam medidas de discriminação. A sua manifestação, por sua vez, termina por contribuir para a hegemonia de determinado grupo em posição privilegiada, à custa dos participantes do grupo de comparação, que são julgados não por seus méritos, mas por qualidades atribuídas a falsos argumentos. Tais tratamentos desiguais consistem na negação de direitos humanos básicos, com base em determinados traços identitários percebidos como inferiores.

O Estado deve estar apto a compreender esses mecanismos de violação seletiva de direitos e instrumentalizar o acesso ao catálogo de Direitos Humanos preservando a dignidade da pessoa humana. O caminho é árduo e incessante, vez que os padrões de poder experimentados pela sociedade contemporânea datam desde a modernidade e definem a cultura, o trabalho, as relações intersubjetivas e até a produção de conhecimento.

Os Direitos Humanos penam em sair da abstração e serem efetivamente garantidos, o que provoca uma ânsia para a judicialização. Todavia, é fundamental transpor o acesso ao direito-garantia para sua concreção. Urge realizar uma releitura politicamente mais engajada do princípio da igualdade de todos, reconhecendo-se que não existe consenso, é dizer, assumir uma construção política capaz de realocar a tolerância e a tutela de minorias.

Destarte, não é o Poder Judiciário o único caminho possível para o exercício de tais garantias. O problema do acesso deve ser enfrentado por todos em todas as ambiências. A luta pelo reconhecimento da possibilidade de existência digna da pessoa trans não é diferente da luta de todas as outras minorias, sejam mulheres, negros, índios.

No intento de avançar na consecução de mais direitos e de impô-los na *práxis* cotidiana, devem-se buscar os Direitos Humanos segundo as lições de Deluchey (11), “onde eles não estão sendo esperados, onde eles não estão postos à vista, no desentendimento capaz de refundar a nossa universalidade”.

O desenvolvimento e implementação de políticas públicas interseccionais inclusivas, sem desconsiderar a participação da população diretamente interessada, é fundamental para a visibilidade trans, máxime no âmbito do Poder Executivo, vez que é com o aparato executivo que todos os cidadãos têm maior contato com o Estado, e é nele que, bem das vezes o cidadão é mais rechaçado.

A mudança de paradigma jurisprudencial pelos Tribunais de superposição no Brasil inaugura um novo tempo, a exigir de todos os agentes um olhar sensível e tolerante.

REFERÊNCIAS

1. Silva RG, *et al.* Os impactos das identidades transgênero na sociabilidade de travestis e mulheres transexuais. São Paulo. Rev. Ter. Ocup. Univ. 2015;26(3):364-72.
2. Butler J. *Undoing gender*. New York: Routledge; 2004.
3. Valdes F. Afterword & Prologue: *queer legal theory*, 83. Cal. L. Ver. 1995; p. 344.
4. Fernandes ER. *Decolonizando sexualidades: enquadramentos coloniais e homossexualidade indígena no Brasil e nos Estados Unidos*. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Universidade de Brasília. Brasília; 2015. p. 383.
5. Silva RG, *et al.* Os impactos das identidades transgênero na sociabilidade de travestis e mulheres transexuais. São Paulo. Rev. Ter. Ocup. Univ. 2015;26(3): 364-72.
6. De Giorgi R. Por uma ecologia dos direitos humanos. Fortaleza. R. Opin. Jur 2017;15(20): 324-40.
7. Jacarandá R de F. O desafio da democratização das relações sociais no Brasil. *Revista da Escola Judiciária Eleitoral de Rondônia*. 2014;1:14-24.

8. Lima LF. A “verdade” produzida nos autos: uma análise de decisões judiciais sobre retificação de registro civil de pessoas transexuais em tribunais brasileiros. São Paulo. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Orientadora Laura Moutinho; 2015. p.185.
9. Teixeira RR, *et al.* O Direito engendrando identidades trans: análise dos votos de indeferimento da retificação de registro civil no TJRS. *Revistas Sociais & Humanas CESH/UFSM*. 2017;30(20).
10. Foucault M. História da sexualidade i: a vontade de saber. Albuquerque MTC. Tradutor. 19 ed. Rio de Janeiro: Graal; 2009.
11. Deluchey JF. Os direitos humanos entre polícia e política. Rio de Janeiro. *Rev Direito e Práxis*. 2017;8(1):196-228.
12. Bento B. O que é transexualidade. São Paulo: Editora Brasiliense; 2008.
13. Secco M. Pensando limites à liberdade de expressão. In xii Corredor de Ideias: nosso rosto latino-americano. 2014. Porto Alegre. *Anais xii Corredor das Ideias*. Porto Alegre: Oikos Editora; 2011. p.1015-1028.
14. Oliveira MRG. O diabo em forma de gente: (r)existência de gays afeminados, viados e bichas pretas na educação. Curitiba. vol. 1. 2017.
15. Silveira RS, *et al.* Interseccionalidade gênero, raça e etnia e a lei Maria da Penha. *Psicologia & Sociedade*. 2014;26 (n. spe.):14-24.
16. Peres WS. Cenas de exclusões anunciadas: travestis, transexuais, transgêneros e a escola brasileira. In Junqueira RD, organizador. *Diversidade sexual na educação: problematização sobre a homofobia nas escolas*. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetizada e Diversidade. Brasília:UNESCO; 2009. p. 235-63.
17. Oliveira RM. Isto é contra a natureza? decisões e discursos sobre conjugalidades homoeróticas em tribunais brasileiros. Florianópolis. Tese [Doutorado em Ciências Humanas]. Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal de Santa Catarina. 2009. p. 256.
18. Monzeli GA. Em casa, na pista ou na escola é tanto babado: espaços de sociabilidade de jovens travestis. [Dissertação]. São Carlos. Universidade Federal de São Carlos; 2013. [acesso em 12 fev 2018]. Disponível em encurtador.com.br/mwOR4.
19. Suess A. Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex. *Revista de Estudios Sociales*. 2014;4.
20. Bento B. A reinvenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual. Rio de Janeiro; 2006.

21. Scott JC. Seeing like a state: how certain schemes to improve the human condition have failed. Nova Haven: Yale University Press; 1998.

22. Araújo SA. Transexuais: direito à redesignação do estado sexual e a identificação social. Brasília: Conteúdo Jurídico; 2017.[internet]; [acesso em 12 fev 2018]. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589429&seo=1>.

Direito Sanitário da População Transgênero: uma Construção Contemporânea

Aline Fabiana de Castro¹
Sílvia Badim Marques²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/7a79uJ>

RESUMO

O presente artigo busca aproximar o direito sanitário das questões relacionadas à população transgênero no Brasil, buscando a compreensão das identidades e da violência cometida contra essa população, bem como de que forma se inserem as demandas biopsicosociais desses indivíduos perante o Sistema Único de Saúde, com base nos princípios e diretrizes desse sistema. Objetiva, também, aproximar a compreensão do direito sanitário e sua relação com o gênero para o exercício desse direito em fóruns de participação popular e perante o sistema de justiça.

Palavras-chave: Direito à saúde. Transgênero. Sistema de Justiça.

¹ CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1855175458697474>. Professora Universitária e Jornalista. Graduada e Mestre em Comunicação Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Universidade Paulista. E-mail para contato: alinefabi@msn.com

² CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3669631476913938>. Professora Adjunta da Universidade de Brasília, Faculdade de Ceilândia. Coordenadora dos Direitos das Mulheres da Diretoria da Diversidade da Universidade de Brasília. Mestre e Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo. E-mail para contato: sbadim@unb.br

1. INTRODUÇÃO

O debate sobre direitos civis, políticos e sociais para as chamadas minorias identitárias (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais-Travestis-Transgêneros e Interse-xos-LGBTI) tem ganhado espaço no cenário político, sobretudo no aspecto do direito à saúde.

No entanto, pessoas transgênero (travestis e transexuais) estão entre as mais vulneráveis à violência de gênero no Brasil, o que demonstra que o direito sanitário merece se debruçar sobre as questões que envolvem a garantia da saúde da população transexual, de forma harmônica com os princípios e diretrizes do SUS e as políticas públicas já instituídas em prol dessa população.

Como destaca Faria (1), os direitos sociais e a complexidade das questões que envolvem a garantia desses direitos na contemporaneidade “estão modificando as formas e práticas jurídicas e, com isso, afetando radicalmente a estrutura, a funcionalidade e o alcance do direito positivo”.

Especificamente em relação ao direito social à saúde, temos que o exercício deste direito está intrinsecamente relacionado à elaboração de políticas de saúde e à prestação de serviços públicos de saúde, que por sua vez são permeados por questões de ordem política, social, econômica e técnico-científica.

A elaboração de uma política pública de saúde demanda uma série de conhecimentos e questões que ultrapassam, e muito, os limites do campo jurídico, tal como este está hoje disciplinado em nossa sociedade.

A saúde é tema que extravasa a sua própria disposição política. Encapsular saúde em um só Ministério ou ação governamental é fugir da amplitude deste objeto de atuação governamental.

Concebida, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), como o “completo estado de bem-estar físico, social e mental”, e disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro como direito integral de todos e dever do Estado, a saúde é tema complexo, que demanda atuações estatais de diversas frentes. (2)

Garantir saúde é, portanto, garantir desde o acesso a medicamentos, cirurgias, internações, próteses, tratamentos dentários, até o direito de não adoecer pelo consumo de quaisquer alimentos ou medicamentos, de viver e trabalhar em ambientes saudáveis e de ser alcançado por ações de promoção de saúde, como a promoção ao aleitamento materno.

Esses são exemplos breves que ilustram o vasto campo de políticas e programas de saúde que devem ser objeto de atuação do Estado brasileiro, como parte de seu dever de garantir saúde a todos os cidadãos.

E que, por consequência, demandam planejamentos políticos, recursos públicos, estrutura física e de recursos humanos, regulação de mercado, entre outras variáveis.

Percebe-se, portanto, que são diversos os elementos estranhos ao sistema jurídico que perpassam a garantia do direito à saúde. E, também, diversos os saberes que se interligam com os saberes jurídicos para a garantia deste direito vultoso e tão caro a toda a sociedade brasileira.

Em relação à população transexual, que possui características e necessidades específicas, que vão desde elementos sociais e culturais até elementos biomédicos, revela-se fundamental conhecer e incorporar esses elementos na reinvidicação do direito à saúde, bem como na elaboração e execução de políticas voltadas ao cuidado de saúde dessa população.

2. VIOLÊNCIA DE GÊNERO, TRANSEXUALIDADE E DIREITO À SAÚDE

De acordo com a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), uma rede que articula mais de 200 instituições em território nacional, somente em 2017, ocorreram 179 assassinatos de pessoas transgênero e travestis. Ocorre que estes números são subnotificados, uma vez que não há uma tipificação específica para este tipo de crime. (3)

Para Bento (4), a violência que acomete a população trans pode ser chamada de transfeminicídio, pois se trata da desvalorização social do feminino, quando “encarnado em corpos que nasceram com pênis, há um transbordamento da consciência coletiva que é estruturada na crença de que a identidade de gênero é uma expressão do desejo dos cromossomos e dos hormônios”, e que “não existe aparato conceitual, linguístico que justifica a existência das pessoas trans” (s/p) (4).

O Brasil lidera o *ranking* de violência contra transexuais e travestis e, ainda de acordo com a autora, o transfeminicídio “se caracteriza como uma política disseminada, intencional e sistemática de eliminação da população trans no Brasil, motivada pelo ódio e nojo”. (4)

No cenário de violência contra pessoas LGBT, a população trans – adotaremos a denominação “pessoas trans” para designar transgêneros, travestis e transexuais – é certamente o alvo mais marcado de acordo com os dados estatísticos da ONG Internacional Transgender Europe. Além disso, os relatórios da ONG demonstram que se trata de crime de ódio, de maior gravidade, lesões corporais e requintes de crueldade. Infelizmente, o Brasil é o país onde há o maior extermínio da população transexual e travesti. (5)

De acordo com Castro (6), a violência contra esta população é evidenciada na mídia sem o menor respeito por suas identidades femininas. Sua luta pelo reconhecimento de acordo com o gênero que se identificam é negada até a morte. “Há um processo contínuo de esvaziamento e apagamento da pessoa assassinada” (4-6).

Além disso, é importante ressaltar que a violência advém do gênero, ao contrário do que reforçam aqueles que apontam para a sexualidade da vítima. O caráter

político das identidades de gênero instaura a face complexa do reconhecimento social, bem como o trânsito destes corpos em espaço público. Outra questão adjacente é a morte ritualizada. Trata-se de assassinatos com características de crueldade e perversão. Dezenas de facadas, tortura, desmembramento da face, do corpo, golpes fatais. No entanto, além dos processos criminais não serem instaurados, aqueles que o são, não são apurados. O índice de resolução dos casos de transfeminicídio é ínfimo. A impunidade e o esquecimento por parte da família da vítima formam um quadro em que o luto ou a melancolia não reclamam estes corpos. (3)

É preciso localizar, nestes fatos, que quando acionamos a categoria de análise gênero para melhor compreendê-los, fica clara a necessidade de ampliação do debate sobre as demandas da população trans.

De acordo com a OMS, a transexualidade é um tipo de transtorno de identidade de gênero presente em sua lista de doenças mentais. A patologização das vivências transexuais e as diretrizes médicas do que seria um “transexual verdadeiro”, legitimam determinado tipo de identidade transexual passível de reconhecimento e intervenção médica. (2)

O diagnóstico de transexualidade fundamenta-se, majoritariamente, na investigação das narrativas da infância do indivíduo e no indício do desejo de ser reconhecido por outro gênero de forma consistente ao longo da vida. O parecer positivo do diagnóstico permite a candidatura aos diversos procedimentos ambulatoriais e hospitalares disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS).

Os documentos de referência do saber-médico DSM-V, CID-10 e SOC, constroem um discurso de “transtorno” em relação às pessoas transexuais. No SOC7, fala-se do “transexual verdadeiro”, aquele que teria sua disforia resolvida mediante cirurgia de redesignação sexual (7). O DSM-V8 não estabelece a mesma importância para a cirurgia e é mais focado no diagnóstico ou nas “manifestações” da disforia nos períodos da infância, adolescência e vida adulta. Por fim, o CID-109 caracteriza a “doença” e convencionou alguns códigos internacionais utilizados no universo da medicina.

Desde a publicação do livro “O fenômeno transexual” de Harry Benjamin em 1966, a discussão acerca da transexualidade ganhou visibilidade no meio científico (8). A intenção do pesquisador era de fornecer as bases para o diagnóstico do “transexual verdadeiro” e a padronização de um perfil de candidatos (as) à cirurgia de transgenitalização. O critério mais relevante para a veracidade do diagnóstico estaria nos discursos confessionais de repulsa à própria genitália ao longo da vida.

Foi um longo caminho para que a transexualidade se diferenciasse da homossexualidade, passando para a categoria de “disforia de gênero”, termo fundado por John Money em 1973 após o primeiro congresso da Associação Harry Benjamin - Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association (HBI-GDA). Em 1980, a inclusão da transexualidade no Código Internacional de Doenças (9) e no Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM-3, resultou em uma série de critérios diagnósticos para o tratamento da “patologia”.

A defesa do dimorfismo presente na DSM-4, amplamente discutida por Bento e Pelúcio (10), nos esclarece alguns pontos importantes do dispositivo da transexualidade presente no discurso médico:

As performances de gênero, a sexualidade e a subjetividade são níveis constitutivos da identidade do sujeito que se apresentam colados uns aos outros. O masculino e o feminino só se encontram por intermédio da complementaridade da heterossexualidade. Quando há qualquer nível de descolamento, deve haver uma intervenção especializada, principalmente de algum especialista nas ciências psi, para restabelecer a ordem e a “coerência” entre corpo, gênero e sexualidade. É esse mapa que fornecerá as bases fundamentais para a construção do diagnóstico de gênero. (10)

A tipificação dos diversos “transtornos de identidade de gênero” se articulam em prol da heterossexualidade compulsória, que pretende conformar sexo genital, desejo, gênero e práticas sexuais (11). É neste contexto, que o saber médico atua decidindo a veracidade da transexualidade dos sujeitos e o futuro de suas identidades. É neste ponto, de acordo com Bento, que as estratégias de negociação entre transexuais e equipe médica se dá, “estratégias de simulação que lhes possibilitam sobreviver nos campos sociais fundamentados na heteronormatividade”(12). Estas estratégias possibilitam “construir narrativas adequadas às expectativas da equipe” (4).

De acordo com Castro, as identidades trans são múltiplas e as categorias travesti e transexual não se conformam de forma consubstanciada. “A multiplicidade das vivências no universo trans, abarca uma diversidade de práticas e visões de mundo”. (6)

Nesse sentido, uma mulher designada homem ao nascer, mas que se identifica com o gênero feminino e se reconhece como mulher, pode ser denominada transexual ou travesti, independente do indivíduo ter-se submetido às intervenções médicas para adequar seu corpo à sua identidade.

Por outro lado, temos o homem transexual. Trata-se de um indivíduo que foi designado mulher no nascimento, mas que se identifica com o gênero masculino em toda sua vivência corporal, psíquica e social. Existem, ainda, outras categorias de identidade de gênero que não se conformam, necessariamente, ao gênero feminino ou masculino. As pessoas que se denominam não binárias reivindicam este lugar mais fluido de vivência do masculino e do feminino, sem conformarem-se a um único gênero. No entanto, estes indivíduos, mesmo não binários, podem utilizar de hormonização para adequarem seus corpos às suas identidades.

Destaca-se que a identidade de gênero não se configura como mera performance ou vestimenta social. Ela é, de fato, a identidade de ser e estar no mundo, em todas as dimensões biopsicosociais.

O termo “transexual” aparece no Brasil com a repercussão da primeira cirurgia de transgenitalização realizada pelo médico Dr. Farina em 1980. Os holofotes da mídia, a opinião pública e acadêmica inauguraram o debate a respeito da legalidade do proce-

dimento e sua regulamentação por parte dos órgãos competentes. Entretanto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM no.1.482), de 1997, autoriza a realização da cirurgia de transgenitalização, visando à construção da neovagina, a hormonoterapia e o procedimento sobre gônadas. Até então, para a realização do tratamento era necessário receber o diagnóstico de “disforia de gênero” diante da junta médica. (12)

Todavia, há uma construção ao longo dos anos sobre o processo transexualizador, impulsionada pelo próprio movimento de pessoas transexuais, que extrapola sobremaneira as cirurgias e o conceito de disforia de gênero.

As pessoas que se autoidentificam como transexuais ou travestis podem não requerer a cirurgia de transgenitalização, mas demandam por outros procedimentos de alteração de caracteres sexuais em seu corpo (como a hormonização, implante mamário, etc.), ou ainda, acompanhamento psicológico devido à dimensão negativa que encontram na sociedade, que insiste, ainda, em negar suas indentidades e reiterar violências. É importante considerar que cada indivíduo transexual tem sua própria demanda e necessidade de saúde, devendo ser, sempre, respeitadas suas dignidade e identidade em todos os aspectos do seu cuidado à saúde.

Neste sentido, o direito sanitário aparece como campo do conhecimento capaz de abrigar as reivindicações e a construção de direitos da população transexual, uma vez que tem como princípios a Universalidade e a Equidade em saúde. E, ainda, segue a diretriz da integralidade e da participação social em saúde, o que nos leva à constatação de que a população transexual tem direito universal à saúde perante o Estado brasileiro, que deve elaborar políticas e prestar serviços de saúde condizentes com as suas necessidades, de forma integral, ou seja, em todos os níveis de complexidade do sistema.

O direito à saúde possui um caráter público indissociável, na medida em que é um direito social e um direito público subjetivo, que deve voltar-se à garantia coletiva, através da prestação de serviços e elaboração de políticas públicas voltadas ao atendimento das necessidades de saúde de toda população, de acordo com as especificidades de grupos distintos, e também, é capaz de ser exercido individualmente.

O direito à saúde da população transexual configura-se, portanto, como um direito relacionado a um grupo com vulnerabilidade específica, que merece tratamento próprio e adequado a todo contexto sanitário e social que envolve essa população. Como salientam Miranda e Lacerda (13), foi a partir do início da década de 1990, com as pesquisas em torno da Aids, que se introduziu na área da saúde o conceito de vulnerabilidade, que passou a ser estendido para diversos grupos que demandam ações específicas devido a sua posição social, especificidades culturais, étnicas ou, ainda, de saúde.

A vulnerabilidade caracteriza-se, segundo Lopes (14), como o conjunto de aspectos individuais e coletivos relacionados ao grau e modo de exposição de um determinado grupo a uma dada situação, capaz de afetar sobremaneira sua saúde e suas condições de vida, sem que haja acesso aos recursos adequados para se proteger das consequências indesejáveis daquela situação.

Ou seja, para que os grupos em situação de vulnerabilidade tenham seus direitos à saúde garantidos, é preciso que o Estado implemente políticas e preste serviços específicos, capazes de sanar a condição de vulnerabilidade, sem a qual não há êxito possível para a eficácia desse direito.

No caso da população transexual, resta clara a condição de vulnerabilidade deste grupo e a necessidade de que o SUS implemente políticas de saúde que considerem todos os aspectos biopsicossociais dessas pessoas, começando por reconhecer suas identidades e dar-lhes acesso ao nome social dentro do Sistema.

Deve o SUS, portanto, prover todo acolhimento e assistência à saúde necessários para que cada indivíduo tenha seu processo transexualizador respeitado e provido pelo SUS, de forma a garantir-lhes a saúde e a dignidade, de acordo com o Artigo 1º, III e 196 da CF.

3. PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONSTRUÇÃO DE NOVOS PARADIGMAS PARA A GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE DA POPULAÇÃO LGBTI

A demanda pelos serviços de saúde pela população trans faz parte de uma luta que data, mais assiduamente, da década de 1980, com o advento da epidemia do HIV/Aids. Desde então, as políticas de saúde tiveram um alargamento de sua abrangência, evidenciando as conquistas por parte dos movimentos LGBTI. É necessário ressaltar que tais conquistas travam-se em um espaço de constante disputa de saberes e poderes, envolvendo diversos atores políticos, a sociedade, os movimentos sociais, grupos religiosos, entre outros.

O processo de redemocratização do país, a promulgação da Constituição de 1988 e, sobretudo, a criação do SUS, sinalizaram um novo paradigma de acesso à saúde, resultando uma maior articulação dos movimentos sociais relacionados às causas da população LGBT. Organismos internacionais atuavam, ainda, de forma tímida antes de 1985. No entanto, em 1986, a criação do Programa Especial de AIDS e do Programa Global de AIDS trouxe a pauta de forma mais contundente para a América Latina, especialmente para o Brasil.

Um dos programas mais importantes, o Programa Nacional de DST/Aids (15-16), teve como objetivo a promoção à saúde, a proteção dos direitos fundamentais das pessoas com HIV/Aids, a prevenção da transmissão das DST, do HIV/Aids e do uso indevido de drogas, do diagnóstico, do tratamento e da assistência às pessoas portadoras de DST/HIV/Aids; e o desenvolvimento e fortalecimento institucional dos gestores locais de programas e projetos na área.

De acordo com Facchini (17), neste período, o governo federal investiu em campanhas para prevenção e combate à epidemia, além de buscar recursos internacionalmente para a criação de uma política de acesso a medicamentos de forma gratuita e abrangente. Neste sentido, o Brasil ocupou um lugar de destaque com uma política democrática e abrangente de acesso à saúde no combate à Aids.

Tais conquistas formam o resultado histórico das lutas dos movimentos homossexuais anteriores à década de 80 e à bandeira da despatologização da homossexualidade. O suporte financeiro internacional e do governo, em âmbito nacional, destinado às organizações da sociedade civil em apoio à prevenção e combate à Aids, incentivou o surgimento de grupos ligados às causas LGBT e a criação de pautas próprias junto ao Estado. A institucionalização destes grupos foi capaz de ampliar uma importante rede de articulação do ativismo LGBT no país, aumentando o número de projetos financiados e a sua sustentabilidade.

É neste cenário que surge, em 1995, a Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT) (18). A atuação da ABGLT foi muito importante para a coesão das diversas demandas desta população no plano nacional.

No entanto, somente em 2002, com a aprovação do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 2) (19), sob o mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso, que surgem propostas mais amplas para a temática LGBT. No campo da saúde, uma das propostas sugere: “Promover campanha junto aos profissionais da saúde e do direito para o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade GLTTB”. Este era o início de uma nova onda de políticas, programas e projetos na área da saúde, com vistas à integralidade da assistência à saúde da população LGBT.

Em 2004, o lançamento do programa Brasil sem Homofobia (Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual) trouxe propostas importantes para a discussão de Saúde e Cidadania. Entre as ações mais relevantes, encontra-se a formalização do comitê técnico “Saúde da População de Gays, Lésbicas, Transgêneros e Bissexuais”, do Ministério da Saúde, “que tem como objetivo a estruturação de uma Política Nacional de Saúde para essa população” (20). Além disso, propunha o incentivo à “produção e acesso ao conhecimento científico sobre saúde e sobre outros aspectos da população GLTB” (2019), ou seja, com o objetivo de capacitar os profissionais de saúde que atuam no atendimento a esta população.

A consolidação da Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (2011) no âmbito do SUS é um marco na história de lutas desta população na garantia do acesso integral à saúde. O objetivo da política era:

Promover a saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais, eliminando a discriminação e o preconceito institucional, contribuindo para a redução das desigualdades e para a consolidação do SUS como sistema universal, integral e equânime. (21)

A ampliação do acesso aos serviços de saúde por parte da população trans, sobretudo de forma ampla e gratuita através do SUS, teve um avanço significativo a partir da visão de saúde integral que se expressava nesta política. No mais, explicitavam-se, também, as especificidades de uma população diversa e com diferentes expectativas.

Portarias do Ministério da Saúde (21-23) que regulamentaram o Processo Transsexualizador (PrTr) definem as diretrizes para tal procedimento e asseguram o direito

à cirurgia de redesignação sexual a pessoas transexuais. Além disso, o SUS oferece outros serviços de saúde considerados essenciais para garantir o processo de transformação dos caracteres sexuais de acordo com a identidade de gênero que o usuário se identifica. É importante ressaltar que o processo de transformação da identidade de gênero envolve a integralidade na atenção à saúde no que tange aos aspectos físicos e psicossociais.

A criação do Comitê Técnico de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais no Ministério da Saúde, em 2004, teve um papel importante para o acesso universal das pessoas trans à saúde. Em 2006, a atuação dos movimentos sociais LGBT junto aos Conselhos de Saúde garantiu o direito ao uso do nome social nos serviços especializados da rede pública de saúde. Além disso, a participação contínua por parte da sociedade civil ampliou a perspectiva democrática na formulação de políticas públicas para esta população. (24)

O avanço das pautas da população LGBT culminou na realização da I Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transexuais, por meio da Secretaria de Direitos Humanos. Com o tema “Direitos Humanos e Políticas Públicas”, criou-se um espaço para o aprofundamento das discussões em relação às demandas da população com o Estado. A agenda LGBT foi sendo ampliada e inserida em outros programas e políticas públicas. (25)

Ainda assim, há inúmeros obstáculos na busca de serviços de saúde por parte da população transexual e travesti no SUS. Os usuários alegam desrespeito ao uso do nome social, enfrentamento da transfobia, descaso no atendimento, entre outras situações que culminam no abandono do tratamento por parte dos mesmos. Além disso, outros marcadores sociais como cor, raça, classe social e a própria aparência física reforçam os preconceitos vivenciados por esta população.

É preciso reforçar a necessidade de capacitação junto aos profissionais de saúde para que possam ter acesso a informações a respeito de identidade de gênero e orientação sexual, através de campanhas permanentes e produção de material didático adequado. Além disso, precisamos refletir a seletividade no acesso ao Processo Transsexualizador do SUS, criticado severamente por parte do próprio movimento transexual e travesti por investir toda sua conduta em um diagnóstico patologizante. É compreensível que seja necessário criar procedimentos e protocolos para cada demanda de saúde, no entanto, o processo precisa ser considerado mediante a voz dos próprios usuários e candidatos. É sabido que a Constituição Federal garante o acesso à saúde a todos, independente de condição patologizante prévia.

O acesso aos serviços de saúde, especialmente no caso da população trans, coloca-se como instrumento de cidadania e avanço democrático. Decisões, como a que vimos recentemente no Supremo Tribunal Federal (STF), que trazem o entendimento da alteração do nome e gênero no documento de registro civil sem a necessidade da cirurgia de redesignação de sexo, são também um grande avanço na pauta da população trans. (26)

Percebe-se, portanto, que o Sistema de Justiça merece um olhar mais cuidadoso e amplo para a garantia do direito à saúde da população transexual. A garantia das normativas ora conquistadas não se revela suficiente, todavia, para que a saúde de fato seja provida conforme as necessidades dessa população.

No trabalho de Reis (27), percebemos que são poucas as demandas judiciais relativas a cirurgias de transgenitalização e a tratamentos hormonais por parte da população transexual, o que evidencia que essa população ainda acessa pouco o Poder Judiciário para a garantia de suas demandas de saúde.

Este fato abre espaço para que o Sistema Único de Saúde reforce os cuidados e diálogos para que a garantia desses direitos dê-se de forma ampla e harmônica às políticas já instituídas.

4. CONCLUSÃO

São inúmeros os desafios que se apresentam para a implementação de políticas públicas, sobretudo para as populações em situação de vulnerabilidade.

As conquistas de acesso à saúde para a população transgênero são resultado de um histórico de lutas e articulações da sociedade civil organizada com o Estado. Neste percurso, muitos ficaram para trás desassistidos ou vítimas da violência. A visão da integralidade na atenção à saúde sobrepuja os serviços básicos oferecidos pelo SUS e integra uma perspectiva mais ampla de cidadania, cuidado e democracia.

REFERÊNCIAS

1. Faria JE. Estado, sociedade e direito. In Qual o futuro dos direitos? estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonard; 2002; p.59.
2. Organização Mundial de Saúde. Cuidados Primários de Saúde Alma-Ata. URSS: OMS, 1978.
3. ANTRA. Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no brasil em 2017. 121 págs. [internet]; [acesso em 19 mar 2018]. Disponível em <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>.
4. Bento B. Brasil: o país do transfeminicídio. Centro Latino-americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM) [periódico na Internet]. 2014 jun.[acesso em 19 mar 2018]. Disponível em http://www.clam.org.br/uploads/arquivo/Transfeminicidio_Berenice_Bento.pdf.
5. Internacional Transgender Europe. Relatório Trans Murder Monitoring 2015. [periódico na Internet]. 2015. [acesso em 19 mar 2018]. Disponível em: < <https://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/>.

6. Castro AF. *Travesti é resistir: lutas, microlutas e resistência nas linhas de Muriel*. 2017. 182f. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Comunicação da Universidade Paulista. São Paulo. 2017. [internet]; [acesso em 19 mar 2018]. Disponível em https://www.unip.br/presencial/ensino/pos_graduacao/strictosensu/comunicacao/download/com_alinecastro.pdf.
7. American Psychiatric Association. *Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais DSM5*. [internet]; [acesso em 18 de mai 2018] . Disponível em <https://www.psychiatry.org/>.
8. Benjamin H. *Transvestism and transsexualism in the male and female*. *The journal of sex research*. 1967;3(2):107-127.
9. *Código Internacional de Doenças*. [internet]; [acesso em 18 de mai 2018] Disponível em <http://www.cid10.com.br/>.
10. Bento B, Pelúcio L. *Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas*. In *Rev Estudos Feministas*. Florianópolis. 2012;20(2):571. [internet]; [acesso em nov 2016]. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n2/v20n2a17.pdf>.
11. Butler J. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Aguiar R. Tradutor. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2003.
12. CFM. *Resolução n. 1.482 / 1997*. [acesso em jan 2018]. Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm.
13. Miranda A, Lacerda R. *Direito à saúde de grupos vulneráveis*. In Costa AB, et al. Organizadores. *O Direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/ UnB; 2009.
14. Lopes F. *Experiências desiguais ao nascer, viver, adoecer e morrer: tópicos em saúde da população negra no Brasil*. In *Seminário Nacional Saúde da População Negra*. Brasília, 18 a 20 de agosto de 2004. *Anais*. Brasília: Ministério da Saúde e Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; 2004. p. 47-83.
15. Ministério da Saúde. *Política Nacional de DST/Aids: princípios e diretrizes / Coordenação Nacional de DST e Aids*. 1 ed. Brasília; 1999. [internet]; [acesso em jan 2018]. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd03_17.pdf.
16. Monteiro AL, Villela WV. *A criação do Programa Nacional de DST e Aids como marco para a inclusão da idéia de direitos cidadãos na agenda governamental brasileira*. *Rev. psicol. polít.* São Paulo. 2009;9(17):25-45. [internet]; [acesso em 19 mar 2018]. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2009000100003&lng=pt&nrm=iso.
17. Facchini R. *Sopa de letrinhas? movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90*. Rio de Janeiro: Garamond; 2005.

18. Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, 2018. [acesso em 14 mai 2018]. Disponível em Disponível em: < <https://www.abglt.org/>>.
19. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos da Presidência da República. II Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-2). Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SEDH/PR; 2002. 50p. [internet]; [acesso em 14 mai 2018]. Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/pndh_2_integral.pdf.
20. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. Brasil sem homofobia: programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde; 2004. [internet]; [acesso em 14 mai 2018]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/brasil_sem_homofobia.pdf.
21. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília : 1 ed. 1 reimp. Ministério da Saúde; 2013. 32 p. [internet]; [acesso em 14 mai 2018]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_lesbicas_gays.pdf.
22. Ministério da Saúde. Portaria n. 457, de 19 de agosto de 2008. Aprova a Regulação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde (SUS). Diário Oficial da União; 20 ago 2008.
23. Ministério da Saúde (MS). Portaria n. 2803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o processo transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). Diário Oficial da União; 20 nov 2013.
24. Ministério da Saúde (MS). Portaria n. 2.837, de 1º de dezembro de 2011. Redefine o Comitê Técnico de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Comitê Técnico LGBT). Diário Oficial da União; 02 dez 2011.
25. Secretaria Especial de Direitos Humanos. I Conferência Nacional LGBT. [internet]; [acesso em 14 mai 2018]. Disponível em <http://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/participacao-social/old/cncd-lgbt/conferencias/anais-1a-conferencia-nacional-lgbt-2>.
26. AASP Associação de Advogados de São Paulo. STF reconhece a transgêneros possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo. Notícia na íntegra. Clipping eletrônico. 02 mar 2018. [acesso 18 mar 2018]. Disponível em https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=26284.
27. Reis BP Direito à saúde da população transexual: uma análise através de processos judiciais brasileiros. 2016. 43 f. il. Monografia (Bacharelado em Saúde Coletiva). Universidade de Brasília. Brasília; 2016.

Acesso à Informação e Comunicação de Risco em Saúde: entre o Direito e a Prudência

Danitza Passamai Rojas Buvnich¹
Paulo César de Oliveira²



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/ixjhVy>

RESUMO

O presente artigo pretende descrever como o setor saúde vem regulamentando o acesso à informação de saúde da população, problematizando, de um lado, a salvaguarda de informações pessoais e de outro a cautela da adequada comunicação de risco à população. Para tanto, vale-se de revisões bibliográficas e documentais. Como resultado, verifica-se que a publicação da norma de proteção e tratamento de dados pessoais em saúde será um grande avanço na consolidação conjunta de dois importantes direitos: o de acesso à informação e o de resguardo da intimidade.

Palavras-chave: Informação em Saúde. Acesso à Informação. Comunicação de Risco.

¹ Gerente-geral de Conhecimento, Inovação e Pesquisa da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (2018). Analista administrativo. E-mail para contato: danipassamai@gmail.com

² CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7374386078547908>. E-mail para contato: paulo.olieira@anvisa.gov.br

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (1), promulgada em 5 de outubro de 1988, traz em seu texto o direito dos usuários às informações públicas, explicitado no inciso XXXIII do art. 5º:

Inciso XXXIII do art. 5º - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

A regulamentação complementar ao texto constitucional deu-se com a publicação da Lei 12.527 (2), em 18 de novembro de 2011, a “Lei de Acesso à Informação”, comumente designada como LAI, que normatizou o direito à informação, sua finalidade e aplicação em todo o território nacional. Essa Lei marcou uma mudança nos padrões de obtenção das informações públicas, visto que o acesso passou a ser a regra, enquanto o sigilo, a exceção.

Apesar de a Constituição Federal e a LAI garantirem que os órgãos da administração devem prestar informações de maneira ampla aos interessados, essas legislações também garantem o direito ao sigilo e a proteção dos dados pessoais.

A norma, em seu art. 31, descreve que as informações de natureza pessoal, custodiadas pelos órgãos ou entidades públicas, são consideradas restritas quanto ao acesso pelo prazo de 100 anos da data de sua produção, podendo ser manipuladas apenas por agentes públicos legalmente autorizados, ou pelas pessoas a quem as informações diretamente se referem. Essa restrição visa a garantir a preservação de informações pessoais e mostra-se bastante pertinente em situações de saúde, quando a divulgação da informação pode acarretar em danos à imagem do interessado.

No setor da saúde é premente a necessidade de acesso às informações para o desenvolvimento de estudos científicos que consideram dados clínicos e epidemiológicos. Entretanto, é nesse mesmo setor que se delimita uma significativa necessidade de preservação dos dados pessoais, de forma a salvaguardar a imagem do interessado, bem como a necessidade de adequada comunicação de risco à população. Comunicação de risco é aqui entendida como o ato de informar – indivíduos ou instituições – sobre a natureza, gravidade e aceitabilidade de ameaças à saúde, segurança ou ambiente.

2. ACESSANDO INFORMAÇÃO: MEU DIREITO ASSEGURADO!

Entende-se que a informação não pode ficar restrita às paredes das instituições, pois seu acesso é de fundamental importância para o desenvolvimento de políticas públicas e sociais, além de aprimorar o conhecimento científico. Em especial na dimensão da saúde, a perspectiva de acesso às informações permite a realização de estudos e

pesquisas com impacto na qualidade de vida, possibilidade de diminuição de taxas de mortalidade ou morbidade e riscos de adoecimento.

Compreende-se, portanto, a relevância do acesso à informação para a promoção da saúde, visto que, possuidoras de conhecimento, ações de melhoria podem ser desenvolvidas e implementadas nas políticas públicas.

No entanto, a despeito de todo potencial de avanço social que o adequado uso de informação custodiada pela Administração pode gerar, o avanço dos direitos de terceira geração e o desenvolvimento da “Sociedade da Informação” (3) trazem consigo uma nova relação entre Estado e indivíduo. Mas dicotomicamente, apesar de reforçar o empoderamento que o acesso à informação produz, tal nível de transparência também submete e expõe a individualidade pessoal. Nada mais representativo para concretizar a afirmativa que o exemplo da obrigatoriedade de publicação do salário dos servidores públicos.

A informática trouxe uma panóplia de potencialidades e facilidades que representam uma infinidade de oportunidades novas para os indivíduos, mas também um não menos extenso rol de riscos, subjectivos e objectivos, quer para os mesmos indivíduos, quer para a sociedade ordenada. (4)

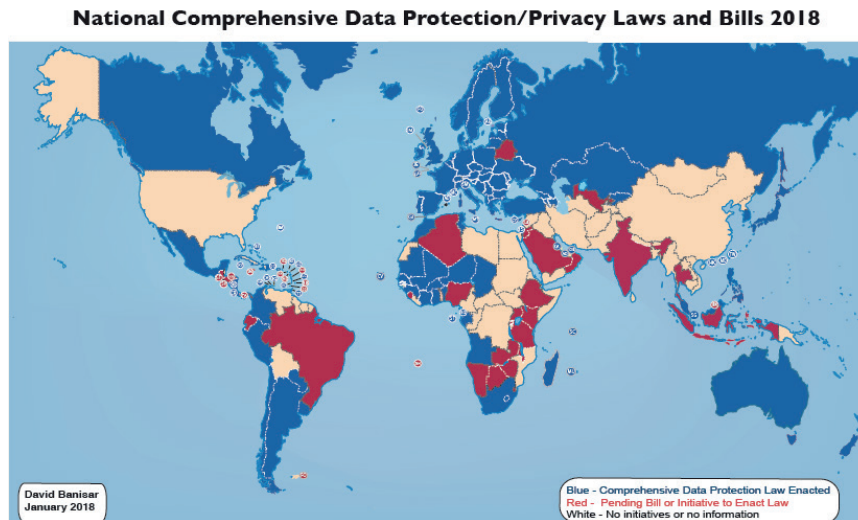
Essa dicotomia entre a obrigação de conceder acesso à informação e a necessidade de preservar dados de natureza pessoal é descrita por Ventura:

A equação constitucional é clara e aplicável a qualquer tipo de informação. O detentor da informação deve o máximo respeito à privacidade dos indivíduos e a máxima transparência dos atos que envolvem interesses públicos.(5)

O direito à proteção dos dados pessoais é derivado do direito à privacidade. A proteção de dados pessoais é reconhecida pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU como parte fundamental da privacidade pelo Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (6). Em 1990, a Assembleia Geral da ONU aprovou uma resolução de princípios para a proteção de informações pessoais mantidas em bancos de dados computadorizados. As diretrizes destacam seis princípios básicos de proteção de dados pessoais, baseados em práticas de “informação justa”. (7)

Em artigo publicado em janeiro de 2018, Banisar (8) apresenta o mapa dos países que possuem legislações que tratam da proteção e dados pessoais, sob a seguinte legenda:

- a) azul: lei abrangente de proteção de dados promulgada;
- b) vermelho: projeto pendente ou iniciativa para promulgação de lei;
- c) branco: nenhuma iniciativa ou nenhuma informação. Globalmente, mais de 100 países adotaram leis abrangentes de proteção de dados pessoais. (1)

Figura 1 – Indicação dos países que possuem legislação de proteção de dados pessoais.

Fonte: Banisar, 2018.

Atualmente, no Brasil, são três projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional para proteção de dados pessoais — são eles: o PL 5276/2016, o PLS 330/2013 e o PL 4060/2012. Cada um oferece diferentes garantias ou riscos ao direito à privacidade e a outras liberdades fundamentais. O mais recente foi elaborado no interior do Ministério da Justiça, a partir de diversas consultas públicas *online* que envolveram empresas, governos e a sociedade civil organizada.

Sendo ambos direitos legítimos (o de ter acesso à informação e o de ter seus dados pessoais preservados), como se estabelece tal equilíbrio? A LAI assegura ao usuário demandante o acesso às partes não sigilosas do documento, devendo o órgão público demandado ocultar a parte sob sigilo e fornecer a certidão, extrato ou cópia da parte considerada pública.

Essa ressalva descrita na LAI exige da administração pública o esforço em desvincular informações restritas e ou sigilosas de todo o teor do documento. Há que se considerar, portanto, que a restrição de acesso a um determinado documento, por possuir informações pessoais, não exclui do usuário o direito de acesso às informações que podem ser utilizadas no desenvolvimento de pesquisas e estudos científicos que podem beneficiar um grande número de pessoas.

Países da Europa têm avançado no processo de institucionalização de organizações especializadas em determinar o equilíbrio entre ambos direitos (de acesso e de resguardo). Em Portugal, duas são as entidades administrativas para a tutela da efetivação destes dois direitos fundamentais: a Comissão de Acesso aos Documentos Administrativos (CADA) e a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPD). (4)

3. ACESSANDO INFORMAÇÃO EM SAÚDE: AVANÇOS POR VIR

O Brasil vem envidando esforços na publicação de normativas que garantam o acesso à informação preservando os dados de natureza pessoal. De forma pioneira, o Ministério da Saúde (MS) publicou, no início deste ano, Consulta Pública sobre minuta de resolução que regulamenta a Proteção de Dados Pessoais em Saúde. (9)

A futura norma disporá sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais em saúde e estabelecerá os procedimentos para acesso à informação e cessão de bases de dados contendo informações pessoais custodiadas pelo SUS.

A iniciativa permitirá franquear, aos pesquisadores e interessados, o acesso às bases de dados para a obtenção de informações relacionadas a eventos de saúde da população no Brasil, e manter a restrição de informações pessoais que podem promover a identificação pessoal do interessado.

O Brasil ainda não possui legislação de proteção e tratamento de dados pessoais em saúde, e a norma avançará em algumas questões importantes, como o credenciamento de instituições que realizam pesquisa e avaliação em saúde, como Unidades de Integração de Dados, após assegurar os requisitos de segurança da informação e dos dados custodiados.

A norma determina que o tratamento de dados pessoais e seu uso compartilhado serão legítimos quando necessários à execução de políticas públicas. A finalidade, a necessidade e a adequação são princípios estabelecidos e conceituados na norma.

A iniciativa do Ministério avança também na desidentificação de dados pessoais. A desidentificação promoverá a retirada ou modificação dos dados, de modo a impossibilitar ou dificultar a identificação, de forma direta ou indireta, da pessoa, com o mínimo de perda de informação.

De maneira prática, a desidentificação permitirá aos interessados na utilização dos dados epidemiológicos e clínicos, constantes nas bases do Datasus, o acesso às informações relevantes para o desenvolvimento de pesquisas relacionadas a eventos de saúde, resguardando os dados pessoais que permitam a identificação dos envolvidos. Os dados serão obtidos de maneira agregada, com relevante teor para a produção de conhecimento, acautelando a natureza pessoal.

Na prática, a norma estabelece um sistema de governança das informações em saúde, determinando que o Gestor da Informação será sempre o titular da Secretaria de Saúde dos estados e municípios, e no nível federal, haverá a indicação do respectivo Gestor. As entidades de saúde vinculadas ao Ministério da Saúde ou às respectivas secretarias também terão gestores da informação, que serão seus respectivos dirigentes.

O Custodiante dos bancos de dados será o Departamento de Informática do SUS (Datasus) no âmbito federal e, nos demais níveis federais, o secretário de saúde deverá designar seus respectivos custodiantes. Serão instituídas unidades de vinculação e desidentificação de dados.

Além das unidades de cada uma das secretarias estaduais e municipais; da unidade federal; das unidades das entidades vinculadas em níveis federal, estadual e municipal, o Ministério da Saúde também poderá credenciar outras instituições públicas como unidades descentralizadas de vinculação de dados, com autorização para realizar a vinculação de bases de dados que venham a ser compartilhadas pelo Ministério e demais níveis de gestão do SUS.

Como forma de avançar na produção e organização de evidências em saúde, a norma cria a figura das Unidades de Integração de Dados para Pesquisa Científica e Tecnológica e Avaliação em Saúde (UIPCTA). As UIPCTA poderão disponibilizar os dados desidentificados, produtos da integração, a pesquisadores vinculados a instituições públicas de pesquisa. Com isso, espera-se desenvolver expertise em análise de dados de saúde.

A norma especifica em quais condições uma base com informações pessoal poderá ser requisitada e quais os critérios de aceitação do pedido. Nesse sentido, quando o pedido de acesso à informação não for realizado por uma UIPCTA, o solicitante deverá ser: i) titular da informação; ii) e/ou agente público autorizado; iii) e/ou portador de termos de consentimento para acesso à informação solicitada; iv) e/ou portador de documentação que caracterize as dispensas de consentimento previstas na legislação, reproduzidos no artigo 5º desta Resolução ; v) e/ou portador de documentação que comprove o interesse pela recuperação de fatos históricos de maior relevância, observados os procedimentos previstos no art. 34 da Portaria GM-MS n. 1.583 de 2012.

Por último, a norma institui procedimentos para análise dos pedidos de acesso à informação, bem como uma série de obrigações ao solicitante e ao custodiante da informação.

4. INFORMAÇÃO EM SAÚDE: DO QUE ESTAMOS FALANDO?

Nas palavras de Moraes (10), informação em saúde não é a mera transformação de dado registrado em informação; não é a disseminação indiscriminada de sistemas de informação; não é o conjunto de indicadores em saúde ou um aparato tecnológico que produz informação; nem, tampouco, um conjunto de relatórios.

Apesar de agregar tudo isso, a concepção ampliada e embasada na Política Nacional de Informação e Informática em Saúde (PNIIS) (11) enxerga a informação em saúde como sendo ativo estratégico para o controle social e um elemento de base para qualificação da tomada de decisão e melhoria do Sistema Único de Saúde.

Nesse sentido, são princípios da PNIIS:

- a) a informação em saúde destina-se ao cidadão, ao trabalhador e ao gestor da saúde;
- b) a produção da informação em saúde deve abarcar a totalidade das ações de controle e participação social, coletiva e individual, das ações da atenção à saúde e das ações de gestão;

- c) a gestão da informação em saúde integrada e capaz de gerar conhecimento;
- d) a democratização da informação em saúde como um dever das instâncias pública e privada de saúde; a informação em saúde como elemento estruturante para a universalidade, a integralidade e a equidade social na atenção à saúde;
- e) o acesso gratuito à informação em saúde como direito de todo indivíduo;
- f) a descentralização dos processos de produção e disseminação da informação em saúde para atender às necessidades de compartilhamento de dados nacionais e internacionais e às especificidades regionais e locais;
- g) a preservação da autenticidade e integridade da informação em saúde; e
- h) a confidencialidade, sigilo e privacidade da informação de saúde pessoal como direito de todo indivíduo.

Fica claro que a gestão da informação em saúde não se deve restringir à perspectiva epidemiológica ou quantitativa. Nas palavras de Moraes e Rangel:

O entendimento de que Informação em Saúde é um espaço estratégico de disputa de poder e produção de saber implica pensar as necessidades de avanços epistemológicos, metodológicos e técnico-operacionais, simultaneamente às estratégias de ação política na arena das discussões que envolvem a gestão de informações. Gerir a informação pressupõe decisões políticas baseadas em relações de poder. As decisões tomadas pelos produtores/gestores de informação, muitas vezes, sem levar em conta as reais demandas da sociedade, trazem consequências para o próprio processo de democracia, por influenciar a visão de “realidade” dos indivíduos. Isto ocorre na medida em que tais decisões, efetivamente, incidem na produção do conhecimento em suas diversas dimensões: técnico-científico, social, político, econômico, ideológico e cultural. (10)

A dicotomia do direito a acesso à informação e o excesso de informação volta a tomar lugar quando inserimos o elemento “comunicação de risco” na análise. Esta outra dimensão não deve ser esquecida no processo de informação em saúde.

Sendo a finalidade da comunicação de risco a capacitação do público, implica necessariamente a mensuração da natureza, da gravidade e da aceitabilidade do risco identificado. Assim sendo, comunicar risco implica, necessariamente, uma atividade prévia de análise e avaliação técnica extremamente complexa, que deve ser feita por peritos técnicos.

A percepção societal inapropriada dos riscos relacionados com a saúde resulta na alocação de recursos para ameaças com um menor nível de risco, em detrimento de outras que cursam com um risco maior. (12)

Ao se comunicar o risco, deve-se fornecer informação compreensível e processável (*usable*) pelo receptor, garantir que o público possa fazer julgamentos sobre risco e promover o apoio ativo das partes envolvidas e afetadas. (12)

Nesse sentido, cabe ao poder público que o acesso à informação em saúde tanto preserve as informações pessoais de saúde quanto garanta o adequado uso da informação e da comunicação do risco.

5. CONCLUSÃO

As instituições brasileiras têm avançado na regulamentação do acesso à informação. Desde 2011, a Lei de Acesso à Informação vem ampliando o nível de disponibilização de informação pública à população.

Tal disponibilização não apenas tem o objetivo de produzir capacidade cidadã (empoderamento civil e *accountability*), como também visa a garantir o direito constitucional à informação.

No entanto, temos nos deparado com a reduzida capacidade institucional dos órgãos públicos em analisar, selecionar e resguardar as informações que devem ser protegidas.

No campo da saúde, os avanços nos processos de análise de dados de saúde passam, necessariamente, pela capacidade de agregação e articulação dos diversos sistemas de informação. O cruzamento de informações diversas, de serviços de um único indivíduo, são relevantes na análise do processo saúde-doença; e a agregação de dados individuais em coletivos é essencial na construção de uma política de saúde efetiva.

Sendo assim, a capacidade institucional dos órgãos de saúde em agregar e desagregar informação torna-se ainda mais premente. Nesse contexto, duas questões sobressaem: a proteção de dados pessoais e a comunicação de risco.

Quanto à primeira, mencionamos o avanço obtido pelo Ministério da Saúde em propor e submeter à consulta pública normativo que irá regulamentar a desindividualização do dado em saúde. Será o primeiro normativo mais específico sobre o tema.

A norma ainda deve ser publicada, mas a expectativa é de que a estruturação de uma governança clara reforce a interoperabilidade dos sistemas de informação e qualifique o processo analítico e decisório, muito embora da publicação da norma até a efetivação de uma Política de Informação e Informática exista uma grande distância.

No que se refere à garantia de uma adequada comunicação de risco em um ambiente de abertura de dados de saúde, parece que as discussões ainda são bastante conceituais. Ainda assim, cremos que a norma proposta reforça a preocupação ao estabelecer todos os critérios para disponibilização e uso dos dados.

É lugar comum que se espera que o acesso amplo à informação em saúde gere muito mais benefícios que problemas. Para tanto, é premente a necessidade de investimento nas estruturas de análise e organização de dados e informação das instituições, e o devido investimento em pesquisa e desenvolvimento.

Ampliar acesso à informação a qualquer preço e em qualquer condição é abrir mais uma ferida em nosso, já tão machucado, Sistema Único de Saúde.

REFERÊNCIAS

1. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais n.s 1/1992 a 96/2017, pelo Decreto legislativo n. 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão n.s 1 a 6/1994. 52 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara; 2017.
2. Brasil. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Legislação Federal.
3. Castells M. A Era da informação, economia, sociedade e cultura. vol. i. A Sociedade em Rede. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 2002.
4. Campos EM. Acesso a dados pessoais de saúde contidos em ficheiros dos hospitais públicos. Ponderação entre o direito de acesso à informação e aos documentos administrativos e o direito à protecção de dados pessoais: quem e como decide. 127 f. Instituto Universitário de Lisboa (Mestre). Lisboa: IUL; 2009.
5. Ventura M. Lei de acesso à informação, privacidade e a pesquisa em saúde. *Cad Saúde Pública*. Rio de Janeiro. 2013;29(4):636-638.
6. Brasil. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Diário Oficial da União; 07 jul 1992.
7. Artigo 19. Protecção de dados pessoais no Brasil - análise dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional. São Paulo: Artigo 19; 2017.
8. Banisar D. National comprehensive data protection/privacy laws and bills 2018 [internet]; [acesso em 25 jan 2018]. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=1951416> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1951416>.
9. Ministério da Saúde. [Minuta de regulamentação]. Dispõe sobre a protecção e tratamento de dados pessoais em saúde e estabelece procedimentos para acesso à informação e cessão de bases de dados contendo informações pessoais custodiadas pelo

SUS. [internet]; [acesso em 18 fev 2018]. Disponível em consulta pública no endereço: <http://portalms.saude.gov.br/audiencias-e-consultas-publicas/42540-protecao-e-tratamento-de-dados-pessoais-em-saude-e-estabelece-procedimentos-para-acesso-a-informacao-e-cessao-de-bases-de-dados-contendo-informacoes-pessoais-custodiadas-pelo-sus>. Brasília: MS; 2018.

10. Moraes IH, Santos SR. Informação em saúde: os desafios continuam. *Rev Ciência e Saúde Coletiva*. 1998;3(1).

11. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Departamento de Monitoramento e Avaliação do SUS. Política Nacional de Informação e Informática em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde; 2016.

12. Almeida LM. Comunicação do risco em saúde pública. Riscos públicos e industriais. Lisboa: Edições Salamandra; 2007. p. 97-112.

Desafios Jurídicos do Reporte de Eventos Adversos: Proposta de Agenda para a Melhoria da Segurança do Paciente

Eduardo André Viana Alves¹
Paulo Sousa²
Paula Lobato de Faria³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/UkhdFj>

RESUMO

Numerosos esforços foram realizados no sentido de promover a melhoria da segurança do paciente. Contudo, ainda há insatisfação quanto à velocidade das mudanças necessárias para a melhoria da segurança no sistema de saúde. Este artigo objetiva realizar uma breve contextualização dos sistemas de notificação e investigação de eventos adversos, no que confere a confidencialidade dos dados e seu potencial uso para apuração da responsabilidade legal; apresentar a experiência internacional na formulação dos marcos jurídicos; e propor uma agenda conjunta para profissionais, gestores da saúde, legisladores e operadores do direito. Utilizou-se como metodologia ensaio teórico de base qualitativa, descritiva e documental, foi utilizada a revisão narrativa de artigos originais e legislação vigentes. Por fim, sugere-se a ampliação do debate da segurança do paciente para os campos jurídicos e legais.

Palavras-chave: Segurança do Paciente. Evento Adverso. Responsabilidade Legal.

¹ CV disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2750054941329739>. Médico Sanitarista da Secretaria de Saúde do Distrito Federal. Especialista em Regulação e Vigilância Sanitária da Agência Nacional de Vigilância Sanitária Mestre em Planejamento e Políticas Públicas. E-mail para contato: eduardo.dr@gmail.com

² Professor Auxiliar da Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa. Coordenador do Mestrado em Saúde Pública e do Curso Internacional em Qualidade em Saúde e Segurança do Paciente em Parceria com a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fiocruz, Rio de Janeiro. Doutor em Saúde Pública. E-mail para contato: paulo.sousa@ensp.unl.pt

³ Professora Associada de Direito da Saúde e Biodireito da Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa. Doutora em Direito. E-mail para contato: pa.lobfaria@ensp.unl.pt

1. INTRODUÇÃO

Há quase 40 anos, o tema da segurança do paciente é debatido (1), e numerosos esforços foram capitaneados por organismos internacionais, governos, instituições privadas, serviços de saúde e comunidades de usuários de serviços de saúde no sentido de promover a melhoria da segurança do paciente.

Esse processo mundial de discussão em torno da segurança do paciente foi fortemente apoiado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que adotou como premissa a não culpabilização do profissional que cometeu o erro.

Diversas ações foram implementadas pela segurança do paciente, tais como: concepção da classificação internacional de segurança do paciente, promoção da instalação de sistemas nacionais de notificação de eventos adversos e criação de núcleos de segurança do paciente nos serviços de saúde.

Em Portugal, a Estratégia Nacional para a Qualidade na Saúde, elaborada em 2009, estabeleceu um horizonte temporal de cinco anos para sua implementação e de 10 anos para sua consolidação (2). Definiu a necessidade de criação de um sistema nacional de notificação de incidentes e de eventos adversos, não punitivo, educativo e voltado para a aprendizagem com o erro (3). Esta estratégia teve nova versão para o período 2015-2020, sendo a segurança dos doentes apontada como uma das prioridades (4), devendo-se implementar os objetivos definidos no Plano Nacional para a Segurança dos Doentes 2015-2020, que tem como um dos seus objetivos assegurar a prática sistemática de notificação, análise e prevenção de incidentes (5).

No Brasil, a interiorização destas recomendações ocorreu sem a criação de uma política interministerial de segurança do paciente, por meio da criação do Programa Nacional de Segurança do Paciente que, em portaria do Ministério da Saúde (6), definiu estratégias para a saúde, educação, ciência e tecnologia. Sua operacionalização ficou a cargo da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que instituiu a obrigatoriedade de criação dos Núcleos de Segurança do Paciente (NSP) nos serviços de saúde do país e da criação e obrigatoriedade de investigação dos incidentes e eventos adversos por esses núcleos (7), utilizando o Sistema Nacional de Notificação de Incidentes e Eventos Adversos reportados através do sistema NOTIVISA (8).

Contudo, apesar de todos os esforços realizados pelos países, há insatisfação quanto à velocidade das mudanças necessárias para a melhoria da segurança no sistema de saúde (9-11).

Um dos pontos sensíveis em torno dessa discussão, que não avançou em diversos países, foi a institucionalização de um marco legal para a confidencialidade dos dados, especialmente aqueles inseridos nos sistemas de notificação de eventos adversos.

Assim, torna-se necessário rever as ações já desempenhadas e verificar como elas podem ser potencializadas. Neste sentido, este artigo objetiva realizar uma breve contextualização dos sistemas de notificação e investigação de eventos adversos, no

que confere a confidencialidade dos dados e seu potencial uso para apuração da responsabilidade legal; apresentar a experiência internacional na formulação dos marcos jurídicos; e propor uma agenda conjunta para profissionais e gestores da saúde, legisladores e operadores do direito.

2. MÉTODOS

Trata-se de ensaio teórico de base qualitativa, descritiva e documental que pretende refletir sobre o uso das notificações de eventos adversos com a finalidade de apuração de responsabilidade legal. O ensaio caracteriza-se pela sua natureza reflexiva e interpretativa. (12)

Para nortear o ensaio teórico, foi utilizada a revisão narrativa de artigos originais e legislação, vigentes sobre o tema, que foram selecionados a partir de artigos gerais de referência sobre segurança do paciente.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 DOS SISTEMAS DE NOTIFICAÇÃO E INVESTIGAÇÃO DE INCIDENTES E EVENTOS ADVERSOS

Baseados nas diretrizes apresentadas pela OMS, os Ministérios da Saúde dos países passaram a desenvolver estratégias para interiorizar as recomendações sobre segurança do paciente e formular estratégias para fomento dentro de seus sistemas de saúde.

Uma das estratégias utilizadas para a redução de danos foi a utilização de sistemas de notificação de incidentes e eventos adversos. Estes sistemas possibilitariam a identificação e análise do risco e o posterior estabelecimento de estratégias para sua retirada, mitigação ou, caso não sendo possível, o gerenciamento do dano.

Entre as recomendações da OMS para a criação de sistemas de registro de eventos adversos encontram-se: a necessidade de não punibilidade do notificador, com consequente não divulgação dos dados deste, e a independência do sistema de notificação de eventos adversos de outros sistemas utilizados para a punição, como os sistemas de processos administrativos disciplinares.

Assim, os países criaram os seus sistemas de registros de incidentes e eventos adversos com base na notificação (voluntária ou obrigatória); na confidencialidade dos dados; e na disponibilização desses registros às agências governamentais por notificação do serviço de saúde.

Destaca-se que a notificação é apenas a etapa inicial do processo de investigação do evento adverso, que é realizada por equipes de segurança do paciente sediadas dentro dos próprios serviços de saúde. Estas equipes são responsáveis pelo levan-

tamento de informações adicionais, confecção dos relatórios de investigação (com o uso de diversas ferramentas, como as de análise de causa-raiz utilizada, por exemplo, na investigação de eventos adversos graves), seu reporte ao sistema de notificação, confecção de plano de ação (que pode incluir medidas corretivas e de capacitação) e acompanhamento do mesmo, como parte do ciclo de melhoria da qualidade.

Dentro da sistemática de investigação do evento adverso, o componente humano geralmente é avaliado. Assim, mesmo que algumas informações não estejam inicialmente disponibilizadas no primeiro momento da notificação, estas informações podem ser encontradas dentro dos relatórios internos dos NSP. Dessa forma, sob o ponto de vista de proteção e confidencialidade dos dados de segurança do paciente, em nada adianta a retirada de campos de identificação do paciente e dos profissionais envolvidos nos formulários eletrônicos nacionais de notificação de eventos adversos.

Outras questões impõem reflexão durante a investigação de um evento adverso. No Brasil, a investigação do evento adverso é feita pelo NSP, que apresenta caráter deliberativo para a realização de suas ações (7). Tal característica deliberativa, e não consultiva, serviria para empoderar os profissionais do NSP, pois permitiria maior influência na decisão das ações a serem tomadas pelo gestor. Contudo, seu caráter deliberativo, na prática, não obriga o gestor a seguir as deliberações do NSP, nem ao núcleo é conferida estabilidade quanto ao mandato dos integrantes ou autonomia financeira e administrativa para o exercício de suas funções. Mesmo assim, o caráter deliberativo o colocaria no mesmo nível de responsabilização que o gestor, quando em relação a ação ou omissão de condutas para a prevenção de novos eventos adversos. Somente aos membros do NSP não seria imputada responsabilidade se a determinação do relatório não fosse seguida pelo gestor.

Na prática, durante as investigações, os membros do NSP estão vulneráveis duplamente: tanto aos profissionais que são implicados nos eventos adversos, por ameaças; quanto aos próprios gestores, por apresentarem vínculo hierárquico e, nos serviços privados, também vínculo empregatício-financeiro.

Tais fragilidades, juntamente com a fragilidade de uso das informações oriundas dos sistemas de notificação e de outros relatórios internos dos NSP, para fins diversos à melhoria do sistema de segurança do paciente, necessitam ser equacionadas.

3.2 DA UTILIZAÇÃO DAS INFORMAÇÕES DE EVENTOS ADVERSOS PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE LEGAL

Fragata (11), ao descrever a complexidade do sistema de saúde e suas teorias, abre espaço para que se extrapole seu pensamento para a reflexão da interferência de outros sistemas, como o sistema jurídico (através da formulação das leis, da aplicação das mesmas e das suas discussões nos tribunais), no sistema de saúde, e sua possível influência no sucesso da estratégia de criação de sistemas de notificação de eventos adversos e sua investigação.

Podemos apresentar três principais atores interessados na discussão do evento adverso: o doente, os profissionais de saúde e a instituição em que o paciente foi atendido, que apresentam pontos de vista diversos quanto ao desfecho de uma disputa judicial (13). Deste modo, tendem a colocar-se, em lados opostos, os envolvidos diretamente no evento, dificultando não só o diálogo, mas a tomada de medidas de melhoria da qualidade, inclusive com a possibilidade da negação da culpa, da ocultação de evidências (por profissionais e/ou pela instituição) que possam ser utilizadas como prova, ou do forjamento de provas por parte dos pacientes.

O primeiro passo para diminuir o erro é compreender sua magnitude, que somente pode ser acessada através das notificações sistemáticas dos eventos adversos (14). Esta estratégia deve ser reforçada para os próximos 15 anos (15). Apesar de sua magnitude (16), na prática, estes sistemas de notificação apresentam baixo grau de adesão, com uma quantidade significativa de subnotificações quando comparados com outros processos de análises de risco (17). Entre as causas apontadas para esta subnotificação estão a dificuldade dos profissionais cumprirem com a obrigação de notificar; a sensação de não cumprimento do objetivo final da notificação, que é a melhoria do sistema; a falta de anonimato e confidencialidade; o medo de resposta negativa de colegas de trabalho; o medo de punição; o medo de ação disciplinar, entre outros (18-20).

Embora o sistema de notificação de eventos adversos tenha adotado as premissas da OMS de não punibilidade do profissional, verificou-se, no arcabouço jurídico legal de Portugal, que não existem barreiras para que as informações geradas no sistema de notificação de eventos adversos sejam utilizadas no campo jurídico (20). A mesma afirmação pode ser feita para a realidade brasileira.

O sistema de notificação é necessário para a investigação do evento adverso, que necessita categorizá-lo conforme o sistema de classificação internacional de eventos adversos (21). Tal categorização permite associar a informação de quem recebeu a injúria e quem foi o responsável direto pela mesma, definindo, em última instância, a culpa e onexo causal.

Estas informações podem ser utilizadas de formas originalmente não previstas, como: para culpabilização dos profissionais de saúde, a fim de buscar posterior ressarcimento às vítimas dos danos por elas sofridos; ou contra o notificante ou contra os agentes que analisaram os incidentes e eventos adversos, por processos movidos pelo profissional que julgue que a sua honra, ética e prática profissional foi posta em dúvida ao ter, por exemplo, um evento adverso, que tenha levado a óbito um paciente, sido classificado como “evitável”, pois não há nenhum mecanismo jurídico que garanta imunidade.

Pereira (22) descreve os direitos dos pacientes (com consequente responsabilidade médica): o direito à informação, ao consentimento e à declaração antecipada de vontade; o direito à documentação e ao acesso à informação pessoal de saúde e o direito à reserva da intimidade da vida privada dos dados de saúde.

Além destes, para as solicitações dos registros dos eventos adversos no campo jurídico, encontram-se numerosos princípios e direitos que conferem amplo respaldo

no direito português, dentre eles: no direito fundamental de pessoa humana, o acesso à sua informação pessoal; no processo penal, o princípio da investigação ou princípio da verdade penal; no processo civil, o princípio do dispositivo, princípio do inquisitório, princípio da colaboração para a descoberta da verdade material; no direito penal e no direito administrativo, o dever de denúncia obrigatória. O sigilo encontra respaldo apenas no segredo médico. Cabendo ao juiz dirimir o conflito entre o dever de falar e o dever de calar. (20)

Destacam-se, então, dois momentos claramente distintos: o primeiro é o acesso do paciente aos dados gerados a partir dos sistemas de notificação de eventos adversos; o segundo é o uso dessas informações para fins não previstos por esses sistemas.

No Brasil, destaca-se que o acesso às informações relativas ao indivíduo, neste caso, o paciente sobre seus registros, é garantido pela Constituição Federal Brasileira através do *Habeas Data* (23). Além disso, para a solicitação de demais informações, em 2011 foi promulgada no Brasil a Lei de Acesso à Informação (LAI), que muda a ótica de confidencialidade das informações (24).

Para a análise da culpa e posteriores desdobramentos, como a punição dos culpados e indenização das vítimas, o Direito brasileiro utiliza como principais ferramentas o Código de Processo Civil, Penal, o Código de Defesa do Consumidor e os Códigos Deontológicos Profissionais, como o Código de Ética Médica. (18)

Na realidade brasileira, recente estudo foi realizado por Gomes (25), ao dissertar sobre as decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em relação ao erro médico. O estudo relata que as ações contra um profissional podem ocorrer pelos tribunais civis, pelas leis de contrato e proteção ao consumidor; por ação punitiva representada por meio de queixa criminal contra o médico sob o código penal; assim como via ação disciplinar junto ao conselho profissional, em busca de medidas disciplinares contra o prestador de cuidados de saúde.

Gomes (26), ao realizar a análise idiossincrática dos discursos proferidos nas decisões judiciais sobre Erro Médico no TJDFT, encontrou as seguintes categorias de resultados: “o cidadão com direito à saúde, garantido na Constituição Federal de 1988”; “o consumidor com direito à prestação de serviços, garantido pelo Código de Defesa do Consumidor”; “o cidadão com direitos, garantido pelo Código Civil Brasileiro”; “o médico deve prestar serviços de qualidade, garantido pelo Código de Ética Médica”.

No Brasil, a judicialização da saúde é um tema presente na agenda governamental de gestores de todos os níveis do Sistema Único de Saúde – SUS – e encontra similar preocupação no Sistema Privado de Saúde. Assim, a existência de um sistema de notificação de eventos adversos, não protegido por legislação de confidencialidade, seria rapidamente incorporado dentro das peças processuais, assim como os membros dos comitês de segurança, sem imunidade, facilmente seriam chamados a se apresentarem nos tribunais na condição de réus, testemunhas ou de peritos.

Ainda é muito cedo para afirmar que os registros das notificações dos eventos adversos serão utilizados nos tribunais, em parte porque tanto os sistemas de notificação quanto os núcleos de investigação têm uma existência recente. Talvez, em parte, por desconhecimento dos operadores do direito. Contudo, embora não seja um consenso (27), a utilização, nos tribunais, dos registros dos eventos adversos, pode ter um efeito contrário ao esperado quando foram formulados esses sistemas de notificação, o que tornaria o sistema de saúde mais inseguro.

3.3 EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS PARA O FORTALECIMENTO DO SISTEMA DE NOTIFICAÇÃO DE EVENTOS ADVERSOS

O relatório do *Institute of Medicine* (IOM) levantou, já no início de 2000, em seu capítulo 6 intitulado “*protecting voluntary reporting systems from legal Discovery*”, a necessidade de proteger os dados dos sistemas de notificação em lei (28):

RECOMMENDATION 6.1 Congress should pass legislation to extend peer review protections to data related to patient safety and quality improvement that are collected and analyzed by health care organizations for internal use or shared with others solely for purposes of improving safety and quality.

Bruno (13) advoga a favor da constituição de um sistema de proteção legal para a garantia da confidencialidade e não punibilidade. Contudo, este não é um tema pacífico, encontrando vozes discordantes como Annas (29) que, ao analisar a realidade norte-americana no livro “*Worst case bioethics*”, descreve os principais mitos para a segurança do paciente, dentre eles que “os processos em tribunal não aumentam a segurança” e que “os profissionais não relatam os incidentes (às administrações e aos doentes) com medo da litigância/processados”.

Contudo, o que é consenso entre os diversos autores é a constatação que o equilíbrio entre a confidencialidade e não punibilidade dos sistemas de notificação de eventos adversos, e o direito dos pacientes a acionarem juridicamente os profissionais de saúde e as instituições onde foram gerados os eventos adversos para compensação do dano é complexa e de difícil solução (30;20;11). Ainda assim, este não deve ser um motivo para o não enfrentamento da questão.

Destaca-se, como possível solução, o poder da lei como forte instrumento de proteção da sociedade (18;31). Assim, abaixo consolidamos a legislação de alguns países, criada para garantir a confidencialidade, não punibilidade dos envolvidos e ressarcimentos aos pacientes vítimas de eventos adversos, de forma a servir de balizadores para uma futura legislação sobre segurança do paciente.

Quadro 01: Legislação relacionada com a proteção de dados de notificações adversas para a qualidade e segurança dos pacientes.

País	Marco Legal	Dispositivos legais inseridos na lei
Dinamarca	Act on Patient Safety in the Danish Health Care System – Act n° 429 of 10-06-2003	Implementou o Sistema Nacional de Registo de Eventos Adversos – SNRED, obrigatório, confidencial, anônimo, livre de sanções e orientado à aprendizagem.
Austrália	Health Insurance Act 1973, Part VC – Quality Assurance Confidentiality	Confidencial, imunidade aos membros do comitê de avaliação e notificadores.
Estados Unidos	Patient Safety and Quality Improvement Act – Public Law 109-41-july 29, 2005	Implementou o Patient Reporting System, confidencialidade, proteção legal aos notificantes.
Reino Unido	NHS Confidentiality Code of Practice; Caldicot Report (1997); Record Management/ Code Practice-NHS; Information Security ISO 27001	Não há legislação de confidencialidade específica para eventos adversos.
França	Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé	Compensação arbitral de alguns danos mais graves ocorridos em pacientes.
França	Loi n. 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires	Legislação genérica sobre saúde, pacientes.

Fonte: Elaborado pelos autores a partir das referências. (18;20;22)

Estes sistemas legais, ao regularem o acesso às informações dos eventos adversos, apresentam um *trade off* em relação à possibilidade dos pacientes que sofreram danos buscarem o estabelecimento do nexo causal para o recebimento do ressarcimento.

Classicamente, o Direito utiliza-se do estabelecimento do nexo causal com a consequente culpabilização do profissional, embora, na prática, o estabelecimento deste nexo é extremamente difícil, devido à multicausalidade de fatores que interagem para a ocorrência do dano. Esta seria a causa das indenizações em Portugal terem pouco efeito prático. (11;20)

Quanto ao ressarcimento às vítimas de eventos adversos, apresentam-se alternativas para oferecer às vítimas mecanismos de compensação como: a securitização com a socialização do risco (11), a compensação direta pela instituição de saúde pelo Processo de Comunicação e Resolução Ótima (CANDOR) (32-33) ou explorando outros métodos alternativos de resolução de reivindicações (34).

A discussão do seguro indenizatório é ampla, pois necessita de análise comparativa mais aprofundada para verificar os custos e os benefícios da proposta. Nos Estados Unidos, os seguros aplicados à prática médica tiveram elevações exponenciais desde que foram criados. É possível que os valores dos prêmios praticados funcionem como uma externalidade negativa, tanto para a fixação de profissionais em determinadas regiões, como para a escolha das especialidades dos médicos recém-formados. Além do custo do seguro do médico ser repassado ao paciente com a elevação das taxas hospitalares e consultas. Mesmo no modelo de seguros coletivos de cobertura do Estado, também há um custo que é suportado pela sociedade através dos impostos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se a distância entre as esferas da saúde, do direito, entre outras, como uma das lacunas para o desenvolvimento de um sistema integrado de segurança do paciente (35). A necessidade de criação de uma agenda comum já foi sentida em outros países (36). Assim, deve-se iniciar um diálogo com outras culturas institucionais, muito mais antigas que a cultura de segurança do paciente, como é o caso do direito, e envolver advogados, magistrados e legisladores, para que possam participar das discussões de sua melhoria. Deste modo, dentro das esferas de competência de cada um, contribuir com o esforço de tornar o sistema de saúde mais seguro e, portanto, salvar mais vidas.

Com base nas referidas normatizações internacionais e na experiência no contexto brasileiro, sugere-se a seguinte agenda a ser oferecida para discussão legislativa:

- a) definição dos eventos adversos a serem reportados;
- b) definição da obrigatoriedade do registro dos eventos adversos por profissionais de saúde;
- c) tipificação do não registro profissional como passível de aplicação de sanções específicas;
- d) definição da confidencialidade dos dados;
- e) tipificação da disponibilização dos dados das notificações de eventos adversos como passível de aplicação de sanções específicas;
- f) definição da impossibilidade de uso dos sistemas de notificação, dos demais documentos internos de investigação dos eventos adversos em instâncias de tribunais para fins de punição dos profissionais envolvidos e definição de possíveis condições de excepcionalidade de uso para este fim;
- g) definição de um sistema nacional de notificação de eventos adversos;
- h) definição da impossibilidade de disponibilização dos dados do sistema de notificação de eventos adversos para outros fins, como passíveis de sanção;
- i) salvaguarda dos profissionais dos Núcleos de Segurança do Paciente formalmente constituídos e de outros que venham a participar dos processos de investigação para que: não sejam acionados na justiça (imunidade dos membros que compõem a investigação); não sejam arrolados como testemunhas (sigilo do exercício profissional); não tenham interferências na alta gestão para a execução do seu trabalho (mandato, autonomia administrativa e financeira);
- j) definição da abrangência do referido dispositivo legal quanto à sua aplicação para outras situações de investigação de eventos adversos (Comitês de Mortalidade, Comissões de Revisão de Prontuários, entre outros);

- k) explicitação da relação do sistema de melhoria de qualidade e aprendizado (como os sistemas de notificação de eventos adversos) com os sistemas de controle constituídos (Corregedoria, Controladoria, Tribunais de Contas, Inquéritos Policiais, Investigação do Ministério Público, etc.);
- l) instituição de um sistema de ressarcimento aos pacientes afetados por eventos adversos.

Convém destacar que uma possível legislação deveria englobar outros temas que não foram objeto de estudo deste artigo como: mecanismos de financiamento por incentivos à melhoria da qualidade dos serviços e profissionais de saúde; disponibilização de informações sobre o desempenho de instituições e profissionais em relação à segurança do paciente (18); relação da segurança do paciente com o sistema formador dos profissionais de saúde; relação da saúde com a pesquisa, desenvolvimento e incorporação de tecnologias na segurança do paciente e, finalmente, a extensão da legislação para outros sistemas de notificação em saúde.

REFERÊNCIAS

1. Uva AS, Sousa P. A segurança do doente para além do erro médico ou do erro clínico. *Rev Portuguesa de Saúde Pública*. 2010;10:1-2.
2. Portugal. Ministério da Saúde. Despacho n.º 14223/2009. *Diário da República*, 2ª série, n.º 120 24 jun 2009. p. 24667-24669.
3. Faria PL, Moreira PS. Estratégia nacional para a qualidade na saúde: notas em torno do Despacho n.º 14 223/2009, de 24 de Junho de 2009 da Ministra da Saúde. *Revista Portuguesa de Saúde Pública*. 2009;27:103-6. [internet]; [acesso em 27 fev 2018]. Disponível em <https://run.unl.pt/bitstream/10362/4404/1/2-09%20FARIA%20p-103.pdf>.
4. Portugal. Ministério da Saúde. Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde. Despacho n.º 5613/2015 sobre a Estratégia Nacional para a Qualidade na Saúde 2015 -2020. *Diário da República*, 2.ª série. N.º 102. 27 mai 2015. p. 13550-13553.
5. Portugal. Ministério da Saúde. Gabinete do Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Saúde. Despacho n.º1400-A/2015 sobre o Plano Nacional para a Segurança dos Doentes 2015-2020. *Diário da República*. 2.ª série. N.º 28.10 fev 2015. p. 3882 –(2) - 3882 – (10). [internet]; [acesso em 27 fev 2018]. Disponível em <https://www.dgs.pt/departamento-da-qualidade-na-saude/ficheiros-anexos/plano-nacional-para-a-seguranca-dos-doentes-2015-2020-pdf.aspx>.
6. Ministério da Saúde. Portaria n.º 529, de 1º de abril de 2013, que institui o Programa Nacional de Segurança do Paciente (PNSP). *Diário Oficial da União*; 02 abr 2013.

7. Anvisa. RDC nº 36, de 25 de julho de 2013, que institui ações para a segurança do paciente em serviços de saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União; 26 jul 2013.
8. Alves EA. Segurança do paciente: do erro à prevenção do risco. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2013;2(2):723-733. [internet]; [acesso em 17 nov 2017]. Disponível em <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/118>.
9. Consumers Union. To err is human – To delay is deadly ten years later, a million lives lost, billions of dollars wasted. [internet]; [acesso em 05 fev 2018]. Disponível em http://safepatientproject.org/pdf/safepatientproject.org-to_delay_is_deadly-2009_05.pdf.
10. European Center Disease Prevention And Control. Point prevalence survey of healthcare-associated infections and antimicrobial use in acute care hospitals. 2013. [internet]; [acesso em 21 fev 2018]. Disponível em <https://ecdc.europa.eu/sites/portal/files/media/en/publications/publications/healthcare-associated-infections-antimicrobial-use-pps.pdf>.
11. Fragata JI. A natureza de complexidade dos sistemas de saúde: implicações para a segurança dos doentes e para responsabilidade médica. In Loureiro L, Pereira AD, Barbosa B. Direito da saúde estudos em homenagem ao professor doutor Guilherme de Oliveira - Segurança do paciente e consentimento informado. Vol 3. Editora Almedina; 2016. p. 27-38.
12. Meneghetti FK. O que é um ensaio-teórico?. Rev. Adm. Contemp. Curitiba. 2011;15(2): 320-332. [internet]; [acesso em 07 fev 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1415-65552011000200010&lng=en&nrm=iso.
13. Bruno P. Notificação de incidentes e eventos adversos o peso da culpa e a não regulamentação em Portugal. In Loureiro J, Pereira AD, Barbosa C. Direito da saúde estudos em homenagem ao professor doutor Guilherme de Oliveira - Segurança do paciente e consentimento informado. Vol 3. Editora Almedina; 2016. p. 83-94.
14. The lancet . Patient safety is not a luxury, Vol 387 , Issue 10024 , 1133. 19 mar. 2016. [internet]; [acesso em 27 fev 2018]. Disponível em [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(16\)30003-4/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(16)30003-4/fulltext).
15. Imperial College of London. Patient Safety 2030 NIHR Patient Safety Translational Research Centre at Imperial College London and Imperial College Healthcare NHS Trust, 2015, 45p. [internet]; [acesso em 27 fev 2018]. Disponível em: <http://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/institute-of-global-health-innovation/centre-for-health-policy/Patient-Safety-2030-Report-VFinal.pdf>.
16. Sousa P, Uva AS, Serranheira F, Uva MS, Nunes C. Patient and hospital characteristics that influence incidence of adverse events in acute public hospitals in Portugal:

a retrospective cohort study. *Int J Qual Health Care*; 2018. 1-6 doi: 10.1093/intqhc/mzx190.

17. Carneiro AV. O erro clínico os efeitos adversos terapêuticos e a segurança dos doentes uma análise baseada na evidência científica. *Rev Portuguesa de Saúde Pública*. 2010;10:3-10.

18. Faria PL, Moreira PS, Pinto LS. Direito e segurança do paciente. In Sousa P, Mendes W, organizadores. *Segurança do paciente: conhecendo os riscos nas organizações de saúde*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2014. p. 115-134.

19. Wachter RM. The end of the beginning: patient safety five years after to err is human. [internet]; [acesso em 20 fev 2018]. Disponível em http://library.armstrong.edu/eres/docs/eres/MHSA7750-1_CROSBY/7750cro_post_to_err_is_human.pdf.

20. Bruno P. Registro de incidentes e eventos adversos: implicações jurídicas da implementação em Portugal - Erro em medicina. Wolters Kluwer e Editora Coimbra; 2010. 223p.

21. Direção Geral de Saúde. Estrutura conceitual da classificação internacional sobre segurança do doente. 2011. 145p. [internet]; [acesso em 13 nov 2017]. Disponível em <https://www.dgs.pt/documentos-e-publicacoes/classificacao-internacional-sobre-seguranca-do-doente.aspx>.

22. Pereira AG. Direitos dos pacientes e responsabilidade médica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: dezembro de 2012; 879p. [internet]; [acesso em 25 jan 2018]. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/31524/1/direitos%20dos%20pacientes%20e%20responsabilidade%20m%c3%a9dica.pdf>.

23. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. [internet]; [acesso em 22 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

24. Brasil. Presidência da República. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 que regula o acesso a informações. [internet]; [acesso em 22 fev 2018] Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

25. Gomes TR. O erro médico sob o olhar do judiciário: uma análise das decisões do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Dissertação de mestrado. Brasília. 2017. 99p. [internet]; [acesso em 03 fev 2018] Disponível em http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22983/1/2017_TalitaRodriguesGomes.pdf.

26. Gomes TR. Análise idiossincrática dos discursos proferidos nas decisões judiciais sobre erro médico no TJDF: um estudo qualitativo. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*. Brasília. 2017;4(1):55-69. [internet]; [acesso em 06 fev 2018] Disponível em <http://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/416/490>.

27. Pegalis SE, Bal BS. Closed medical negligence claims can drive patient safety and reduce litigation. *Clin Orthop Relat Res*. Maio 2012; 470(5):1398-404. DOI: 10.1007/s11999-012-2308-5.
28. Institute of medicine, committee on quality of health care in America. Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS. Organizadores. *To err is human: building a safer health system*. National Academy Press, Washington, D.C. 2000. 312 p. [internet]; [acesso em 01 fev 2018] Disponível em <http://nap.edu/9728>.
29. George JA. Patient safety. In *worst case bioethics*, Osford Un. Press; 2010. p.165-173.
30. Faria PL. Perspectivas do direito da saúde em segurança do doente com base na experiência norte-americana. *Rev Portuguesa de Saúde Pública*. 2010;10:81-88.
31. Kachalia A, Mello MM, Nallamothu BK, Studdert, David M. Legal and policy interventions to improve patient safety. *Circulation*. Fev 2016 16;133(7):661-71. DOI: 10.1161/CIRCULATIONAHA.115.015880.
32. Agency For Healthcare Research And Quality. Communication and Optimal Resolution (CANDOR) Toolkit. [internet]; [acesso em 28 fev 2018] Disponível em <http://www.ahrq.gov/professionals/quality-patient-safety/patient-safety-resources/resources/candor/introduction.html>.
33. Lambert BL, Centomani NM, Smith KM, Helmchen LA, Bhaumik DK, Jalundhwala YJ, McDonald TB. The “seven pillars” response to patient safety incidents: effects on medical liability processes and outcomes. *Health Serv Res*.2016;51: 2491-2515. doi:10.1111/1475-6773.12548.
34. Ridgely MS, Greenberg MD, Pillen MB, Bell J. Progress at the intersection of patient safety and medical liability: insights from the AHRQ Patient Safety and Medical Liability Demonstration Program. *Health Serv Res*. 2016 Dec; 51 Suppl 3:2414-2430. DOI: 10.1111/1475-6773.12625.
35. Pronovost PJ, Ravitz AD, Stoll RA, Kennedy SB. Transforming patient safety: a sector wide systems approach [Internet]; [acesso em 27 fev 2018] Doha, Qatar: World Innovation Summit for Health; 2015. Disponível em http://www.wish.org.qa/wp-content/uploads/2018/01/WISH_PatientSafety_Forum_08.01.15_WEB-1.pdf.
36. Guillod O. Medical error disclosure and patient safety: legal aspects. *Journal of Public Health Research*. 2013;2(3):e31. doi:10.4081/jphr.2013.e31.

Pensar a Lei como Intervenção no Processo Avaliativo do Direito à Saúde

Alethele de Oliveira Santos¹
Zulmira Hartz²
Maria Célia Delduque³



Artigo também disponível pelo
QR Code ao lado ou *link*
<https://goo.gl/nXnBHj>

RESUMO

Trata-se de ensaio que aborda o entendimento relativo à lei como intervenção na saúde, a partir da conexão entre saúde, direito e avaliação. Tem, por objetivo, fomentar o debate que envolve a legislação e a avaliação em saúde. Foi escrito a partir de estudo exploratório em material bibliográfico relacionando a Avaliação em Saúde aos fundamentos compatíveis com uma Teoria de Mudança, para a apresentação de conceitos e dar ênfase à importância de modelo lógico que possibilite tal avaliação. Buscou demonstrar a viabilidade de que a lei seja tomada e, conseqüentemente, avaliada como intervenção, a possibilidade de elaboração de modelo aplicável ao caso concreto de forma compatível a uma teoria de mudança e, conseqüentemente, a adequação da teoria mencionada ao tipo de avaliação proposta.

Palavras-chave: Legislação. Avaliação em Saúde. Direito à saúde.

1 Advogada. Assessora Técnica do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass). Doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade de Brasília. E-mail para contato: alethele@ig.com.br

2 Professora Catedrática na Unidade Curricular de Avaliação em Saúde no Programa de Doutorado em Saúde Internacional do Instituto de Higiene e Medicina Tropical da Universidade Nova de Lisboa. E-mail para contato: zhartz@ihmt.unl.pt

3 Pesquisadora Titular e Docente na Fundação Oswaldo Cruz de Brasília. Pós-Doutorado em Direito na Universidade de Cantábria-Espanha. E-mail para contato: mcdelduque@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde refere aspectos individual e coletivo, social e público e, justamente por lhe serem intrínsecas tais características, passa por “recomposições” históricas e práticas, quando observados diferentes territórios e nações. É assim porque está ligado aos movimentos da sociedade e do Estado, responsáveis por definir, conforme conjunturas, as respostas que se deve dar para as questões relacionadas à saúde.

Consequentemente, a regulação do direito à saúde alcança as responsabilidades dos Estados, do mercado, do indivíduo e da família.

Parece exaustivo recorrer à história e à conceituação já fartamente conhecida para quem atua na saúde, ou até mesmo no direito, mas este debate permanece muito atual, na medida em que se discute – em vários países – o tipo de cobertura assistencial, ou prestação positiva, que será disponibilizada aos seus cidadãos. (1-2)

Portanto, cabe em breves linhas, rememorar parte da história para a melhor compreensão da associação entre direito e saúde. Parte das teses sobre saúde e sua doutrina advieram do estudo dos corpos e sua constituição como sujeitos desde o século XVIII, na Europa, embora se reconheça que discussões sobre o seu aspecto conceitual sejam anteriores aos tempos hipocráticos (3-4). Posteriormente, com as primeiras urbanizações, as medidas associadas às polícias médicas passaram a estabelecer responsabilidades para o Estado e para os cidadãos, sobretudo no âmbito fiscalizatório (5). Tais medidas foram incrementadas quando da Revolução Industrial, que em face da alteração considerável e sistemática das condições de vida e das organizações territoriais, os temas de saúde passaram a deter maior interesse, em especial, quando associados interesses à saúde dos trabalhadores e às crises sanitárias (6).

O que se tinha, até então, é que já estavam reguladas a atuação da polícia administrativa (higiene urbana, controle de fronteiras, condições insalubres) e a atuação de profissionais como médicos e farmacêuticos (7). Para Figueiredo e Hartz, “a regulação em saúde não é como a regulação econômica típica, ligada à correção de falhas do mercado”, e adquire, portanto, uma característica polissêmica que deve ser sempre considerada (8).

Toma-se, como ponto de partida, a definição clássica de “saúde” da Organização Mundial da Saúde (OMS), formulada após o flagelo das guerras mundiais: “um completo estado de bem-estar físico, mental e social”, e não meramente a ausência de doença, em busca de padrões de coesão e convivência, minimamente adequados, caracterizados como direitos humanos. (9)

O debate sobre a lei como intervenção no direito à saúde encontra seu fundamento na própria Constituição da OMS, que a caracteriza como direito: “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social” (9). Ainda que se reconheça o individualismo como principal característica

da saúde como direito humano, os papéis atribuídos ao Estado deram-lhe conformações diferentes, em especial na segunda metade do século XX.

A análise requer a aferição das responsabilidades do Estado, que: (i) pode estar na centralidade da geração dos bens, ações e serviços, que seriam, portanto, públicos; (ii) pode posicionar-se na subsidiariedade ao mercado, fomentando a geração de bens, ações e serviços, que seriam, portanto, privados; ou ainda, que (iii) atue em ambas as posições. Contudo, o que é comum, é que a responsabilidade estatal sobre a saúde estará sempre estabelecida na lei.

Os debates travados pelas sociedades, e que mencionam a saúde, têm sua legalidade expressa, muitas vezes, nas próprias constituições, que resultam da arena de forças estabelecidas em dado momento histórico.

Neste sentido, constituições têm força propulsora para os processos políticos e não podem ser lidas como mero formalismo estrutural para a atuação jurídica (10). A conciliação entre a subjetividade apresentada pelas constituições e as ações políticas garantidoras de direitos é um desafio para o direito à saúde, que deve contar, especialmente, com a participação social, radicada nos princípios da solidariedade e da democracia.

Para Linera, em análise sobre a América Latina, há uma diversidade da chamada “materialidade institucional”, ou seja, um conjunto de regras, normas, orçamentos e exigências burocráticas essenciais para o diagnóstico e a tomada de decisão (11). Estando o conjunto normativo atrelado ao diagnóstico, à tomada de decisão e ao alcance da efetividade de direitos, entende-se que é legítimo que a legislação em saúde seja considerada como intervenção nos processos avaliativos.

O conteúdo deste texto está dividido em três blocos: o primeiro remonta à conexão saúde e direito; o segundo apresenta a avaliação no campo da saúde e a lei como intervenção; o terceiro refere-se à necessidade de aperfeiçoar marco conceitual aplicável e elaboração de modelo lógico para o caso em debate. Este último apresenta conceitos relacionados à avaliação, revertendo-os à lei como intervenção no direito à saúde, dando ênfase ao marco conceitual e à importância de elaboração de modelo lógico que possibilite a avaliação.

O texto é escrito como ensaio, a partir de estudo exploratório em material bibliográfico, relacionando a Avaliação em Saúde aos fundamentos compatíveis com uma Teoria de Mudança.

2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

A VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), em 1986, foi reconhecida como um marco para o processo de redemocratização do país, a partir de debate sobre a conformação do Estado Brasileiro, e contou com a participação de cerca de 50 mil pessoas. Funcionou como *input* para as alterações legislativas em saúde no Brasil.

Para o presente texto, interessa, exatamente, seu relatório final. O documento foi dividido em três eixos: Saúde como Direito, Reformulação do Sistema Nacional de Saúde e Financiamento do Setor, cuja compreensão é entrelaçada ao conceito de Estado de Direito, aquele cujos atos – públicos e privados – são realizados na totalidade com base em sua ordem jurídica. (12;16)

Para o eixo “Saúde como Direito”, o Brasil consagrou-o na Constituição Federal de 1988 (CF/88), qualificando-o como social e fundamental. Tal garantia está contemplada nos artigos 196 a 200, conferindo ao Estado a responsabilidade da prestação positiva, por meio de política pública social e econômica. (13)

Considerado o eixo “Reformulação do Sistema Nacional de Saúde”, cabe ressaltar que o sistema de saúde brasileiro é misto e recorre-se, como esforço didático de redução de complexidade, à lição: “a legislação brasileira fez permitir a atuação do público (SUS) e do privado (suplementar) e mais, a atuação do privado no público (complementar) e do público no privado (regulação, fiscalização, vigilância)”, também expressa na CF/88 e várias outras ordenações legais. (14)

A oferta universal pública ao direito à saúde, no caso brasileiro, encontra barreiras na própria opção constitucional pela segmentação, conformada num modelo de atenção que não atende às características populacionais em rápida alteração, na necessária qualificação dos meios da participação social, nas dificuldades referentes à gestão do trabalho, na crescente judicialização e, especialmente, na busca por financiamento sustentável.

Este é outro elemento que deve ser considerado na institucionalização do direito à saúde, que diz respeito aos orçamentos públicos, constituidor do eixo “Financiamento”. A legislação brasileira também contemplou questões relacionadas aos pisos mínimos de alocação orçamentária em saúde, bem como submeteu a setorial às regras legais de regularidade fiscal. Contudo, é consenso que o sistema público brasileiro é subfinanciado, o que provoca longos tempos de espera para o acesso às ações e serviços de saúde.

A participação social, ainda que não componha eixo específico, foi a responsável pelo conteúdo do relatório final da VIII CNS, na medida em que possibilitou a identificação do problema e proposição das soluções referentes ao direito à saúde, a partir da demonstração do contexto social de luta pela redemocratização. A participação social foi legalmente institucionalizada no Brasil e consagrada em relação ao direito à saúde com a expressão da “participação da comunidade”, estabelecida na CF/88. Neste ponto, a lei identificou as formas pelas quais deve ocorrer tal participação (Conselhos, Conferências, Audiências, Consultas Públicas), contudo, a norma, por si só, não pode ocupar lugar de maior importância que seus próprios efeitos. Não importa se aumentaram os números de consultas públicas ou de conferências de saúde, e sim, como foram utilizadas e os seus resultados efetivados.

Cabe, nesse raciocínio, a lição de que a Constituição é o conjunto de objetivos da sociedade, transformados em lei, inclusive para organizá-los e alcançá-los (15). Tal

alcance começa com a elaboração da Constituição e segue, pela legislação, até a decisão judicial e, em caso de descumprimento, a execução da sanção (16). Contudo, toda a legislação existe – ao menos em tese – para garantir a efetividade do direito à saúde.

As normas que tratam da efetivação dos direitos sociais são prospectivas e progressivas – e o fato de não estarem sendo cumpridas totalmente não significa que não expressem direitos. Ao contrário, ao expressarem direitos, tornam-se expectativas e provocam a evolução das sociedades. Entretanto, somente processos avaliativos é que permitem aferir se a lei alcançou, e em que medida, a alteração social pretendida.

2.1 AVALIAÇÃO EM SAÚDE E A LEI COMO INTERVENÇÃO

Chama a atenção o conceito que Weiss deu à avaliação. Em sua compreensão, a avaliação é a apreciação sistemática do funcionamento, dos resultados e execução de um programa ou de uma política, em função de critérios explícitos ou implícitos, para o seu aperfeiçoamento (17-20). Para Hartz *et al*, “a avaliação visa à melhoria do bem-estar coletivo” (22).

Importa, essencialmente, que a avaliação é: (i) a emissão de uma valoração sobre determinada intervenção ou parte dela; (ii) por atores que detenham a expertise e que, preferencialmente, sejam de diferentes campos do saber; (iii) dotada de informação cientificamente válida e socialmente legitimada; (iii) possa-se traduzir em ações.

Na saúde, a combinação de fatores como o envelhecimento populacional, o crescimento e necessário controle de custos asseveram a complexidade que já lhe é própria, e a avaliação vem-se revelando instrumento útil para a informação dos gestores, para a tomada de decisão e justificativa para a alocação dos diferentes tipos de recursos. Tais necessidades e possibilidades têm oportunizado o incremento da avaliação no campo da saúde.

Considerando que a avaliação está umbilicalmente ligada à intervenção, interessa verificar se a lei se enquadra neste conceito e de que forma pode ser avaliada.

Hartz *et al* consideram que:

uma intervenção pode ser concebida como sistema organizado de ação que visa, em um determinado ambiente e durante um determinado período, a modificar o curso previsível de um fenômeno para corrigir uma situação problemática (8, p.16)

Por via de consequência, se uma intervenção é um sistema organizado de ação composto por cinco componentes: (i) estrutura; (ii) atores individuais e coletivos e suas práticas; (iii) processos de ação; (iv) finalidade(s); (v) ambiente, cabe analisar se a lei os possui. (23-25)

A estrutura diz respeito aos recursos físicos mobilizados, ao conjunto normativo (“regras do jogo”) e à dimensão simbólica. Neste caso, para a formulação da lei há

recursos físicos permanentemente mobilizados para este fim (Poder Legislativo), bem como há regramentos para a própria elaboração legislativa (legística). As leis são o resultado da atuação do Poder Legislativo e refletem o conjunto de valores e crenças sociais, originadas da democracia representativa.

Outro componente diz respeito aos atores envolvidos na intervenção. Recorre-se, novamente, à lição de Hartz *et al* (22), para quem os atores são caracterizados por sua visão de mundo, sua disposição para atuar e, principalmente, por interagirem “em um jogo permanente de cooperação e de concorrência para aumentar seu controle sobre os recursos críticos do sistema de ação (dinheiro, poder, influência, compromissos acerca de normas sociais)”. Não há que se duvidar que os atores da formulação legislativa estão motivados e vinculados às características elencadas, tanto que, no caso brasileiro, há emendas parlamentares com destinação obrigatória para a saúde pública. É incontestável o *advocacy* de grupos específicos, além das influências que são absorvidas ou exercidas e que podem revelar (des)compromisso com o desenvolvimento social. Portanto, as práticas destes atores constituem a lei/intervenção e são influenciadas por sua estrutura.

Os componentes “processos de ação” e “finalidades” terão sua aplicabilidade à lei analisada conjuntamente. Tomado o processo de ação como a mobilização e utilização, durante e pelos quais os recursos são revertidos pelos atores na produção dos bens ou serviços necessários ao alcance de finalidades, conseqüentemente, as finalidades devem corresponder aos objetivos da intervenção. Então, os atores do poder legislativo mobilizam e utilizam a estrutura para a elaboração de intervenção (lei) capaz de modificar fenômenos, atuando sobre causas ou determinantes, em período de tempo específico ou impreciso, para corrigir um problema.

Neste ponto, tem-se que a VIII CNS identificou o problema relacionado ao campo saúde, bem como propôs soluções (12). Os atores do legislativo mobilizaram a estrutura existente para a elaboração de leis (Constituição, Leis Complementares e Leis Ordinárias) com vistas à modificação do *status* do(s) fenômeno(s) relacionados à saúde.

Por fim, o ambiente da intervenção diz respeito aos contextos que estruturam o campo de sua implementação e os outros sistemas organizados com os quais interagem. Ou seja, a lei sobre saúde no Brasil atua com os subsistemas público e privado, com a relação entre eles, bem como com sua inter-relação com outros sistemas organizados, a exemplo da educação na formação de profissionais para o campo da saúde.

Em suma, a lei pode e deve ser considerada intervenção no campo da saúde, “suscetível de se tornar objeto do trabalho avaliativo”. (21)

3. A PROPOSTA DE APERFEIÇOAMENTO DE MARCO CONCEITUAL PARA A LEI COMO INTERVENÇÃO NA AVALIAÇÃO EM SAÚDE E SUA POSTERIOR MODELIZAÇÃO

O campo da avaliação tem sido ampliado, em especial para as políticas públicas que têm que responder aos problemas, com intervenções simples ou complexas. Assim, via de regra, a escolha da abordagem e do método para a avaliação de uma intervenção estará relacionada à complexidade desta.

No caso da lei e sua complexidade é preciso ceder ouvidos ao que ensina Sen (26). Para o autor, o desempenho econômico, a oportunidade social, a voz política e a argumentação racional pública estão relacionados, tanto que o conceito de justiça passou a envolver-se cada vez mais, desde os anos 1950, com os direitos de bem-estar e os direitos humanos. Entretanto, o destaque está para o que o autor chama de “críticas de institucionalização” – os direitos devem estar institucionalizados ou não são direitos – e “críticas de exequibilidade” – apesar dos melhores esforços, talvez não seja possível concretizar os direitos de bem-estar para todos. As “críticas de institucionalização” e “de exequibilidade” são combatidas pelo autor com a tese das obrigações imperfeitas – pelo fato de não serem direitos totalmente alcançados, não deixam de ser direitos.

A afirmativa de Sen (26) confere mais complexidade à lei e determina sua habilitação como intervenção na saúde, isto porque tanto a crítica de institucionalização quanto à de exequibilidade requerem avaliação que permita qualificar a obrigação como cumprida ou imperfeita.

Ultrapassada a dúvida sobre a lei como objeto de avaliação, cabe esclarecer que Hartz *et al* (22) ensinam que as intervenções podem ser alvo de dois tipos de avaliação: a avaliação normativa, que busca apreciar os componentes da própria intervenção em função de critérios e normas; e a pesquisa avaliativa, que analisa as relações de causalidade entre os diferentes componentes da intervenção.

3.1 A COMPLEXIDADE DA LEI NA AVALIAÇÃO

A lei deve ser considerada intervenção complexa, isto porque pode contemplar múltiplas finalidades, mobilizar atores diversos e interdependentes, impor atividades num lapso temporal impreciso, dentre outros vários elementos identificáveis apenas nos casos concretos. Contudo, a escolha da abordagem e dos métodos de avaliação deve ser precisa e compatível com os objetivos que se pretendem alcançar.

Neste sentido, a lei tida como intervenção pode ser alvo da apreciação normativa, nos casos em que o objetivo for afeto à comparação que permita medir o grau de conformidade da própria lei com suas normas e condições de elaboração (legística), no que diz respeito à estrutura, ao processo e aos resultados pretendidos.

Contudo, e parece mais interessante, também pode ser foco da pesquisa avaliativa, que percorrerá a análise normativa, estratégica, lógica, da produção, dos efeitos, da eficiência, da implantação e assim por diante.

O que não se pode prescindir, seja para um ou outro tipo da avaliação, é da importância da “modelização” da intervenção. Para Hartz *et al* (22), a constituição de modelo lógico possibilita determinar o sentido de determinada intervenção em face da conceitualização dos elos entre as estruturas, os processos e os resultados. A modelização torna evidente, explícito, o caminho dos atores e a revelação dos objetivos, tornando inteligível o encadeamento das ações de um sistema complexo.

O que também precisa ter-se claro é que a modelização requer fundamento teórico capaz de conferir-lhe sustentação didática e adequada ao objetivo.

4. A AVALIAÇÃO DA LEI ORIENTADA POR UMA TEORIA DE MUDANÇA

No caso em análise, em que se pretende a avaliação da lei como intervenção na saúde, o pressuposto base é de que o legislador determina o que é de direito e impõe responsabilidades para que ele seja acessível, ou seja, torne-se prestação positiva. Por conseguinte, a lei impõe uma transformação, seja para o indivíduo, seja para a sociedade.

Ao assumir que a lei é transformadora, tem-se como oportuna a adoção de uma teoria de mudança como fundamento para entendê-la na condição de uma intervenção. Uma teoria de mudança pode ser ferramenta útil para o desenvolvimento de soluções, especialmente, para sistemas complexos. Isto porque articula os pressupostos processuais sobre os quais ocorrerá a mudança, com seus resultados de curto, médio e longo prazo, possibilitando seus registros. (28)

Os registros são compostos pela descrição do contexto e raciocínio contidos no esforço de mudança; as suposições e crenças sobre como a mudança ocorrerá; as condições que devem ser estabelecidas antes que as estratégias e os impactos na vida das pessoas possam ser articulados; a responsabilidade dos indivíduos, da sociedade, dos líderes e dos financiadores; bem como vários outros elementos que decorrem da ação complexa e multifacetada. (27)

As Teorias de Mudança passaram a ser sistematizadas, mais fortemente, a partir dos anos 1970, e foram capazes de associar diferentes bases conceituais aos ambiciosos esforços de transformação social. Trata-se de uma abordagem que apresenta as relações entre as estratégias de atuação e os resultados pretendidos, em geral, representadas por um diagrama, com fundamento em pressupostos socialmente legitimados (17-20). Em suma, trata-se de um processo capaz de descrever como uma iniciativa de mudança complexa se desenvolve ao longo do tempo, a partir da ilustração de várias partes que operam em conjunto para obter o resultado desejado (28).

Essas teorias são capazes de indicar as mudanças ocorridas, individual ou coletivamente, na vida das pessoas, e tais mudanças são denominadas “efeito” ou “im-

pacto”. Na medida em que os efeitos e/ou impactos são capazes de alterar o funcionamento dos serviços, as normas sociais, a vontade política, passam a ser reconhecidos e denominados como “influência”. Ao incremento de investimento, seja público ou privado, dá-se o nome de “alavancagem”.(27)

Contudo, há que se reconhecer que o fator essencial para a mudança está nas competências dos agentes em determinado contexto, pois elas são os elementos que permitem que ocorram a alavancagem, a influência e o impacto. Ou seja, as competências dos agentes são ingredientes essenciais para que as mudanças ocorram e, muitas vezes, podem ser confundidas, porque são inseparáveis dos impactos, influências ou da própria alavancagem. (27)

O que se tem é que uma teoria de mudança está firmada em três pilares: (i) definir como as estratégias e ações alcançarão mudanças, estabelecer os elos entre estas e os resultados e propiciar aprendizado; (ii) comunicar a visão da mudança; (iii) identificar resultados, medidos ao longo do caminho, e todos estes alcances interessam à análise da lei como intervenção na saúde.

A abordagem da Teoria de Mudança diz que seu reconhecimento e/ou inserção pode ocorrer em momentos diferentes. Pode ocorrer desde o levantamento de pressupostos, do planejamento das ações ou, ainda, na fase de avaliação, estando a sua importância na precisa identificação do *input*; na conexão entre as intervenções e resultados; na responsabilização.

É preciso colocar na pauta dos debates sobre a avaliação, em especial ligados à aplicação das leis, que os modelos e ferramentas utilizados, sejam eles quais forem, não podem restringir a reflexão, não sendo adequada a aplicação de modelos lógicos inflexíveis (29). Nota-se que a evolução atual da Teoria de Mudança está atrelada, essencialmente, à prática social informada e à sua avaliação (29), que por sua vez, aplicam-se ao caso em estudo na medida em que são essenciais à produção legislativa.

Alguns fatores devem ser tomados em conta na avaliação da lei como intervenção na saúde: (i) a seleção de evidências / indicadores não pode criar uma ‘sensação de segurança’ desatrelada da realidade e que só repita pensamentos teleológicos; (ii) a relação desde os líderes até os usuários, não sendo crível uma formulação especializada e tecnicista (“de cima para baixo”) e de característica excludente; (iii) a transmissão de forma simples, contudo sem desqualificar ou despolitizar suas características.

Isto porque a inobservância de características que considerem as finalidades reais das teorias de mudança, alicerçadas na crítica honesta e reflexiva, pode levar a uma formulação que sirva de ‘teoria de mudança enganosa’. (29)

Num momento em que os sistemas de governança dão realce às questões afetas ao planejamento, *compliance* e *accountability*, parece bastante adequada a utilização de uma teoria que faça conexões entre pré-condições e intervenções e seus resultados futuros. Isso porque obriga que as partes interessadas na mudança sejam explícitas quanto aos processos e aos recursos, desenvolvendo imagem realista da complexidade, tanto do *status quo* quanto daquele que se pretende alcançar.

Pode-se dizer então, que uma teoria de mudança serve também como “ferramenta de gerenciamento de expectativa” (28), na medida em que demonstra a articulação entre a meta, o resultado, os recursos e o tempo.

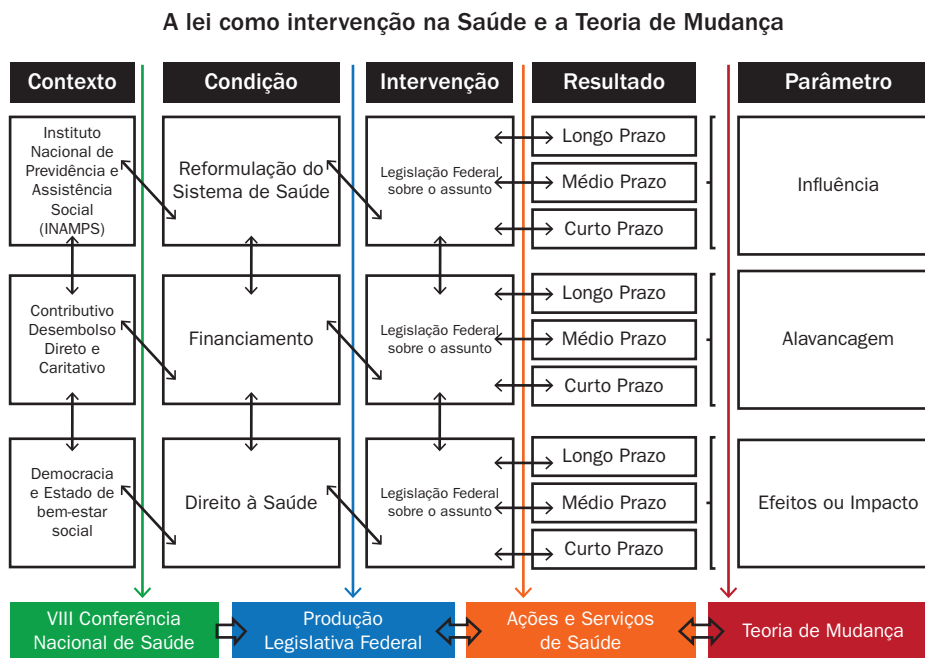
4.1 MODELO LÓGICO

Ainda que os modelos lógicos sejam mais ‘antigos’ que a Teoria de Mudança, a modelização ou mapeamento é parte importante deste tipo de abordagem. Uma imagem capaz de demonstrar a relação entre diferentes tipos de resultado tem função didática, comunicante e esclarecedora. Para que alcance tais objetivos, deve apresentar desde o contexto identificado até o alcance do objetivo de longo prazo, possibilitando uma sequência que sinalize o percurso dos resultados, sejam eles autônomos, relacionais ou simultâneos. (27)

Ao se esperar que o modelo seja capaz de denotar tais características, é óbvio que ele será útil e aplicado a cada caso, pois traduz um contexto próprio, um elenco de condições, resultados, evidências e indicadores restritos à prática social informada e/ou à avaliação. (27;29)

Apenas para fim didático e exemplificativo, o ensaio apresenta proposta de modelização para a avaliação da legislação federal (conjunto normativo) como intervenção na saúde, que toma como ponto de partida o relatório final da VIII CNS, conforme explicitado no texto, e sua compatibilidade com uma abordagem da teoria de mudança.

Figura 1 – Proposta de Modelização para a avaliação da Legislação Federal.



Fonte: Elaboração das autoras.

A proposta de modelo utiliza, como contexto, o cenário havido no Brasil até 1986, quando a legislação nacional sobre saúde, a partir do conteúdo do relatório final da VIII CNS, começa a ser alterada. Em razão disto, foram consideradas, como condição, as categorias existentes naquele documento: reformulação do sistema de saúde, financiamento e direito à saúde.

Uma vez que a legislação foi dada como intervenção na saúde, o conteúdo determinado pela CF/88, leis complementares e legislação ordinária, também deve ser agrupado de forma compatível a cada uma das condições, de forma a possibilitar a aferição de resultados obtidos ou a obter no curto, médio ou longo prazo. Esses resultados devem ser apresentados conforme sua influência, alavancagem e impacto que tiveram no direito à saúde, consideradas suas análises estratégica e operacional.

Por óbvio que a aplicação do modelo a qualquer caso concreto requererá incremento e adaptações, na medida em que o modelo se refere ao conjunto normativo e não a uma norma específica. Deverá ser iniciado pelo principal objetivo a que se pretende, as abordagens programáticas deverão ser selecionadas, com a respectiva inclusão de causas e justificativas, assim como, para cada abordagem, deverá haver a seleção de indicadores e a identificação de pré-condições e, especialmente, a responsabilização e a identificação do que é ou não considerado alcance de sucesso. (27-29)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado o panorama aqui apresentado, afirma-se que a concepção do direito à saúde e as formas para garanti-lo têm sido um debate constante. Reconhece-se a saúde como direito humano, pelo que deve compor a pauta ética universal, com vistas à sua garantia. Os países democráticos, entre os quais o Brasil, têm na lei o fundamento para a ação do Estado, seja na prestação positiva do Direito, seja na sua garantia, o que torna de crucial importância para a sociedade a avaliação do ordenamento a que está submetida.

Não poderia ser diferente no que diz respeito ao direito à saúde. Neste âmbito, e sem intenção de esgotar o assunto, menos ainda de reduzir a complexidade que lhe é própria, o conteúdo deste ensaio teve a intenção de demonstrar: (i) a possibilidade de que a lei seja tomada como intervenção na saúde; (ii) a viabilidade de elaboração de modelo aplicável ao caso concreto; (iii) a adequação da teoria de mudança para a avaliação da lei.

Espera-se que tal esforço seja capaz de estimular os debates sobre o assunto, bem como de fomentar o incremento da avaliação das políticas em saúde, para o aperfeiçoamento de marco conceitual e a estruturação de modelos lógicos.

REFERÊNCIAS

1. Laurell AC, Lopez O. Market commodities and poor relief: the World Bank proposal for health. *Int J Health Serv.* 1996; p. 1-18.
2. Laurell AC, Herrera J. La segunda reforma de salud. Aseguramiento y compra-venta de servicios. *Salud Colectiva.* 2010. [internet]; [acesso em 10 jan 2018]; Disponível em <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73115020002>.
3. Foucault M. *Naissance de la clinique: une archeologie du regard médical.* Paris: PUF; 1966.
4. Foucault M. *Surveiller et punir.* Paris: Gallimard; 1979.
5. Rosen G. Da polícia médica à medicina social. Rio de Janeiro: Graal; 1980. p. 77-141.
6. Silva GR. Origens da medicina preventiva como disciplina do ensino médico. *Rev. Hosp. Clin. Fac. Med. S. Paulo.* 1973;28(2):31-5.
7. Dallari SG. Direito Sanitário - ao citar Forges JML. [internet]; [acesso em 12 fev 2018]; Disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26843-26845-1-PB.pdf>.
8. Figueiredo TA, Hartz ZM. Avaliação de desempenho da regulação em saúde. *Anais do Instituto de Medicina e Higiene Tropical da Universidade Nova de Lisboa. Regulação na saúde.* 2017;16:S.19.
9. World Health Organization. 1946. Constitution of the World Health Organization. Basic Documents. WHO. Geneva.
10. Wolkmer AC, Fagundes LM. Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: estado plurinacional e pluralismo jurídico. [internet]; [acesso em 11 jan 2018]; Disponível em <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2158/1759>.
11. Linera A. *Estado multinacional.* La Paz: Malatesta; 2005.
12. Ministério da Saúde. Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde. Brasília; 1986.[internet]; [acesso em 12 fev 2018]. Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf.
13. Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. [internet]; [acesso em 13 fev 2018]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
14. Santos AO, Delduque MC, Alves SA. Os três poderes do estado e o financiamento do SUS: o ano de 2015. *Cad. Saúde Pública;* 32(1): e00194815. [internet]; [acesso em 13 fev 2018]. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000100301&lng=pt.

15. Dallari SG. Os estados brasileiros e o direito à saúde. São Paulo: Hucitec; 1995.
16. Kelsen H. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins fontes; 2009.
17. Weiss CH. Evaluating Action Programs: readings in social action in education. Boston: Allyn Bacon Inc.; 1972a.
18. Weiss CH. Utilization of evaluation toward comparative study. In Weiss CH. Evaluating Action Programs: readings in social action in education. Boston: Allyn Bacon Inc.; 1972b.
19. Weiss CH. Evaluation research: methods for assessing program effectiveness. Englewood Cliffs: Prentice Hall; 1972c.
20. Weiss CH. Evaluation: methods for studying programs and policies. 2 ed. Upper Saddle River. NJ: Prentice Hall; 1998a.
21. Guba EG, Lincoln YS. Fourth generation evaluation. Newbrury Park: Sage Publications; 1989.
22. Champagne F, Contandriopoulos AP, Brouselle A, Hartz Z, Denis JL. A avaliação no campo da saúde. In Avaliação: conceitos e métodos. Rio de Janeiro: Fiocruz; 2011.
23. Rocher G. Talcott Parsons et la sociologie américaine. Paris: Presses Universitaires de France; 1972.
24. Parsons T. Social systems and the evolution of action theory. New York: The Free Press; 1977.
25. Bordieu P, Wacquant L. Réponses: pour une anthropologie reflexive. Paris: Seuil; 1992.
26. Sen AK. The idea of justice. Cambridge: Belknap Harvard; 2009.
27. Annie E. Casey Foundation. Theory of change: A practical tool for action, results and learning. Organizational Research Services. Project report. UNSPECIFIED; 2004.
28. Anderson AE. The community builder's approach to theory of change: a practical guide to theory development. Aspen Institute.
29. Valters G. Theories of change in international development: communication, learning or accountability? JRSP Paper; 2014.