

ALERGIA ALIMENTAR COMO PROBLEMA DE SAÚDE PÚBLICA

Reflexões sobre a tutela de crianças e adolescentes com alergia alimentar pela Lei Estadual nº 7.651/2017

CÍNTIA MORGADO*

FERNANDA MAINIER HACK**

Sumário: 1. Introdução. 2. A tutela da criança e do adolescente com alergia alimentar. 2.1. Alergia alimentar como problema de saúde pública. 2.2. Tutela prioritária da criança e do adolescente através da garantia dos direitos à saúde, à alimentação adequada e à educação alimentar e nutricional. 2.2.1. O direito à saúde. 2.2.2. O direito humano à alimentação adequada. 2.2.3. A educação alimentar e nutricional como direito fundamental e como atividade administrativa de fomento de hábitos de vida saudáveis. 3. Reflexões sobre a Lei estadual nº 7.651/2017. 3.1. A tutela das crianças e adolescentes com alergia alimentar na Lei estadual. 3.2. Destinatários da Lei estadual: escolas públicas e particulares. 3.3 Inconstitucionalidade formal dos artigos 3º e 4º. Vício de iniciativa. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo. 3.4. Inconstitucionalidade material dos artigos 2º, parágrafo único, 3º e 4º. 3.4.1. Uma releitura do princípio da separação de poderes. 3.4.1.1. Da reserva de administração. 3.4.1.2. Das capacidades institucionais da Administração Pública: expertise técnica e processualização da tomada de decisão em matéria de prestações de saúde. 3.4.2 Da liberdade de profissão e de prescrição dos profissionais de saúde. 4. Conclusão. 5. Referências

1. Introdução

A alergia alimentar ganha crescente destaque na temática de saúde pública, considerando que o aumento de casos de reações adversas impacta na qualidade de vida e na saúde da população, demandando alimentação e tratamentos adequados¹. A preocupação revela-se ainda mais urgente diante da prevalência da alergia alimentar na infância e tendo em conta os efeitos que as reações alérgicas acarretam no desenvolvimento infantil, posteriormente, na vida adulta.

* Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela UERJ com estágio de estudos e pesquisa no Mestrado de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra.

** Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

¹ CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Rotulagem de alimentos: o direito à informação, à proteção da saúde e à alimentação da população com alergia alimentar*, 1ed. Curitiba: Juruá, 2014.

Diante dos novos riscos provocados pelos alimentos na sociedade contemporânea, cabe ao Estado tutelar a saúde e a segurança alimentar e, prioritariamente na infância, adotar medidas que evitem ou minorem os danos causados à população.

Entre os diversos mecanismos assecuratórios do direito à saúde e do direito à alimentação adequada da população com alergia alimentar, estão o acesso aos serviços públicos de saúde e à educação básica diante da noção da intercomunicabilidade dos direitos e da necessidade de construção de organismos que sejam capazes de concretizá-los.

A Lei estadual nº 7.651, de 14 de julho de 2017, (“Lei estadual nº 7.651/2017”) aprovada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em 14 de julho de 2017, vem tratar do tema da alergia alimentar, apresentando um possível caminho para a efetivação do direito à saúde e do direito à alimentação adequada da população com alergia alimentar, como se compreende da sua transcrição:

“Lei nº 7651 de 14 de julho de 2017².

Autoriza o Poder Executivo a Criar nas Escolas Públicas e Particulares de Ensino do Estado do Rio de Janeiro Programas de Esclarecimentos sobre a Alergia Alimentar, seus Sintomas, suas Consequências, os Cuidados a Serem Tomados e as Formas de Tratamento.

O Governador do Estado do Rio de Janeiro

Faço saber que a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica o Poder Executivo autorizado a criar nas escolas públicas e particulares de ensino do Estado do Rio de Janeiro, programas de esclarecimentos sobre a alergia alimentar, seus sintomas, suas consequências, os cuidados a serem tomados e as formas de tratamento.

Art. 2º - Os programas terão como finalidade a orientação, conscientização dos malefícios da alergia alimentar, a alimentação adequada e encaminhamento para tratamento.

Parágrafo Único - Caso seja detectado o problema em algum aluno, a Escola através das Secretarias de Educação e Saúde, deverão fazer contato com os Pais, responsáveis e demais indivíduos que façam parte do círculo pessoal direto do aluno, para informá-los sobre o problema, orientando-os sobre os sintomas, consequências, alimentação adequada e formas de tratamento para a referida doença.

² Lei publicada no Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro (DOERJ) em 17/07/17.

Art. 3º - O Poder Executivo poderá firmar convênios, contratos de prestação de serviços ou delegar esta competência aos órgãos estaduais envolvidos no processo para realização gratuita dos exames de sangue IgM e IgG anti gliadina e IgG anti alimentares (220 alimentos) em todos os alunos da Rede Pública e Particular de Ensino do Estado do Rio de Janeiro portadores de doenças crônicas, tais como: asma brônquica, pneumopatias crônicas, cardiopatias crônicas, constipação intestinal crônica, distensão abdominal crônica, diarreia crônica, gastrite crônica, hepatopatia crônica, nefropatia crônica, mucoviscidose, urticária crônica, neuropatia crônica, dermatologia crônica.

Art. 4º³ - Os programas consistem em:

I – Debates, seminários, feiras de saúde, palestras, coordenados por profissionais capacitados como nutricionistas funcionais e médicos gastroenterologistas com especialidade em imunologia;

II – Distribuição de “folders” informando sobre todas as doenças;

III - Divulgação através de vídeos orientando sobre as doenças causadas pela alergia alimentar, seus sintomas, consequências e formas de tratamento.

IV – Disponibilização de remédios e exames associados ao tratamento da alergia alimentar nos órgãos públicos de saúde estaduais.

Art.5º - As despesas decorrentes da aplicação da presente lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias.

Art. 6º - Esta lei entrará em vigor na data da sua publicação. Rio de Janeiro, em 14 de julho 2017. ”

Ao autorizar o Poder Executivo a criar nas escolas públicas e particulares de ensino programas de esclarecimentos sobre alergia alimentar com a finalidade de orientação, conscientização e tratamento, a lei ora analisada vem chamar o tema ao debate. Nessa toada, o presente artigo pretende trazer à baila reflexões sobre eventuais benefícios perseguidos pelo legislador estadual bem como o poder-dever da Administração em instituir políticas públicas de proteção de população vulnerável, notadamente, crianças e adolescentes com alergia alimentar.

³ O art. 4º da referida lei foi vetado pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro e o veto rejeitado pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (DOERJ II, 10/10/17.)

2. A tutela da criança e do adolescente com alergia alimentar

2.1. Alergia alimentar como problema de saúde pública

As necessidades alimentares especiais, assim entendidas como a necessidade de adequação da dieta (para restringir determinado alimento ou grupo de alimentos, ou para suplementar) em decorrência de doenças crônicas não transmissíveis adquiridas ou hereditárias, temporárias ou permanentes⁴, constituem uma preocupação atual especialmente no que tange às crianças e aos adolescentes em idade escolar⁵, uma vez que a inadequação da dieta impacta na qualidade de vida, com maior risco de eventos adversos, como internações hospitalares e até mesmo o óbito, caso não lhes sejam dados a atenção e os tratamentos adequados.

Entre as principais necessidades alimentares especiais, destaca-se a alergia alimentar, que se caracteriza pela reação imunológica do organismo a alimento⁶ consumido, inalado ou tocado⁷, resultando em reação alérgica, que a depender do mecanismo envolvido, pode ser classificada em leve ou severa, sendo que a forma mais grave de reação alérgica, a anafilaxia⁸, pode resultar em risco de morte para o alérgico alimentar⁹.

O único tratamento aceito para a alergia alimentar é a exclusão total do alimento que causa alergia, e apesar de qualquer alimento poder causar reações, os principais alimentos alérgenos (responsáveis por noventa por cento das reações alérgicas) são o leite, o ovo, o trigo, a soja, o amendoim, as oleaginosas (castanhas em geral), os frutos do mar, o peixe e o milho¹⁰.

⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012: “Necessidades Alimentares Especiais: Em todas as fases do curso da vida ocorrem alterações metabólicas e fisiológicas que causam mudanças nas necessidades alimentares dos indivíduos, assim como um infinito número de patologias e agravos à saúde também podem causar mudanças nas necessidades alimentares. As Necessidades Alimentares Especiais estão aqui referidas como as necessidades alimentares, sejam restritivas ou suplementares, de indivíduos portadores de alteração metabólica ou fisiológica que cause mudanças, temporárias ou permanentes, relacionadas à utilização biológica de nutrientes ou a via de consumo alimentar (enteral ou parenteral). Exemplos: erros inatos do metabolismo, doença celíaca, HIV/AIDS, intolerâncias alimentares, alergias alimentares, transtornos alimentares, prematuridade, nefropatias, etc.” Disponível em: http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan_2011.pdf. Acesso em 20/11/17.

⁵ NOWAK-WĘGRZYN Anna, et al. Food-allergic reactions in schools and preschools. *Arch Pediatr Adolesc Med*. 2001;155(7):790-795. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11434845>. Acesso em 13/11/17.

⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012 Disponível em: <http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan2011.pdf>. Acesso em 20/11/17.

⁷ *Revista Activa: alergias alimentares*. 1ª ed. Porto: Edimpresa. 2008. Disponível em: www.spaic.pt/download_publicacoes.php?file=73. Acesso em 25/11/17.

⁸ BEND, Luiz Antonio G. et al. Anafilaxia: guia prático para o manejo. *Rev. bras. alerg. imunopatol.* – Vol. 29, Nº 6, 2006.

⁹ ASBAI. Consenso Brasileiro de Alergia Alimentar. *Rev. bras. alerg. imunopatol.* – Vol. 31, Nº 2, 2008.

¹⁰ ASBAI. Op. Cit., pag. 67.

A prevalência de alergia alimentar tem aumentado nas últimas décadas, em particular nos países ocidentais e em desenvolvimento, e entre as diversas razões apontadas para o incremento de alergias, destacam-se diversos fatores, como genética, hábitos de vida, consumo de alimentos ultraprocessados e excesso de higiene (aqui incluídos, por exemplo, o uso excessivo de antibióticos, esterilização constante dos ambientes, menor contato com a zona rural, aumento do número de nascimentos por cesariana e diminuição no aleitamento materno)¹¹. Estudos recentes demonstram a aceleração da prevalência da alergia especialmente no grupo representado por crianças e adolescentes, em que o risco de reações mais graves com risco de morte é aumentado¹².

Nesse sentido, sua importância cresce no Brasil, uma vez que a Associação Brasileira de Alergia e Imunopatologia – ASBAI estima que aproximadamente 6-8% das crianças possuam alergia alimentar¹³. Dados preliminares publicados recentemente sobre casos de anafilaxia no Brasil apontam uma prevalência em torno de 6,2%, sendo a alergia alimentar a segunda causa de anafilaxia¹⁴.

A alergia alimentar como problema de saúde pública foi acolhido pela legislação que trata do tema da alimentação escolar: a Lei federal nº 12.982/2014, que trouxe importante alteração para incluir o § 2º no art. 21 da Lei federal nº 11.947/2009 (estabelece as diretrizes da alimentação escolar, tendo o Programa Nacional de Alimentação Escolar - “PNAE” - o objetivo de formar hábitos alimentares saudáveis por meio de ações de educação alimentar e nutricional), determinando a obrigatoriedade de elaboração de cardápios especiais para a alimentação escolar, garantindo àqueles estudantes que são portadores de necessidades alimentares especiais (como a alergia alimentar) tratamento adequado com a oferta de alimentação adaptada à sua necessidade, *in verbis*:

“§ 2º Para os alunos que necessitem de atenção nutricional individualizada em virtude de estado ou de condição de saúde específica, será elaborado cardápio especial com base em

¹¹ ALLERGY UK, *Allergy Prevalence: Useful facts and figures*: “Around 11-26 million members of the European population are estimated to suffer from food allergy. If this prevalence is projected onto the world’s population of 7 billion, it translates into 240-550 million potential food-allergic people; a huge global health burden (Pawankar R, et al, 2013)”. Disponível em: https://www.allergyuk.org/assets/000/001/369/Stats_for_Website_original.pdf?1505209830. Acesso em 14/11/17.

¹² TANG Mimi, et al. “Food allergy: is prevalence increasing?” in *Intern Med J*. 2017 Mar;47(3):256-261. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28260260>. Acesso em 15/11/17: “Of greatest concern is the apparent acceleration in prevalence in older children and teenagers, a group in which the risk of death due to food anaphylaxis is highest. Based on available evidence and statistical principles, we can expect a continuing global increase in food allergy prevalence.”

¹³ AS BAI. Alergia Alimentar. Artigos. Material Educativo. Disponível em: <http://www.asbai.org.br/secao.asp?s=81&id=306>. Acesso em 31/10/17.

¹⁴ GAGETE Elaine, et al. “Who has anaphylaxis in Brazil? Validation of a questionnaire for population studies”. *World Allergy Organization Journal*, 2017, 10:40. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s40413-017-0171-2>. Acesso em 24/11/17.

recomendações médicas e nutricionais, avaliação nutricional e demandas nutricionais diferenciadas, conforme regulamento.”

A necessidade de tutela de indivíduos com alergia alimentar também foi reconhecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - Anvisa como tema urgente e prioritário, a fim de garantir a essa população os direitos à informação, à saúde e à alimentação adequada ao regulamentar a rotulagem de alergênicos nas embalagens de alimentos.

Após o processo regulatório daquela Agência que contou com intensa participação popular, com destaque para protagonismo do movimento da sociedade civil organizada liderado por famílias de alérgicos alimentares, o Põe no Rótulo, a Anvisa editou a Resolução RDC nº 26/2015, que obriga o destaque dos principais ingredientes que causam alergias alimentares nos rótulos dos alimentos embalados¹⁵.

Algumas unidades da federação também vêm se preocupando com o tema e há leis aprovadas e alguns projetos de lei em andamento tratando do tema da alergia alimentar.

O Estado de Pernambuco e o Município de Campos dos Goytacazes, no Estado do Rio de Janeiro, aprovaram, respectivamente, a Lei estadual nº 16.007, de 19 de abril de 2017 e a Lei municipal nº 8.788, de 26 de outubro de 2017, que instituem, no Calendário de Eventos das respectivas localidades, a Semana de Conscientização sobre a Alergia Alimentar a ser realizada, anualmente, na terceira semana do mês de maio. O objetivo das leis é que a sociedade civil e o governo municipal/estadual possam realizar, no citado período, eventos de cunho educativo, visando à conscientização da população para a importância do tema da alergia alimentar.

Projetos de lei com temática semelhante estão em curso na Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo (Projeto de Lei nº 232/2017) e na Câmara Legislativa do Distrito Federal (Projeto de Lei nº 1733/2017), ambos prevendo a instituição da Semana de Conscientização da Alergia Alimentar também no mês de maio. Há ainda iniciativa no Estado de São Paulo para instituição da semana de conscientização da alergia alimentar (Projeto de lei nº 160/2017).

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei estadual n.º 7.651/2017, ora estudada no presente artigo, ao tratar do tema das alergias alimentares, autoriza o Poder Executivo a criar nas escolas públicas e particulares de ensino do Estado do Rio de Janeiro programas de esclarecimentos sobre a alergia alimentar, seus sintomas, suas consequências, os cuidados a serem tomados e as formas de tratamento. Nota-se que o legislador procurou tutelar aqueles que mais sofrem com os efeitos adversos da alergia alimentar, crianças e adolescentes, especialmente no ambiente escolar.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Relatório de Consolidação da Consulta Pública n. 29/2014 e da Audiência Pública n. 1/2015. Brasília, 2015.

2.2. Tutela prioritária da criança e do adolescente através da garantia dos direitos à saúde, à alimentação adequada e à educação alimentar e nutricional

Na idade escolar (compreendendo a infância e a adolescência), sobleva especialmente, a proteção pelo Estado dos direitos à saúde, à alimentação, à educação e ao estímulo ao desenvolvimento, todos como forma de garantia do direito à vida, direitos fundamentais inerentes à dignidade humana e reconhecidos internacionalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 25)¹⁶ e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (art.11 e 12)¹⁷. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas recomenda que, a partir do poder do Estado de estabelecer políticas públicas, sejam adotadas medidas para garantir o direito humano à alimentação adequada¹⁸.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, e entre seus alicerces estão a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁹, que tem dentre um de seus valores intrínsecos o direito à vida. Enuncia os direitos à saúde, à alimentação e à educação (art. 6º e 196), direitos fundamentais, que devem ser assegurados a crianças e adolescentes, com prioridade absoluta, pelo Estado, pela família e pela sociedade (art. 227). A prioridade a eles conferida destina-se, primordialmente, a garantir o direito à vida através da efetividade do direito à saúde, sendo a alimentação adequada em quantidade e qualidade requisito imprescindível a seu desenvolvimento físico, mental e intelectual, sendo certo que a eles são assegurados todos os direitos fundamentais de nosso sistema constitucional²⁰.

No plano infraconstitucional, a Lei federal nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) determina ser dever do poder público efetivar, por

¹⁶ ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. “Artigo 25: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social.”

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹⁸ UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*. 1999: “The formulation and implementation of national strategies for the right to food requires full compliance with the principles of accountability, transparency, people’s participation, decentralization, legislative capacity and the independence of the judiciary. Good governance is essential to the realization of all human rights, including the elimination of poverty and ensuring a satisfactory livelihood for all.”

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 92: “Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem a função democratizadora.”

²⁰ NUNES, Mercês da Silva. *O direito fundamental à alimentação e o princípio da segurança*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 56.

meio de políticas públicas, o direito à vida, à saúde, e à alimentação, da criança e do adolescente, garantindo seu desenvolvimento sadio e harmonioso, devendo receber absoluta prioridade no atendimento nos serviços públicos, na formulação de políticas públicas e na destinação de recursos públicos.

Uma das questões mais problemáticas dos direitos sociais (como a saúde, alimentação e educação) é a sua efetividade, pois tradicionalmente são interpretados como “direitos a prestações”, que requerem uma ação positiva do Estado, custosos e condicionados às possibilidades econômicas – que justificaria uma proteção debilitada, enquanto os direitos individuais seriam direitos negativos, não onerosos, de fácil proteção²¹. Contudo, a dimensão prestacional, onerosa e redistributiva também está presente nos direitos civis e políticos, mesmo que em graus diferentes. Todos os direitos fundamentais se apresentam como direitos complexos, parte positivos e parte negativos; parte custosos e não custosos; em parte individuais e outros coletivos. Por isso, é adequado a utilização do termo dimensão e não geração de direitos para justamente destacar o caráter complementar, a interdependência e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, que formam um bloco único e integrado²².

Além disso, no Estado Constitucional Democrático, os direitos fundamentais detêm um regime de proteção reforçada²³, ou seja, normas dirigidas às garantias de direito²⁴. Ocupam a posição de máxima força jurídica, eis que não são meras declarações programáticas, vinculando todos os Poderes, de acordo com os ensinamentos de Robert Alexy.²⁵

Exige-se, portanto, do Estado uma postura ativa e concretizadora de bens jurídicos essenciais²⁶, como a saúde e a vida, que evite ou minore os efeitos adversos

²¹ QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais - Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiçabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 25: “Os direitos fundamentais sociais constituem obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num *facere*, uma ação positiva a cargo dos poderes públicos”

²² PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 53.

²³ PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1993, pp. 46 e 65: “Al definir los derechos fundamentales, advertía de que uno de los presupuestos que más directamente contribuyen a perfilar su significado es el de gozar de un régimen de protección jurídica reforzada.”

²⁴ A inexistência de uma garantia correspondente a um determinado direito fundamental não implica na inexistência do próprio direito fundamental, nem o desnatura. Nada obstante seja evidente lacuna que os poderes públicos têm obrigação de colmatar, trata-se, a constatação da ausência dos elementos assecuratórios do direito, de fato empírico possível e, por vezes, inevitável. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos fundamentales*. In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de António de Cabo e Gerardo Pisarello. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2009, pp. 26, 45-47, 50.

²⁵ ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217: 55-66, 1999.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 256: “Em terceiro lugar, impõe-se ao Poder Público *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais”. – Grifos do original.

de uma alimentação e tratamento inadequados, com grande impacto na saúde pública, acarretando maiores custos e despesas²⁷.

2.2.1. O direito à saúde

O artigo 196 da Constituição Federal estabelece que as políticas públicas a serem adotadas nesse âmbito devem atender não só à eliminação de doenças, mas sobretudo a diminuição do risco de doença e efeitos adversos, sendo que a Lei federal nº 8.080/1990 dispõe sobre mecanismos de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Trata-se de uma forma de considerar a saúde não apenas como ausência de doença, mas como estado de equilíbrio e bem-estar. Daí a necessidade de políticas públicas ligadas à educação alimentar; políticas de incentivo à pesquisa científica para descoberta de novos tratamentos terapêuticos; programas de conscientização para o cidadão conhecer serviços e ações de saúde à sua disposição (promoção da saúde). Engloba, ainda, medidas preventivas tais como fiscalização e exercício de poder de polícia, com a vigilância sanitária, epidemiológica, campanhas de vacinação (proteção da saúde). Por fim, uma vez que o indivíduo tenha sido acometido de uma doença ou de um agravo à saúde, que ele tenha acesso aos serviços necessários para sua recuperação (recuperação da saúde).

Na tentativa de construir um mínimo existencial em matéria de prestações de saúde, identificando um núcleo de condutas exigíveis do poder público, Ana Paula de Barcellos aponta dois parâmetros: (i) a relação entre o custo da prestação de saúde e o benefício que ela pode proporcionar para o maior número de pessoas; e (ii) inclusão prioritária de um mínimo existencial daquelas prestações de saúde de que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou hão de necessitar. No caso em tela, uma das prioridades da Constituição Federal em consonância com as conclusões acima é o atendimento materno-infantil (art. 227, §1º, I). O acompanhamento pré e pós-natal da gestante e dos primeiros anos de vida das crianças revela o período vital para a formação de suas condições de saúde para o resto da vida²⁸. Mais uma razão para a Constituição Federal ter enfatizado a prioridade absoluta às crianças e adolescentes na fruição dos direitos fundamentais. Seguindo esse caminho, o Ministério de Desenvolvimento Social criou o programa Criança Feliz que visa proporcionar o desenvolvimento infantil integral, apoiar a gestante e a família para o nascimento, fortalecer o vínculo afetivo e o papel das famílias no cuidado, na proteção e na educação das crianças e facilitar o acesso das famílias atendidas às

²⁷ BAHIA, Luciana Ribeiro et al. Impacto econômico da obesidade no Brasil. *Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto*. 2014;13(1):13-17. Disponível em: http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=455. Acesso em 31/10/17.

²⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Org.). Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008, p. 803-827.

políticas e serviços públicos de saúde, sendo abarcadas pelo programa as crianças de zero a seis anos de idade²⁹.

Não é possível cuidar da efetividade do direito à saúde das crianças e adolescentes com alergia alimentar sem o mínimo de prestações de saúde que permitam o exercício do direito. No Brasil, também constituem demandas para a atenção nutricional, no Sistema Único de Saúde - SUS, o cuidado aos indivíduos portadores de necessidades alimentares especiais, como as decorrentes dos erros inatos do metabolismo, transtornos alimentares, entre outros³⁰. Ressalte-se, ainda, que a Lei federal nº 8.080/1990 prevê entre as competências do Sistema Único de Saúde, nas três esferas da Federação, políticas de alimentação e nutrição como parte integrante da saúde (artigos 6º, IV; 13, I, 16, I, IX; 17, IV, c; 18, IV, c).

2.2.2. O direito humano à alimentação adequada

A noção atual de saúde deve, necessariamente, levar em consideração a alimentação e a nutrição. O direito humano à alimentação adequada é aquele que congrega em sua definição uma dimensão quantitativa, preocupada com o acesso econômico aos bens alimentares, e ainda uma dimensão qualitativa, voltada à segurança e inocuidade dos alimentos, incluindo a sua adequação, especialmente no que diz respeito às peculiaridades dos diversos grupos e indivíduos³¹.

A garantia do direito humano à alimentação adequada começa com a proteção da amamentação desde o nascimento, uma vez considerado o alimento mais completo e adequado, com efeito protetor para doenças e alergias. A Lei federal nº 11.265/2006 constitui-se em um instrumento legal que garante o aleitamento materno exclusivo nos primeiros 6 (seis) meses de vida e a continuidade do aleitamento materno até os 2 (dois) anos de idade, complementado com a introdução de novos alimentos na primeira infância³². Cabe aqui fazer referência, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, aos municípios do Rio de Janeiro, Niterói e Duque de Caxias que contam com programas de dispensação de fórmulas infantis especiais como política pública para acompanhamento do paciente por equipe multidisciplinar especializada e o

²⁹ O Programa Criança Feliz foi instituído pelo Decreto federal nº 8.869/2016, em atenção à Lei federal nº 13.257/2016 (Marco Nacional da Primeira Infância). Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/crianca-feliz/o-que-e>. Acesso em 29/11/17.

³⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Política Nacional de Alimentação e Nutrição. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em <http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan2011.pdf>. Acesso em 20/11/17.

³¹ BURITY, Valeria et. Al. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília: ABRANDH, 2010.

³² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Aleitamento materno, distribuição de leites e fórmulas infantis em estabelecimentos de saúde e a legislação* 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

fornecimento gratuito de fórmulas infantis para necessidades alimentares especiais, para os lactentes que não puderam ser amamentados³³.

Continua, ainda na infância e posteriormente na adolescência, através não só da oferta a esse grupo, especialmente nas escolas, de uma alimentação balanceada e adequada (e segura), bem como na inclusão de atividades pedagógicas de forma interdisciplinar do desenvolvimento de competências para exercício da autonomia e do autocuidado em alimentação.

Nesse sentido, o Ministério da Saúde elaborou, após consulta pública com a participação de diversas instituições públicas e privadas, o Guia alimentar para a população brasileira³⁴, com vistas a promover uma alimentação adequada e saudável, auxiliando na densificação do conceito de direito humano à alimentação adequada, com princípios (alimentação é mais do que nutriente; acesso a informações confiáveis contribui para autonomia nas escolhas alimentares); recomendações (priorizar alimentos *in natura* como base alimentar, limitar uso de alimentos processados e evitar os alimentos ultraprocessados, que podem afetar a vida e a saúde das pessoas) e sugestões (desenvolvimento de habilidades culinárias de preparação de alimentos), devendo direcionar as práticas alimentares tanto de oferta como de educação alimentar e nutricional nas escolas.

As medidas voltadas à fruição da alimentação adequada das crianças e adolescentes com alergia alimentar, nas escolas, são asseguradas pela já mencionada Lei federal nº 11.947/2009 (diretrizes da alimentação escolar), tendo o PNAE o objetivo de formar hábitos alimentares saudáveis por meio de ações de educação alimentar e nutricional e sua importante alteração para inclusão da garantia de oferta adequada de alimentos à população com necessidades alimentares especiais feita Lei federal nº 12.982/2014, que incluiu o § 2º no art. 21 da Lei federal 11.947/2009, determinando a obrigatoriedade de elaboração de cardápios especiais para a alimentação escolar.

Em âmbito estadual, compete ao Conselho de Alimentação Escolar do Estado do Rio de Janeiro - CAE/RJ³⁵ acompanhar e fiscalizar o cumprimento das diretrizes estabelecidas na forma da Lei federal nº 11.947/2009, devendo prestar contas do total dos recursos repassados ao Estado pelo PNAE, na forma do Anexo VIII da Resolução/CD/FNDE nº 38 de 16 de julho de 2009, e de documentos comprobatórios das aplicações, sendo medidas regulamentadas no âmbito estadual pela Resolução SEEDUC nº 4639 de 03 de novembro de 2010.

Com base na legislação federal supracitada, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE lançou o “Caderno de Referência -

³³ Nota Técnica 2017/006, Coordenadoria Técnica em Saúde do Estado do Rio de Janeiro.

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Guia alimentar para a população brasileira*. 2. ed. Brasília, DF, 2014.

³⁵ Instituído pelo Decreto nº 22.077, de 25 de março de 1996, alterado pelo Decreto nº 27.038, de 28 de agosto de 2000, e conforme o Decreto nº 42.287, de 9 de fevereiro de 2010.

Alimentação Escolar para Estudantes com necessidades alimentares especiais”³⁶, com orientações dietéticas destinadas exclusivamente a subsidiar a elaboração de cardápios especiais para o PNAE (que abrange escolas públicas) para os principais casos de necessidades alimentares especiais, tendo um capítulo inteiramente dedicado às alergias alimentares. Trata-se de um marco muito importante, uma vez que visa implementar e efetivar o direito humano à alimentação adequada daqueles estudantes com alergias alimentares (e outras necessidades alimentares especiais).

De acordo com referido documento, as escolas devem identificar os alunos com alergias alimentares, mantendo fichas atualizadas com o atestado médico; garantir a elaboração do cardápio especial, bem como a aquisição de produtos industrializados com rótulos adequados à legislação de rotulagem de alergênicos em alimentos, a fim de garantir a compra de produtos seguros aos alérgicos; favorecer a oferta de leite materno e, em sua falta, a substituição por fórmulas adequadas; estabelecer boas práticas de manuseio e preparo das refeições oferecidas, evitando-se a contaminação cruzada; verificar material de uso escolar que possam conter alérgenos alimentares em sua composição; orientar sobre hábitos de higiene; orientar sobre atividades pedagógicas que envolvam o contato com o alimento, devendo os alunos com alergias alimentares serem incluídos nas atividades e festividades; e estar preparado para lidar com situações de emergência.

Dessa forma, tem-se que o Poder Público possui as ferramentas necessárias³⁷ para garantir aos estudantes (crianças e adolescentes) com necessidades alimentares especiais o direito humano à alimentação adequada.

Note-se que o caminho para a efetividade do direito humano à alimentação adequada depende de garantias que enfrentem, além do problema da fome, os novos riscos provocados pelos alimentos ultraprocessados da indústria alimentar, traduzidos, por exemplo, em novas necessidades alimentares especiais (entre elas as alergias alimentares)³⁸ e no aumento de outras doenças crônicas não transmissíveis relacionadas à obesidade. Acresça-se, nesse aspecto, preocupação com o direito à informação, especialmente no que tange à melhoria dos rótulos dos alimentos é passo importante para a formação de novos hábitos alimentares, sendo

³⁶ BRASIL. Ministério da Educação. *Caderno de referência sobre alimentação escolar para estudantes com necessidades alimentares especiais / Programa Nacional de Alimentação Escolar*. Brasília: FNDE, 2016. Disponível em: <http://www.fnde.gov.br/programas/pnae/pnae-area-para-gestores/pnae-manuais-cartilhas/item/10532-ca-dermo-de-refer%C3%Aancia-alimenta%C3%A7%C3%A3o-escolar-para-estudantes-com-necessidades-alimentares-especiais>. Acesso em 31/10/17.

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012: “O elenco de estratégias na saúde direcionadas à PAAS envolve a educação alimentar e nutricional que se soma às estratégias de regulação de alimentos - envolvendo rotulagem e informação, publicidade e melhoria do perfil nutricional dos alimentos - e ao incentivo à criação de ambientes institucionais promotores de alimentação adequada e saudável, incidindo sobre a oferta de alimentos saudáveis nas escolas e nos ambientes de trabalho”.

³⁸ BRASIL. Ministério da Educação. *Caderno de referência sobre alimentação escolar para estudantes com necessidades alimentares especiais / Programa Nacional de Alimentação Escolar*. Brasília: FNDE, 2016.

complementado pelo direito à educação alimentar e nutricional: o cidadão na face de consumidor precisa ter instrumental suficiente para entender a informação nos rótulos a fim de se permitir escolhas mais conscientes e saudáveis.

2.2.3. A educação alimentar e nutricional como direito fundamental e como atividade administrativa de fomento de hábitos de vida saudáveis

Diante da interdisciplinariedade dos direitos sociais, importa notar que a efetividade de um direito depende da concretização de outros. No caso do direito à educação, um indivíduo que tenha acesso a aprendizagens essenciais, desenvolvendo competências para conhecer-se, apreciar-se e cuidar de sua saúde física e mental, adotará práticas saudáveis como decorrência lógica da mobilização e aplicação de conhecimento escolar – pois ao se defrontar com um problema ativará e utilizará de forma autônoma o conhecimento construído na vida escolar³⁹. Neste sentido, os direitos à saúde, à alimentação e à educação constituem uma unidade, indivisíveis e interdependentes, de fundamentação comum⁴⁰. Não se pode tratar da efetividade do direito à alimentação adequada sem prestações mínimas de educação alimentar e nutricional, por exemplo.

A educação alimentar e nutricional deve, portanto, ser entendida como parte integrante do processo aprendizagem, cabendo aos sistemas e redes de ensino, assim como às escolas, em suas respectivas esferas de autonomia e competência, incorporar aos currículos e às propostas pedagógicas a abordagem de temas contemporâneos que afetam a vida humana em escala local, regional e global, preferencialmente de forma transversal e integradora⁴¹, destacando o papel da alimentação na saúde e na qualidade de vida.

No caso das alergias alimentares, receber uma alimentação adequada e segura é essencial para o controle das reações alérgicas. O estudante com alergia alimentar deve ser orientado dentro de suas capacidades, conforme avança na esfera escolar e ganha autonomia, a ter prática alimentar saudável, consistente em escolha de alimentos que lhe proporcionem não só os nutrientes de que precisa para seu pleno

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012: “O desenvolvimento de habilidades pessoais em alimentação e nutrição implica pensar a educação alimentar e nutricional como processo de diálogo entre profissionais de saúde e a população, de fundamental importância para o exercício da autonomia e do autocuidado. Isso pressupõe, sobretudo, trabalhar com práticas referenciadas na realidade local, problematizadoras e construtivistas, considerando-se os contrastes e as desigualdades sociais que interferem no direito universal à alimentação. Para isso, constitui-se prioridade a elaboração e pactuação de agenda integrada - intra e intersectorial - de educação alimentar e nutricional para o desenvolvimento de capacidades individuais e coletivas com os diversos setores afetos ao tema”

⁴⁰ PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Op. Cit, p. 53.

⁴¹ BRASIL. Ministério da Educação. *Base nacional comum curricular*. Brasília, Brasília: MEC, 2015. Dispo nível em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/documento/BNCC-APRESENTACAO.pdf>. Acesso em 17/11/17.

desenvolvimento, mas sobretudo que saiba manejar e gerenciar os alimentos que devem ser evitados.

Essa orientação deve se estender a toda comunidade escolar, tendo em vista que a prevalência das alergias alimentares e a ocorrência de reações alérgicas dentro da escola confirmam a necessidade de proporcionar maior conscientização, educação e trabalho de equipe (alunos, professores, funcionários e famílias) dentro de um conceito de educação alimentar e nutricional⁴².

Isto posto, a educação alimentar e nutricional, além de um direito fundamental social, pode ser compreendida como atividade administrativa de fomento que induz a melhores práticas alimentares e hábitos de vida saudáveis⁴³ e ao autocuidado com saúde e alimentação. Soma-se a outras estratégias e políticas públicas na área de saúde e alimentação, como a rotulagem de alimentos, tendo como consequência a prevenção de riscos alimentares e menor incidência de efeitos adversos, especialmente no tocante às reações alérgicas a alimentos e menos custos a médio e longo prazo para o ente estatal⁴⁴. Através da aplicação na prática dos conhecimentos adquiridos de forma adequada, constitui o meio de prevenção mais econômico e de garantia do direito à alimentação saudável⁴⁵.

3. Reflexões sobre a Lei estadual nº 7.651/2017

3.1. A tutela das crianças e adolescentes com alergia alimentar na Lei estadual

O diploma legal debatido reconhece a alergia alimentar como problema de saúde pública e tem o mérito de tentar concretizar o conjunto de direitos à saúde, à alimentação adequada e à educação alimentar e nutricional das crianças e adolescentes com alergia alimentar, através da instituição de programas de conscientização sobre alergia alimentar no âmbito das escolas públicas e particulares.

⁴² FOOD ALLERGY & ANAPHYLAXIS CONNECTION TEAM (FAACT). Disponível em: https://www.foodallergyawareness.org/education/food_allergies_%2B_schools-14/. Acesso em 28/11/12: “Reports on food allergies, prevalence, and allergic reactions in the school setting confirm the need for further education, awareness, and teamwork among school staff and parents. A combined effort among school staff, parents, and others who care for food-allergic students helps to create a more safe, healthy, and inclusive school environment for the student.”

⁴³ MORGADO, Cintia. *O direito administrativo do risco. A nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016: “A educação alimentar como orientação de formação de hábitos alimentares saudáveis consagra, por fim, o fomento público na comunicação dos riscos, eis que a educação se trata de uma das atividades da Administração consistente no incentivo às iniciativas da sociedade de reconhecido interesse público”.

⁴⁴ BAHIA, Luciana Ribeiro, et al. Op. Cit.: “As consequências econômicas da obesidade e doenças associadas não se limitam aos elevados custos médicos, mas incluem também os custos indiretos ou sociais, tais como: diminuição da qualidade de vida, problemas de ajustes sociais, perda de produtividade, incapacidade com aposentadorias precoces e morte.”

⁴⁵ MARTOS, Jesus Sánchez; PIZARRO, Carmen Gamella. *Información alimentaria y educacion para la salud*. In: MATEU, Nuria Amarila. *El derecho a la información em salud alimentaria*. Madrid: Eupharlaw, 2006, p. 84

Neste sentido, cabe ressaltar que os artigos 1º e 2º da Lei estadual nº 7.651/2017 estão em consonância com a ideia de promover a conscientização da alergia alimentar e de proteger o grupo de estudantes com essa necessidade alimentar especial, tendo em vista que boa parte das reações alérgicas ocorrem dentro da escola⁴⁶.

3.2. Destinatários da Lei estadual: escolas públicas e particulares

Através da leitura da ementa da lei estudada, bem como de seu art. 1º, verifica-se que o legislador estadual tratou de estabelecer diretrizes a serem seguidas tanto pelas escolas públicas como particulares, trazendo para o debate se é possível que o legislador, ao tratar de educação, possa alcançar as escolas particulares. Atente-se que autorizou o Poder Executivo a criar nas escolas públicas e também nas particulares de ensino do Estado do Rio de Janeiro programas de esclarecimentos sobre a alergia alimentar.

Entende-se que foi acolhida a orientação da Constituição Federal que estabelece, no seu art. 206, inciso III, a coexistência de escolas públicas e particulares, e que foi reproduzido na Lei federal nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Diante do princípio da coexistência de escolas públicas e privadas, conforme previsto no art. 19 da Lei federal nº 9.394/1996, cabe ao Estado o papel de fomentar o ensino nas escolas públicas e orientar as escolas particulares, que possuem função social e socializadora⁴⁷.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 5.357 MC-REF / DF (ADI 5357), na qual se discutiu a obrigatoriedade de escolas particulares de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência⁴⁸, ficou patente que o direito à igualdade deve ser respeitado, sendo uma via de mão dupla, e nas palavras do Relator Ministro Edson Fachin “(...) não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.” Ressaltou, ainda, que “não obstante o serviço público de educação ser livre à iniciativa privada, ou seja, independentemente de concessão ou permissão, isso não significa que os agentes econômicos que o prestam o possam fazê-lo ilimitadamente ou sem responsabilidade”, devendo as escolas particulares se submeterem não só aos princípios e normas constitucionais como às diretrizes estabelecidas na Lei federal nº 9.394/1996 e ainda em outras leis de referência para a educação como a lei de inclusão de pessoas com deficiência, por exemplo do caso

⁴⁶ NOWAK-WEGRZYN Anna, et al. Op. cit.

⁴⁷ MARTINS, Vicente. As escolas privadas na Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.394/96. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3048/As-escolas-privadas-na-Constituicao-Federal-de-1988-e-na-Lei-9394-96>. Acesso em 24/11/17.

⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357 MC-REF / DF, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, em face do § 1º do artigo 28 e artigo 30, caput, da Lei nº 13.146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência), especialmente pela presença neles do adjetivo “privadas”.

julgado, concluindo que “à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas é seu dever ensinar, incluir, conviver.”

Continuou afirmando a necessidade de assunção de compromisso ético de acolhimento ao se exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação proporciona.

O Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou em seu voto “(...) a igualdade e a sua importância no mundo contemporâneo, não apenas a igualdade formal e material como, sobretudo, a igualdade como reconhecimento aplicável às minorias e à necessidade de inclusão (...)”, acompanhando o voto do relator, que concluiu pela não concessão da medida cautelar pleiteada pelos representantes das escolas particulares de não se submeterem à determinação da lei federal então questionada, sendo convalidado em julgamento de mérito que decidiu, por maioria, pela improcedência do pedido.

Outro voto que merece ser destacado é o da Ministra Rosa Weber, que pontuou que à criança e ao adolescente foram assegurados, com prioridade absoluta, direitos fundamentais, sendo dever também imposto à sociedade (art. 227 da Constituição Federal). E diante do fato de as escolas públicas e particulares “se encontrarem ambas as instituições no mesmo patamar e alcançadas igualmente, portanto, no tocante à prestação desse serviço público, pelas normas gerais da educação nacional” devem, em razão do princípio da coexistência (art. 206, inciso III, da Constituição Federal), responder às mesmas diretrizes.

Assim como a Lei federal discutida na ADI 5357, a Lei estadual nº 7.561/2017 acertou ao conferir o compromisso de acolhimento ético dos estudantes com alergia alimentar não apenas pelas escolas públicas, como também pelas escolas privadas.

Outro ponto que merece destaque é se a lei estadual pode cuidar de educação e formas de sua implementação diante do regime constitucional de repartição de competências. Se por um lado, compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (art. 22, XXIV, da Constituição Federal), é competência comum da União e dos Estados proporcionar os meios de acesso à educação (art. 23, V, da Constituição Federal) e concorrentemente à União e aos Estados legislar sobre normas gerais sobre educação (art. 24, IX, da Constituição Federal), concluindo-se que a descentralização é positiva para a democracia⁴⁹.

⁴⁹ NUNES, Alynne Nayara Ferreira. Legislar sobre educação: a interpretação das competências pelo STF. FGV DIREITO SP *Research Paper Series – Legal Studies Paper* n. 101. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12000/RPS%20101_vers%C3%A3o%201.pdf?sequence=1. Acesso em 25/11/17.

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 1266 / BA – BAHIA⁵⁰, ficou assentado que (i) “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” e (ii) “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 art. 24 da Constituição do Brasil).”

Assim, em razão do princípio da isonomia, do princípio da dignidade da pessoa humana e sendo a educação direito de todos, e prioritariamente assegurada a crianças e adolescentes, deve ser superada qualquer diferença no tratamento a ser dado a escolas públicas e particulares, com o fim de promoção do ambiente formativo a serem desenvolvidos em todos os ambientes escolares.

Nada obstante a louvável pretensão, o diploma legal mencionado apresenta em alguns de seus dispositivos vícios formais e materiais que maculam os benefícios pretendidos sobre os quais nos debruçaremos nos tópicos a seguir.

3.3. Inconstitucionalidade formal dos artigos 3º e 4º. Vício de iniciativa. Competência privativa do Chefe do Poder Executivo

Em primeiro lugar, os artigos 3º e 4º da Lei estudada apresentam inconstitucionalidade formal, qual seja, o vício de iniciativa. Isto porque os programas de esclarecimentos sobre alergias alimentares nas escolas estabelecem variadas obrigações para o Poder do Executivo estadual.

De acordo com os artigos mencionados, há diversas condutas como palestras, seminários, distribuição de informativos e a disponibilização de remédios e exames associados ao tratamento da alergia alimentar “*em todos os alunos da Rede Pública e Particular de Ensino do Estado do Rio de Janeiro portadores de doenças crônicas*”.

Importa reproduzir os dispositivos legais mencionados:

“Art. 3º - O Poder Executivo poderá firmar convênios, contratos de prestação de serviços ou delegar esta competência aos órgãos estaduais envolvidos no processo para realização gratuita dos exames de sangue IgM e IgG anti gliadina e IgG anti alimentares (220 alimentos) em todos os alunos da Rede Pública e Particular de Ensino do Estado do Rio de Janeiro portadores de doenças crônicas, tais como: asma brônquica,

⁵⁰ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1266 / BA - BAHIA, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei estadual nº 6586/1994 do Estado da Bahia.

pneumopatias crônicas, cardiopatias crônicas, constipação intestinal crônica, distensão abdominal crônica, diarreia crônica, gastrite crônica, hepatopatia crônica, nefropatia crônica, muscoviscidose, urticária crônica, neuropatia crônica, dermatologia crônica.”

“Art. 4º - Os programas consistem em:

I – Debates, seminários, feiras de saúde, palestras, coordenados por profissionais capacitados como nutricionistas funcionais e médicos gastroenterologistas com especialidade em imunologia;

II – Distribuição de “folders” informando sobre todas as doenças;

III - Divulgação através de vídeos orientando sobre as doenças causadas pela alergia alimentar, seus sintomas, consequências e formas de tratamento.

IV – Disponibilização de remédios e exames associados ao tratamento da alergia alimentar nos órgãos públicos de saúde estaduais. ”

Contudo, o referido projeto autorizativo do Poder Legislativo, ao criar obrigações que serão executadas pelo Poder Executivo, com o consequente aumento de despesas e impacto nas leis orçamentárias, sofre um vício insanável desde sua origem. Trata-se de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa, a violar o disposto no artigo 165, I, II e III, da Constituição Federal⁵¹, tendo em conta que compete ao Chefe do Poder Executivo inaugurar o processo legislativo nas matérias relacionadas às suas competências, entre as quais a organização administrativa e as leis orçamentárias. Relembre-se que as normas em comento são de observância obrigatória para os Estados-Membros, pois a Constituição Federal, ao conferir-lhes a capacidade de auto-organização e de autogoverno, impõe vários princípios, entre os quais o pertinente ao processo legislativo (artigo 25), em razão da correlação direta

⁵¹ Art.165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 1º A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 5º A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

com o princípio da independência e harmonia entre os Poderes (artigo 2º), não podendo o legislador estadual usurpar a iniciativa do Chefe do Executivo sobre matérias reservadas a essa iniciativa privativa⁵².

As medidas acima estabelecidas causariam impacto nas combatidas contas do Estado sem a prévia dotação nas leis orçamentárias de iniciativa do Executivo. Neste sentido, segue a principal razão para o veto do Governador do Estado do Rio de Janeiro ao artigo 4º, derrubado posteriormente pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, a seguir transcrito:

“Razões de Veto Parcial ao Projeto de Lei nº 475/2015, de Autoria do Senhor Deputado Benedito Alves, que "Autoriza o Poder Executivo a Criar nas Escolas Públicas e Particulares de Ensino do Estado do Rio de Janeiro Programas de Esclarecimento sobre Alergia Alimentar, seus Sintomas, suas Consequências, os Cuidados a Serem Tomados e as Formas de Tratamento”

Muito embora elogiável a inspiração dessa Egrégia Casa de Leis, não pude sancionar integralmente o projeto, recaindo o veto sobre o seu art. 4º.

O dispositivo objeto do presente veto dispõe sobre o programa a SE criado, determinando diversas condutas como realização de debates, feiras seminários, além de distribuição de folders, divulgação de vídeos e disponibilização de exames e remédios.

Pois bem. Além de estabelecer atribuições para a Administração Pública, avançando, conseqüentemente, em providências materialmente administrativas que se inserem no rol de atribuições do Poder Executivo, a medidas propostas gerariam um alto custo financeiro.

Assim sendo, vale dizer que seriam criadas despesas custeadas por dotações próprias a serem consignadas no orçamento. Não resta dúvida, neste passo, que tais despesas poderiam comprometer o orçamento do Estado, tendo em vista que o Poder Executivo destinaria parte da arrecadação do Estado implementação da proposta. E tal providência, aliás, é reservada à iniciativa do Poder Executivo, nos moldes do art. 165, incisos I, II e III da Carta da República Como consequência disso, restou inobservado o art. 16 da Lei de

⁵² Neste sentido, podem ser citadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal: ADI/MC 1.391/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/11/97; ADI 1.594, rel. min. Eros Grau, j. 04/06/08, P, DJE de 10/09/10. ADI 291, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 7-4-2010, P, DJE de 10-9-2010.

Responsabilidade Fiscal que determina a realização de uma estimativa do impacto no orçamento-financeiro quando ocorre aumento de despesa a ser suportado pelo poder público.

Ressalte-se, neste sentido, que a eventual necessidade do aporte de tais recursos públicos não se coaduna com o atual cenário orçamentário financeiro do Estado do Rio de Janeiro.

Por este motivo não me restou outra opção a não ser a de apor o veto parcial que encaminho à deliberação dessa nobre Casa Parlamentar.

Em algumas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal pode esclarecer que a competência privativa para elaboração da lei orçamentária é do Executivo e a criação de encargos deve estar nela prevista⁵³.

Portanto, cuida-se de irregular geração da despesa pública, acarretada pela criação de ação governamental sem correspondente previsão nas leis orçamentárias, de iniciativa do Chefe do Executivo, sem estimativa de impacto orçamentário-financeiro e sem declaração do ordenador de despesa quanto à adequação com a lei orçamentária anual e compatibilidade com plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias, a violar o disposto no artigo 165, I, II e III, §§ 1º, 2º e 5º, da Constituição Federal, e nos artigos 15 e 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁴. Por isso, conclui-se que os artigos 3º e 4º da lei estadual em comento sofrem de vício de inconstitucionalidade formal.

⁵³ “Lei 10.238/1994 do Estado do Rio Grande do Sul. Instituição do Programa Estadual de Iluminação Pública, destinado aos Municípios. Criação de um conselho para administrar o programa. (...) O texto normativo, ao cercear a iniciativa para a elaboração da lei orçamentária, colide com o disposto no art. 165, III, da Constituição de 1988.” (ADI 1.144, rel. min. Eros Grau, j. 16/08/06, P, DJ de 08/09/06.) “Orçamento anual. Competência privativa. Por força de vinculação administrativo-constitucional, a competência para propor orçamento anual é privativa do Chefe do Poder Executivo.” (ADI 882, rel. min. Maurício Corrêa, j. 19/02/04, P, DJ de 23/04/04; ADI 2.447, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/09, P, DJE de 04/12/09).

⁵⁴ Art. 15. Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17. Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias. § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se: I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício; II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

3.4. Inconstitucionalidade material dos artigos 2º, parágrafo único, 3º e 4º

Em segundo lugar, a Lei estadual debatida ainda esbarra em vícios de inconstitucionalidade material em alguns de seus dispositivos, resumidos nos seguintes aspectos: (i) violação ao princípio da separação de poderes à luz do preceito da reserva de administração e à luz das capacidades institucionais; (ii) violação à liberdade de profissão do médico.

3.4.1. Uma releitura do princípio da separação de poderes

Os contornos originais de temas estruturantes do constitucionalismo moderno (direitos fundamentais e princípio da separação de poderes) sofreram transformações ocasionadas por interferências históricas, teóricas e institucionais. Os direitos individuais do liberalismo clássico são apenas uma das dimensões dos direitos fundamentais contemplados na sociedade contemporânea, abarcando ainda os direitos sociais, econômicos, de solidariedade. Por sua vez, o postulado da divisão e harmonia dos poderes ganha uma nova leitura abandonando a separação estanque de atribuições (especialização funcional) voltada à não interferência sobre as liberdades, pois o controle recíproco deverá equilibrar a atuação estatal com vistas à promoção dos direitos fundamentais de forma cooperativa e dialógica⁵⁵.

Importa observar no presente trabalho que a efetividade de direitos fundamentais tão complexos e de densidade normativa aberta, como o direito à saúde e o direito à alimentação adequada (e como a maioria das normas que contemplam direitos fundamentais), depende do comprometimento de todos os Poderes do Estado Democrático de Direito, daí a necessária vinculação aos direitos fundamentais extraída do preceito constitucional de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, Constituição Federal)⁵⁶.

Com vistas a atingir esse desiderato, a execução das tarefas estatais voltadas à concretização de direitos fundamentais depende de uma divisão de atribuições e do respeito mútuo entre os órgãos. O vício de iniciativa apontado anteriormente (invasão de competência própria do Executivo pelo Legislativo) transcende aspectos formais e afronta uma ideia-força do princípio da separação de poderes: a especialização funcional⁵⁷. A especialização funcional, ao lado da adequação do órgão para o exercício das funções que lhe foram atribuídas, é uma exigência da eficiência na consecução dos objetivos do Estado, considerando que as funções de legislar,

⁵⁵ MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, N.66, 2011, fls. 64-93.

⁵⁶ SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. rev.,at. E ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁵⁷ Sobre o processo legislativo da União: observância compulsória pelos Estados de seus princípios básicos, por sua implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência do Supremo Tribunal. (ADI 774, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26/02/99; ADI 2.434 MC, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ de 10/08/01)

administrar e julgar são diferentes, e, portanto, exigem-se qualidades e aptidões diferentes⁵⁸. Neste sentido, o Constituinte originário considerou que certos assuntos deveriam ser inicialmente delineados pelo Poder diretamente afetado ou que teria as melhores ferramentas para compreensão do tema (ex: criação de cargos da Administração Pública ou aumento de sua remuneração, regime jurídico de servidores públicos, art. 61, §1º, Constituição Federal).

Com o novo desenho da separação de poderes, vislumbra-se uma especialização funcional temperada diante da falência da tripartição funcional com esvaziamento das fronteiras entre as atividades estatais⁵⁹. Contudo, permanece a necessária busca por limites entre as esferas de poder. Diante disso, a reflexão sobre alguns institutos relacionados à nova face da separação de poderes (reserva de administração, a especialização funcional e capacidades institucionais) colabora para a compreensão dos espaços destinados a cada Poder.

3.4.1.1. Da reserva de administração

A visão contemporânea da separação de poderes coloca ênfase na fiscalização e colaboração harmônica e recíproca entre os órgãos do Poder, deixando, todavia, um núcleo intangível de espaço funcional de cada um deles, aquele que lhes dá a nota da autonomia e da tipicidade: seriam as reservas de lei (formal), de jurisdição e de administração. Segundo Arícia Fernandes Correia, a reserva de administração pública constitui “um espaço autônomo – e, por isso, insubordinado – de exercício da função administrativa, normativa e concretizadora da tutela dos direitos fundamentais, infenso à sub-rogação legislativa e jurisdicional, à vista do princípio da separação de poderes”⁶⁰.

O reconhecimento da reserva de administração pela doutrina pátria e pela jurisprudência da Corte Constitucional⁶¹ como corolário da separação de poderes, não a exime dos imensos desafios de se reconhecer, sobretudo em situações concretas, a dimensão do seu campo de proteção. A tarefa de delimitar os contornos desse preceito não é simples. Há que se refletir sobre os limites e possibilidades de atuação dos Poderes Legislativo e Judiciário, ainda que no exercício de suas funções típicas, a ponto de não substituir a ação tipicamente administrativa de modo a excluir o núcleo funcional próprio do exercício insubordinado e autorresponsável da

⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 6ª. ed. 1993, pp. 62-3; MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.

⁵⁹ HARBELE, PETER. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997. PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra, 1989.

⁶⁰ CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal, ADI 3.343, rel. p/ o ac. min. Luiz Fux, j. 01/09/11, P, *DJE* de 22-11-2011; Supremo Tribunal Federal, RE 427.574 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13/12/11, 2ª T, *DJE* de 13-2-2012

administração pública, ainda mais diante de um Estado Social, Prestacional e Administrativo⁶².

Em busca do núcleo constitucional da reserva de administração, a Professora Arícia subdivide em (i) reserva em sentido *lato*, qual seja, o campo da reserva de regulamento (atos normativos exclusivos do administrador público); e (ii) reserva em sentido estrito (atividade administrativa não normativa infensa à intromissão heterônoma). A delimitação de competência entre os poderes traçadas pela Constituição, bem como o núcleo essencial da função administrativa, são norteadores do campo da reserva de administração *stricto sensu*.

No caso presente, interessa destacar a reserva de administração em sentido estrito, que tem por função a proteção da Administração Pública, visando resguardar o núcleo central da função administrativa contra indevidas ingerências tanto de entidades do Legislativo como do Judiciário⁶³.

Por meio dessa reserva, é defeso ao Poder Legislativo (ou quem exerça atipicamente a função legislativa) invadir o campo da execução de lei, próprio da Administração Pública⁶⁴. Em outras palavras, não é possível, a pretexto de se exercer a função legislativa, a invasão do espaço da função administrativa, seja pela utilização desnecessária e abusiva de leis de efeito concreto ou leis de caráter específico (afastando-se do caráter geral e abstrato dos atos legislativos), exacerbadamente minuciosas nos campos em que se requer maior margem de atuação da Administração. Nessa toada, continua a Professora Arícia destacando que “o parlamentar não poderia, a pretexto de legislar, administrar”⁶⁵. Aponta ainda que o Legislativo não poderia adentrar em um “domínio de execução”, de modo a “executar legalmente a lei.” Logo, extrai-se da reserva de administração em sentido estrito um impedimento ao legislador de editar uma lei com descrição normativa excessivamente detalhada a ponto de inviabilizar o exercício da função administrativa, seja engessando indevidamente a atuação da Administração Pública em concreto (não dando abertura para a atuação do poder discricionário, quando recomendável), seja por perder a lei, sem motivo justificável, seu caráter material de ato geral e abstrato, ou ainda por restringir o campo do poder regulamentar, quando esse for recomendável⁶⁶.

Isto posto, verifica-se na Lei estadual a indevida interferência na organização da administração pública e na programação dos órgãos de educação e de saúde, impondo-lhes obrigações (impostas nos artigos 3º e 4º) com aumento de despesa pública. Os programas de conscientização instituídos pela lei já abrangem a necessidade de debater o tema. O formato (impresso, audiovisual, rodas de conversas, debates, palestras etc) cabe

⁶² CORREIA, Arícia Fernandes. Op. cit, p. 608.

⁶³ MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. *RDDA*, vol. 1, n. 2, p. 333-376, 2014.

⁶⁴ Em outras palavras, o princípio constitucional da reserva de administração impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo. Supremo Tribunal Federal, RE 427.574 ED, rel. min. Celso de Mello, j. 13/12/11, 2ª T, *DJE* de 13/02/12.)

⁶⁵ CORREIA, Arícia Fernandes. Op. Cit., p. 597.

⁶⁶ MACERA, Paulo Henrique. Op. Cit.

à Administração decidir, não só pela competência, mas também pela questão do engessamento e disponibilidade de recursos. Trata-se de ofensa à denominada reserva de administração, decorrência do conteúdo nuclear do princípio da separação de poderes (art. 2º, Constituição Federal). Ocupa espaço próprio da função administrativa diante de seus efeitos concretos (previsão de exames e entrega de medicamentos) e pela regulamentação detalhada (tipo específico de exame e especialidades médicas competentes para coordenação de trabalhos, formato dos programas de conscientização) nos artigos 3º e 4º, em evidente inconstitucionalidade.

A constatação de que o detentor da representatividade democrática, o legislador, não tem competência para adentrar função típica da Administração Pública, torna ainda mais urgente e necessária a atuação administrativa com vistas à sua legitimação. Impõe-se, com mais ênfase ao Executivo, detentor da reserva de administração, um *ativismo administrativo*, pela promoção, de ofício, do mínimo existencial dos direitos das crianças e adolescentes com alergia alimentar⁶⁷. A tarefa de *proteção dinâmica* dos direitos fundamentais é, no âmbito da sociedade contemporânea, uma prerrogativa da função administrativa, levando ao reforço da competência do Poder Executivo como preço a pagar pelo vertiginoso desenvolvimento técnico⁶⁸.

Para além da análise da reserva de administração, corolário do princípio da separação de poderes, ressalte-se o estudo da teoria das capacidades institucionais e da especialização funcional, a permitir a compreensão do tema sob um ângulo complementar.

3.4.1.2. Das capacidades institucionais da Administração Pública: expertise técnica e processualização da tomada de decisão em matéria de prestações de saúde

A especialização funcional, nada obstante não seja mais entendida como separação estanque das atribuições dos órgãos do Estado, mantém-se de forma

⁶⁷ Com esse propósito, Arícia Fernandes Correia elenca alguns filtros de legitimação democrática da reserva da Administração, entre os quais: (i) o *ativismo administrativo*, pela promoção, de ofício, dos direitos fundamentais, principalmente os relativos ao mínimo existencial; (ii) pela adoção de políticas públicas em relação aos direitos fundamentais cujos sinais de alerta quanto à prestação estatal omissa ou deficiente possam ser emitidos pelo Judiciário (ou no caso, pelo Legislativo); (iii) pela procedimentalização da Administração Pública; (iv) pela motivação da decisão administrativa em todo o *iter* procedimental; (v) pela apologia à razão prática, argumentativamente demonstrável e controlável; (vi) pela aplicação direta da Constituição às relações de direito administrativo, com a promoção de direitos fundamentais independentemente de mediação legislativa. CORREIA, Arícia Fernandes. Op. Cit., p. 611.

⁶⁸ Destinado a reger todas as atividades do Estado que não forem formalmente legislativas ou jurisdicionais, o Direito administrativo tem o papel reforçado, tendo em vista as inerentes particularidades da função de tratamento do risco, como a necessidade de adaptação contínua da regulamentação, o caráter reforçadamente técnico-científico da função e a nota de urgência da ação pública preventiva. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 45. DELLIS, Georges. L'état face au risque en tant que matière du droit public européen: droit public et risque. *European Review of Public Law*, vol. 15, n. 1, p. 659-703, spring-primtemps. 2003, p. 681.

temperada em razão da necessidade de uma divisão mínima de funções com vistas à racionalização da atividade estatal. Há que ser compreendida hodiernamente à luz da teoria de capacidades institucionais, bem delineada por Cass Sunstein e Adrian Vermule⁶⁹. Isto porque as funções de legislar, administrar e julgar são diferentes, e, portanto, exigem-se qualidades e aptidões diferentes⁷⁰.

Os brilhantes autores pretenderam enfatizar os papéis institucionais ao cuidar da função de interpretação das leis, em especial questionar a possibilidade de os juízes do mundo real produzirem consequências incoerentes, confiando que poderiam identificar os efeitos de rede de reforma de larga escala⁷¹. Assim, a pergunta não deveria ser como um texto deve ser interpretado, mas sim, como devem certas instituições, com suas distintas habilidades e limitações, interpretar certos textos, considerando necessário um estudo empírico comparativo para que se possa responder às perguntas sobre que instituições, com suas habilidades específicas, podem exercer de melhor forma a interpretação⁷².

⁶⁹ SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. N. 28 Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Acesso em 12/09/07, pp. 3. e 41. Outra noção recente que densifica um novo desenho da separação de poderes é desenvolvida por Bruce Ackerman: o profissionalismo. Embora reconheça como ponto positivo a importância que os políticos têm para o sistema, pois expressam a orientação de grande grupo de votos, e que sua habilidade é um recurso crucial para democracia, o autor verifica que um dos vícios dos políticos eleitos é a preocupação com a próxima eleição, e por isso elaboram leis em favor de apoiadores de campanha. Estão mais preocupados em considerar como aparecerão em público suas medidas. Por isso, critica o caráter extremamente politizado da Administração Pública americana, sugerindo a necessidade de um corpo administrativo com pessoas de talento, sem a influência de aspectos políticos em sua escolha o que permitirá uma atuação mais imparcial e também eficiente. Para ele, deve ser criado um espaço fora da intervenção política, nos quais juízes e administradores possam desenvolver seu juízo profissional. ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers*. *Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 642 a 729, jan. 2000, pp. 641; 687 ss. Também neste sentido, Michael WALZER: “a escolha dos cargos públicos deve ser guiada pelo mérito e pelas capacidades de cada um”. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 203..

⁷⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Op. Cit.*, pp. 62-3; MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Op. Cit.*..

⁷¹ SUNSTEIN, *op.cit.*, p. 41.

⁷² Foi feito um breve estudo comparativo entre Inglaterra e Estados Unidos quanto às capacidades institucionais de cada um de seus Poderes. Na Inglaterra, a interpretação é mais rígida, os juízes tratam os estatutos como regras, refutam investigar se a aplicação particular de uma regra produz ou faz sentido como problema de política ou princípio, mas a prática é uniforme e simples. Por sua vez, o Parlamento é menos tendente a delegar autoridade discricionária aos juízes e o desenho técnico das leis é feito por um Conselho do Gabinete do Parlamento, um corpo altamente profissional, que promove um estilo uniforme de desenho. Ademais, o Conselho é atento ao processo e métodos dos juízes e com frequência conserta os erros nas leis que podem gerar um aumento de casos judiciais. Nos Estados Unidos, o panorama é distinto. No Parlamento, não há um corpo centralizado, nem profissional, sendo o desenho sem uniformidade e os elaboradores são múltiplos e sem coordenação. Ademais, a resposta do Congresso em relação aos juízes é intermitente, não respondendo rapidamente e com regularidade aos casos particulares. Assim, na Inglaterra, o sistema de elaboração das leis é ativo e profissionalizado e o Judiciário é formalista. Nos Estados Unidos, o sistema é diferente, pois o legislativo não é ativo, nem é profissional. Nesse sentido, pretenderam averiguar como deve ser a atuação do Judiciário à luz das características de outro Poder. Ademais, não é possível deduzir uma resposta para disputadas questões de escolha interpretativa de largas colocações sobre legitimação ou autoridade. SUNSTEIN, *op.cit.*, p. 26, 30;

No caso em tela, à luz da teoria das capacidades institucionais, podemos aplicar a noção à divisão de tarefas entre Legislativo e Executivo na execução de políticas públicas voltadas à proteção da saúde. É possível vislumbrar a patente inaptidão do Legislativo diante de alguns dos temas tratados nos programas de esclarecimento de alergia alimentar.

É cediço que há uma perda notável da função legislativa pelo Parlamento (que assume maior função de controle) considerando a falta de conhecimento técnico, a estrutura colegiada e deliberativa, de composição numerosa e plural e a inaptidão do processo legislativo clássico para se adaptar às exigências constitucionais⁷³. E essa perda da centralidade da lei é inevitável diante da contradição entre as concepções fundadoras do Direito e as exigências de temas tocantes às ciências e às tecnologias: (i) a mutabilidade da técnica afronta a estabilidade do Direito; (ii) a profunda especialização dos assuntos médicos exige maior grau de detalhamento de acordo com a área do conhecimento humano frente à generalidade e à abstração das normas jurídicas⁷⁴.

Diante desse quadro de instabilidade e fragmentação da ciência, a solução encontrada pelos ordenamentos jurídicos manifesta-se na crescente remissão jurídica para ciência: remissão às cláusulas técnicas, às normas técnicas e aos estudos de comitês e organismos científicos⁷⁵. Essa remissão à ciência não se trata de desintervenção, mas uma opção incontornável para melhoria e adaptação; um encontro entre norma e realidade e *proteção dinâmica* dos direitos fundamentais em face do desenvolvimento técnico-científico pela Administração Pública⁷⁶.

Na contramão dessas ideias, destacam-se negativamente os artigos 3º e 4º da lei estadual debatida que indicam: (i) tipo específico de exame para todos os alunos das escolas públicas e privadas portadores de doenças crônicas (exame de sangue IgM e IgG) independentemente de indicação clínica; e (ii) palestras coordenadas por profissionais específicos (nutricionistas funcionais e médicos gastroenterologistas com especialidade em imunologia).

Neste sentido, além da nítida invasão de competência própria do Executivo, há patente incapacidade institucional do legislador estadual sobre a matéria. A escolha do tipo de exame para diagnóstico da doença e a escolha da especialidade dos profissionais de saúde capacitados para coordenação das palestras são escolhas técnicas e científicas próprias dos administradores públicos, que detêm expertise, e não são típicas do Parlamento.

⁷³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 137-8.

⁷⁴ MONCADA, Luis Cabral. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 84, 90. JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RIO, 2006, pp. 42,44 e 70.

⁷⁵ ESTEVE PARDO, Jose. *El desconcierto del Leviatan: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 101.

⁷⁶ MORGADO, Cintia. *O Direito Administrativo do Risco. A nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

A estabilidade do Direito é afrontada pela mutabilidade das ciências e tecnologia. A previsão em lei de determinado exame para diagnóstico de alergia constitui um engessamento das escolhas administrativas mais modernas, mais eficazes e mais econômicas, ignorando os avanços da ciência médica e o avanço tecnológico, a oferecer novas diretrizes de diagnóstico e tratamento. Por sua vez, a generalidade dos artigos 3º e 4º não acompanha a profunda especialização do conhecimento científico. Como se ainda não fossem suficientes os argumentos acima para a inadequação de tal dispositivo, é prevista a realização de dois tipos de exames, a saber: pesquisa de imunoglobulinas IgM e IgG anti gliadina (um dos exames indicados para colaboração no diagnóstico de doença celíaca, que não é objeto da lei estudada) e o IgG anti alimentares (220 alimentos), exames que não se prestam ao diagnóstico nem de alergias nem de intolerâncias alimentares.

A ausência de expertise técnica do legislador fica ainda mais patente diante da escolha equivocada do exame: conforme se depreende da nota da Associação Brasileira de Alergia e Imunologia - ASBAI⁷⁷, “a utilização de métodos diagnósticos que utilizem a mensuração de IgG contra proteínas alimentares não apresenta respaldo científico” e “os resultados positivos não devem ser interpretados como indício de alergia e conseqüentemente não se pode estabelecer dietas restritivas de qualquer alimento com base neste tipo de teste.” Tal recomendação é acompanhada pelo Instituto Girassol⁷⁸, que ressalta inclusive que “além do alto custo, estes testes podem ser arriscados. Primeiramente, porque podem levar a um falso diagnóstico, com instituição de dietas de exclusão desnecessárias. E ainda pior, podem deixar de diagnosticar alergias alimentares verdadeiras, colocando vidas em risco, nos casos de anafilaxia.”⁷⁹

A título de esclarecimento, para alergia alimentar, o padrão ouro de diagnóstico é o exame clínico aliado ao teste de oralidade.⁸⁰ E no caso da doença celíaca, que sequer é objeto da norma em questão, o padrão ouro para diagnóstico é o exame histopatológico (endoscopia digestiva com biópsia do intestino delgado),

⁷⁷ Posicionamento do Grupo de Alergia Alimentar da ASBAI. Tema: Papel dos testes de detecção de IgG no diagnóstico de alergias alimentares. Disponível em: <http://www.asbai.org.br/imagebank/2016-09-26-TESTE-DE-IGG-SATEMENT-SO-ASBAI.pdf>. Acesso em 13/11/17.

⁷⁸ “O Instituto Girassol é uma organização sem fins lucrativos, fundada em janeiro de 2005, tendo como objetivo viabilizar terapia nutricional adequada e garantir acesso à terapia nutricional aos portadores de necessidades nutricionais especiais, dentre as ações propostas pelo Instituto Girassol destacam-se, a orientação procedimental e administrativa para que a população tenha acesso aos insumos necessários disponibilizados pelo Poder Público; propor ações que facilitem o acesso aos exames necessários à investigação diagnóstica e acompanhamento clínico; capacitar e atender profissionais de saúde para que elevem a qualidade do atendimento dos portadores de necessidades nutricionais especiais; promover o convívio social e a troca de experiências entre os portadores desses distúrbios nutricionais.” Disponível em: <http://www.girassolinstituio.org.br/site/index.php/quem-somos>. Acesso em 13/11/17.

⁷⁹ Disponível em: <http://www.girassolinstituio.org.br/site/index.php/11-conteudo-cientifico/noticias/302-o-que-e-o-teste-de-igg-igg4>. Acesso em 13/11/17.

⁸⁰ MENDONÇA, Raquel Bicudo et al. Teste de provocação oral aberto na confirmação de alergia ao leite de vaca mediada por IgE: qual seu valor na prática clínica? *Rev. paul. pediatr.*, Set 2011, vol.29, no.3, p. 415-422. “O teste de provocação oral (TPO) consiste na oferta do alimento ao paciente, em doses progressivas, sob supervisão médica, realizado após um período de dieta de exclusão do alimento suspeito.”

sendo o exame apontado pela lei o de menor sensibilidade e maior variação, sendo menor a condição de afirmar a doença apenas com o exame de sangue (Portaria SA/MS nº 1149/2015). Assim, além da escolha de exames pelo legislador ser inconstitucional, os mencionados exames não são apropriados para o diagnóstico da alergia alimentar.

Além disso, muito embora tenha-se tentado privilegiar um alcance multidisciplinar no artigo 4º, I, da lei estudada, restam dúvidas sobre as únicas qualificações/especializações elencadas, pois outras áreas da nutrição (materno-infantil, saúde coletiva, nutrição clínica, necessidades alimentares especiais e outras), da medicina (alergistas, pediatras, clínicos e outros), além de outras expertises como psicólogos, assistentes sociais, professores e outros podem e devem contribuir para o debate que promova a conscientização da alergia alimentar. Há diversas especialidades médicas envolvidas no auxílio e tratamento das enfermidades que cuidam das necessidades especiais alimentares, de modo que a escolha da especialidade médica é minúcia desnecessária a ser tratada em lei. Por fim, cabe aos órgãos gestores resolver quem conduziria eventuais congressos, palestras e seminários, a fim de evitar que se imobilize a atuação científica e informativa dos profissionais envolvidos.

A remissão das normas jurídicas às escolhas técnicas trouxe, em contrapartida, a necessidade de legitimação democrática da atuação administrativa considerando a diluição dos *standards* legais.

É cediço que aporção do conhecimento científico no âmbito decisório administrativo exige dos órgãos competentes a introdução de uma fase técnica no processo de intervenção e de uma organização técnica de apoio dentro da Administração, ou seja, implica na processualização da tomada de decisão e na institucionalização do saber científico. Por isso, há que se falar em dimensões procedimentais e organizatórias dos deveres de proteção dos direitos fundamentais⁸¹, com a criação de órgãos e procedimentos garantidores desses direitos. Através desses órgãos e procedimentos são apresentados os argumentos de justificação da atuação administrativa.

Destaque-se o novo processo administrativo de incorporação, exclusão ou alteração de novas tecnologias de saúde ao Sistema Único de Saúde, inaugurado pela

⁸¹ Os direitos fundamentais irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, apresentando uma “dupla dimensão” (subjéctiva e objectiva). A dimensão objectiva, aqui considerada sob o aspecto procedimental e organizatório, reforçaria a imperatividade dos direitos, como complemento e suplemento da dimensão subjéctiva, na medida em que produziria efeitos jurídicos que não se reconduzem totalmente às posições jurídicas subjéctivas que reconhecem, ou se estabelecem deveres e obrigações, normalmente para o Estado. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 109 LOUREIRO, João. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 862

Lei federal nº 12.401/2012, abrindo a possibilidade de constante atualização dos protocolos clínicos pelo administrador público. Essa Lei também criou a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (CONITEC), com a função de assessorar o Ministério da Saúde (MS) nas decisões deliberativas relativas ao processo de inclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos terapêuticos, na constituição ou alteração de protocolos clínicos ou diretrizes terapêuticas⁸² e nas atualizações da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME (artigo 19-Q)⁸³.

Assim sendo, a escolha do diagnóstico e do tratamento pelo legislador não leva em consideração que a Administração tem órgãos especializados e competentes para orientação, preparação e motivação da decisão sobre a incorporação de medicamentos e procedimentos terapêuticos. Ademais, mostra-se obscura diante da falta de motivação para escolha de um determinado exame para todos os portadores de doenças crônicas, contrariando a vontade do administrador de dar transparência à tomada de decisão em matéria de diretrizes terapêuticas e protocolos clínicos do SUS.

A processualização da tomada de decisão em matéria de inclusão de novos medicamentos ou procedimentos no SUS tem um papel legitimador, compensando o déficit democrático da Administração através da natureza aberta, na perspectiva de dentro para fora (*outputs*), com o acesso público à informação administrativa, publicidade e transparência; e da participação, na perspectiva de fora para dentro (*inputs*), uma mais-valia qualitativa do desenvolvimento da atividade administrativa⁸⁴. Por fim, a lei estadual rechaça a participação da sociedade civil no debate, privilegiada no processo administrativo inaugurado pela Lei federal nº 12.401/2012, cujas contribuições devem ser consideradas nas resoluções dos mencionados processos. Trata-se de outro ponto que acentua legitimidade ao processo, considerando que o processo administrativo é um meio de abertura da Administração ao entorno social, de participação dos cidadãos no exercício das

⁸² A esse respeito, a Lei federal nº 12.401/2011 estabeleceu os critérios a serem observados pela CONITEC para sua avaliação, quais sejam, (i) as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; e (ii) a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível. Ademais, a lei estabeleceu a submissão dos pareceres a consultas e audiências públicas (Art. 19-R, § 1º III, IV).

⁸³ “A criação da Comissão representou passo importante no desenvolvimento e institucionalização da avaliação de tecnologias em saúde (ATS) no país. A ATS visa apoiar o sistema de saúde nas decisões de financiamento, aquisição e uso apropriado das tecnologias e, também, no desinvestimento de tecnologias obsoletas ou ineficazes, e pode contribuir para aumentar a transparência e a responsabilização do processo de decisão, auxiliando no desenvolvimento de políticas baseadas em evidências.” CAETANO, Rosângela et al. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.8, pp.2513-2525.. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017228.02002017>. Acesso em 24/11/17.

⁸⁴ DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade como parâmetro decisório*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 103.

funções administrativas, de colaboração entre Administração e sociedade⁸⁵. Os interessados têm a oportunidade de apresentarem argumentos e provas e oferecem informações,⁸⁶ contribuindo para a própria determinação do fato ou da situação⁸⁷.

Conclui-se que os artigos 3º e 4º da lei em comento violam o princípio da separação de poderes, sendo, portanto, inconstitucionais, porque (i) invadem funções reservadas à Administração e (ii) colocam em evidência a inaptidão técnica do Parlamento diante das escolhas equivocadas para o diagnóstico de alergia alimentar frente à expertise da Administração cuja atuação é legitimada pela processualização da tomada de decisão.

3.4.2 Da liberdade de profissão e de prescrição dos profissionais de saúde

Incumbiria às escolas públicas e privadas do Estado do Rio de Janeiro, através das Secretarias de Educação e Saúde, segundo o diploma estadual ora analisado, a orientação dos responsáveis dos alunos portadores da enfermidade sobre sintomas, consequências, alimentação adequada e formas de tratamento (artigo 2º, parágrafo único, parte final). A lei ainda prevê a realização de exame de sangue IgM e IgG anti gliadina e IgG anti alimentares (220 alimentos) para todos os estudantes diagnosticados com doenças crônicas, como já mencionado no artigo 3º.

Embora seja de extrema importância o acolhimento dentro da escola daquele que tem alergia alimentar, especialmente no que se refere ao cuidado no preparo e na oferta de refeições, nas atividades pedagógicas e nas atividades comemorativas que incluam alimentos, o diagnóstico só pode ser feito pelo médico e deve ser seguido de uma análise minuciosa da história clínica do paciente⁸⁸, havendo ou não necessidade de exames complementares a depender do tipo de alergia alimentar.

Do mesmo modo, a dieta a ser seguida após o diagnóstico deverá ser prescrita por nutricionista, cabendo à escola tão somente seguir as orientações do relatório do profissional de saúde, fazendo as adaptações necessárias no cardápio e oferecendo condições de segurança para a oferta do alimento bem como para o cuidado em casos de emergências.

⁸⁵ MORÓN, Miguel Sanchez. *Derecho administrativo*. Parte General. Madrid: Tecnos, 2009. p. 478. No mesmo sentido, acerca da legitimação do processo através da participação, ver DUARTE, David. Op. cit., p. 163; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

⁸⁶ Destaque-se aqui a atuação da Sociedade Brasileira de Pediatria – SBP e da ASBAI junto ao Ministério da Saúde apresentando argumentos e dados científicos acerca de protocolos para tratamento de alergias alimentares, especialmente no que tange ao tratamento de ações alérgicas severas. Disponível em: <https://goo.gl/5AKedb> e <http://anafilaxiabrasil.com.br/>. Acesso em 29/11/17.

⁸⁷ Odete Medauar aponta como finalidade do processo propiciar o melhor conteúdo das decisões, o que é permitido através da participação dos interessados. *Direito administrativo moderno*, 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 182.

⁸⁸ ASBAI. Consenso Brasileiro de Alergia Alimentar. Rev. bras. alerg. imunopatol. – Vol. 31, Nº 2, 2008: “Na avaliação diagnóstica das reações adversas a alimentos, a história clínica tem papel fundamental.”

Caso contrário, seria vulnerada a independência e liberdade de exercício dos profissionais de saúde em comento, direito fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 5º, XIII, da Constituição Federal), atendida a qualificação profissional estabelecida em lei⁸⁹. A proteção à saúde, a envolver o desenvolvimento e a execução de serviços de saúde, conforme art. 197, deve ser compreendida à luz do princípio da liberdade sob enfoques distintos: o livre exercício dos profissionais de saúde e a proteção do paciente. Em outras palavras, a liberdade é um princípio fundamental que rege as ações e serviços de saúde⁹⁰.

O princípio da liberdade possui importantes reflexos para os médicos e demais profissionais de saúde. O exercício da profissão é livre, após o devido registro no Conselho profissional, podendo o médico exercê-la com todas as prerrogativas inerentes à função. A propósito, o Conselho Federal de Medicina – CFM estabeleceu o princípio da autonomia no Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/2009, Cap. I, inc. V, VIII).⁹¹ A liberdade do médico pode ser desdobrada em liberdade de escolha do paciente, a liberdade de instalação e a liberdade de prescrição médica⁹².

Importa no presente estudo a liberdade de prescrição médica, que a partir de seu diagnóstico, engloba a escolha de tratamento a ser sugerido ao paciente, bem como os medicamentos e procedimentos médicos que eventualmente serão adotados, tais como exames clínicos, internações e cirurgias. É nesse sentido que o Código de Ética Médica prevê o direito de o médico indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas reconhecidamente aceitas pela comunidade médica e respeitada a legislação vigente (Cap. II, inc. II da Resolução CFM nº 1931/2009).

Logo, há que se frisar que o exercício da liberdade profissional não é absoluto, como nenhuma outra liberdade é, podendo sofrer limitações diante de outros princípios da Carta Constitucional e da legislação constitucionalmente mencionada de limites ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão⁹³. Em

⁸⁹ De acordo com a Corte Constitucional, o art. 5º, XIII, da Constituição da República é norma de aplicação imediata e eficácia contida que pode ser restringida pela legislação infraconstitucional. Inexistindo lei regulamentando o exercício da atividade profissional dos substituídos, é livre o seu exercício. MI 6.113 AgR, rel. min. Cármen Lúcia, j. 22-5-2014, P, DJE de 13/06/14.

⁹⁰ AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 195

⁹¹ V – Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. VII – O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente. VIII – O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho.

⁹² AITH, Fernando. *Op. Cit.*, p. 210.

⁹³ Neste sentido, segue entendimento do Supremo Tribunal Federal: Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, XIII, da CF, não o faz de forma absoluta, pelo que a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente. A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária

primeiro lugar, é vedado ao médico prescrever tratamento ou outros procedimentos sem exame direto do paciente, salvo em casos de urgência ou emergência e impossibilidade comprovada de realizá-lo, devendo, nesse caso, fazê-lo imediatamente após cessar o impedimento (Cap. V, art. 37, da Resolução CFM nº 1931/2009). Em segundo lugar, o Código de Ética Médica ainda o proíbe de praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País. Em terceiro lugar, há que se respeitar as escolhas dos pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos. (Cap. V, inc. XXI, da Resolução CFM nº 1931/2009).

E, para o médico que atende no Sistema Único de Saúde, ainda há que se levar em conta se a tecnologia de saúde foi incorporada ao sistema e considerar também os protocolos clínicos (Lei federal nº 12.401/2011). Para o tratamento de determinada enfermidade, podem existir diversas opções clínicas, e a escolha também é feita numa relação de custo-benefício, quantas pessoas serão beneficiadas, sendo analisada em cada etapa do tratamento ou se não responder à determinada opção, passa-se a outra⁹⁴.

No caso das alergias alimentares, a escolha do método diagnóstico e da prescrição de medicamentos realizados pela lei estadual estão em desacordo com as recomendações médicas reconhecidamente aceitas.

O diagnóstico de tal doença se faz sobretudo pela análise da história clínica do paciente, tendo os exames laboratoriais papel secundário e apenas complementar, cabendo ao médico optar ou não por sua realização, em razão das peculiaridades do caso, uma vez que o padrão ouro de diagnóstico consiste no “teste de provocação oral” – TPO, sendo realizada a retirada do alimento suspeito da dieta, observando-se melhora no quadro clínico e a posterior reintrodução do alimento (em ambiente apropriado e supervisionado pelo médico, para o caso de reações graves), observando o reaparecimento dos sintomas. Neste sentido, os exames não são necessários para todo e qualquer tipo de alergia alimentar, o que compromete a lógica adotada pelo legislador em seu artigo 3º.

Ademais, nem toda reação alérgica é tratada de forma medicamentosa, sendo o tratamento da alergia consistente na exclusão total do alimento

nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da administração pública fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública. ADI 395, rel. min. Cármen Lúcia, j. 17-5-2007, P, DJ de 17-8-2007.

⁹⁴ O protocolo clínico e diretriz terapêutica são documentos que estabelecem critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS.” (art. 19-N, inc. II, da Lei 12401/2012). Os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas deverão estabelecer os medicamentos ou produtos necessários nas diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde de que tratam, bem como aqueles indicados em casos de perda de eficácia e de surgimento de intolerância ou reação adversa relevante, provocadas pelo medicamento, produto ou procedimento de primeira escolha.

envolvido na reação⁹⁵. As recomendações terapêuticas são dependentes do conhecimento médico e do seu discernimento sobre a necessidade de intervenção rápida⁹⁶. A prescrição deve ser feita pelo médico, de forma criteriosa, após avaliação clínica do paciente, apenas para os casos indicados.

Neste sentido, quanto ao inciso IV do artigo 4º da lei estadual depende não só de cuidado e critério no diagnóstico da alergia alimentar, como na prescrição correta e criteriosa para o fornecimento de medicamentos, conforme acima explicitado, que, em alguns tipos de alergia alimentar, podem ser indicados para tratar uma crise alérgica.

Isto posto, o artigo 2º, parágrafo único (parte final) e os artigos 3º e 4º da lei estadual multicitada violam a liberdade de prescrição, e, por conseguinte, a liberdade de profissão, sendo patente sua inconstitucionalidade. A orientação ao paciente sobre sintomas, consequências, alimentação adequada e formas de tratamento para a alergia alimentar compete ao médico e demais profissionais de saúde envolvidos com a alergia alimentar. Não se trata de papel da instituição de ensino. Ao identificar alguma condição de saúde não relatada pela família quando da matrícula, a escola deverá entrar em contato com os responsáveis, orientando apenas que seja procurado atendimento especializado para que esse possa esclarecer e, se for o caso, possa diagnosticar e orientar a conduta a ser seguida, cabendo à família reportar à escola o resultado dos atendimentos.

E, por fim, a escolha dos exames a serem realizados nas crianças e adolescentes portadores de doenças crônicas, bem como a prescrição de medicamentos, não pode prescindir de prévio diagnóstico e de exame direto no paciente, sob pena de indicação de ato médico desnecessário. E, no caso em tela, como alertado, trata-se de exame contrário ao protocolo clínico para doença celíaca, que sequer é objeto da lei estudada e para as indicações médicas reconhecidas referentes às alergias alimentares. Além de o legislador pretender substituir o médico, prescrevendo exame, ainda determina o exame inadequado!

4. Conclusão

Os direitos fundamentais que evitam ou minoram os efeitos adversos decorrentes da alergia alimentar em crianças e adolescentes, tais como a saúde, a alimentação e a educação, vêm sendo efetivados ao longo dos últimos anos, sendo que os primeiros passos foram dados com o reconhecimento da alergia alimentar como problema de saúde pública em diversos documentos normativos nacionais.

⁹⁵ ASBAI. Consenso Brasileiro de Alergia Alimentar. *Rev. bras. alerg. imunopatol.* – Vol. 31, Nº 2, 2008, p. 78: “Uma vez estabelecido o diagnóstico de alergia alimentar, a única terapia comprovadamente eficaz é a exclusão dietética do alérgeno implicado nas manifestações clínicas.”

⁹⁶ O Consenso Brasileiro de Alergia Alimentar já anteriormente citado indica os protocolos a serem seguidos em casos de reação alérgica e a depender do tipo de reação, caberá ao médico, de acordo com os critérios estabelecidos, escolher dentre as alternativas medicamentosas, a melhor opção para o caso analisado.

Nesse percurso, a denominada vinculação dos três Poderes estatais aos direitos fundamentais impõe ao Legislativo, Executivo e Judiciário a atuação positiva através da execução de funções típicas, entre as quais, a adoção de políticas públicas voltadas à promoção da saúde, da alimentação adequada e da educação alimentar e nutricional da população infantil com alergia alimentar. Considerando o princípio da divisão e harmonia entre os Poderes, não se pode afastar a necessidade de respeito ao núcleo mínimo de funções típicas de cada Poder, de modo que eventual invasão de competências prejudica a melhor execução das tarefas públicas. Ademais, considerando a multiplicidade de normas jurídicas envolvidas, há que se harmonizar com outros direitos fundamentais que possam colidir com aqueles garantidos pela lei.

No caso em tela, o benefício perseguido pelo legislador quanto à efetivação dos direitos à saúde, à educação e à alimentação foi, especialmente, de promover a conscientização da alergia alimentar e de proteger o grupo de estudantes com essa necessidade alimentar especial, no ambiente escolar, sem distinção entre públicas e privadas.

Nada obstante sejam constatadas inconstitucionalidades de ordem formal (vício formal de iniciativa) e material (violação ao princípio da separação de poderes e ao direito de liberdade dos profissionais de saúde) em alguns de seus dispositivos, faz-se necessário atribuir à lei, especialmente naqueles pontos em que acertadamente estabeleceu caminhos para a efetivação de direitos fundamentais de crianças e adolescentes com alergia alimentar, o mérito de trazer ao debate a importância da conscientização sobre a alergia alimentar, sendo o âmbito escolar propício ao fomento de práticas de vida saudáveis voltadas a evitar ou minorar as reações alérgicas.

Ressalte-se que a constatação de que o detentor da representatividade democrática, o legislador, não tem competência para adentrar função típica da Administração, torna ainda mais urgente e necessária a atuação da Administração Pública com vistas à sua legitimação. Impõe-se, com mais ênfase ao Executivo, detentor da reserva de administração, um *ativismo administrativo*, pela promoção, de ofício, do mínimo existencial dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes com alergia alimentar.

O diploma legal autorizativo requer ainda uma interpretação renovada da separação de poderes de modo a conciliar a deferência institucional de acordo com competências e habilidades, de um lado, e a concretização dos direitos fundamentais aos quais os Poderes estão vinculados, de outro. O divórcio entre os órgãos deve ceder lugar à unidade no cumprimento da Constituição e o choque deve ceder lugar ao diálogo institucional. Considerando que “não há oficial de justiça em matéria constitucional”⁹⁷, posto que quanto mais altas as autoridades omissas, mais difícil se torna obrigar ao cumprimento dessas normas, a ideia de constitucionalismo cooperativo e dialógico torna-se a forma mais apropriada no atual cenário de

⁹⁷ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito de Estado*, ano 1, nº 4, p. 3-22, out./dez.2006.

aperfeiçoamento das práticas de cada um dos Poderes. O diálogo entre Poderes, ainda que iniciado de forma inapropriada e não planejada, pode ser profícuo para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Muito embora o Legislativo não seja o *locus* apropriado para cuidar de alguns temas de programas de alergia alimentar que deveriam estar sob o crivo dos técnicos da Administração, esta provocação dialógica pode ser a forma mais eficaz de obter a atuação do Poder competente, no caso, o Executivo. Maria Cecília Cury Chaddad ressalta que em vista da relevância do tema para a saúde daqueles que têm alergia alimentar, é dever do Estado salvaguardar os interesses dessa parcela vulnerável da população, de forma a garantir o desfrute de uma vida digna e plena, com a preservação de sua saúde⁹⁸.

Em nome da guarda da Constituição, o Executivo não pode manter a omissão quanto ao tema, e nesse sentido, se por um lado, para a efetividade da Constituição, o legislador deve atuar com senso de realidade e boa técnica legislativa, por outro “impõe-se ao Poder Público, *vontade política*, a concreta determinação de tornar realidade os comandos constitucionais”⁹⁹.

5. Referências

- ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217: 55-66, 1999.
- ACKERMAN, Bruce. *The new separation of powers. Harvard Law Review*, v. 113, n. 3, pp. 642 a 729, jan. 2000.
- AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Relatório de Consolidação da Consulta Pública n. 29/2014 e da Audiência Pública n. 1/2015. Brasília, 2015.
- AITH, Fernando. *Curso de Direito Sanitário. A Proteção do Direito à Saúde no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- ALLERGY UK, *Allergy Prevalence: Useful facts and figures*: Disponível em: https://www.allergyuk.org/assets/000/001/369/Stats_for_Website_original.pdf?1505209830. Acesso em 14/11/17.
- ASBAI. Consenso Brasileiro de Alergia Alimentar. *Rev. bras. alerg. imunopatol.* – Vol. 31, Nº 2, 2008.

⁹⁸ CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Op. cit.*

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*. Grifos do original.

- _____. Alergia Alimentar. Artigos. Material Educativo. <http://www.asbai.org.br/secao.asp?s=81&id=306>, acesso em 31/10/17.
- _____. *Papel dos testes de detecção de IgG no diagnóstico de alergias alimentares.* <http://www.asbai.org.br/imagebank/2016-09-26-TESTE-DE-IGG-SATEMENT-SO-ASBAI.pdf>, acesso em 13/11/17.
- BAHIA, Luciana Ribeiro et al. Impacto econômico da obesidade no Brasil. *Revista Hospital Universitário Pedro Ernesto.* 2014;13(1):13-17 http://revista.hupe.uerj.br/detalhe_artigo.asp?id=455, acesso em 31/10/17.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, e SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BASTOS, Lucília Isabel Candini. *Considerações sobre alguns princípios norteadores da seguridade social com arrimo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.* In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 82, nov 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8659. Acesso em 01/11/17.
- BEND, Luiz Antonio G. et al. Anafilaxia: guia prático para o manejo. *Rev. bras. alerg. imunopatol.* – Vol. 29, Nº 6, 2006.
- BRASIL. Ministério da Educação. *Caderno de referência sobre alimentação escolar para estudantes com necessidades alimentares especiais / Programa Nacional de Alimentação Escolar.* Brasília: FNDE, 2016.
- _____. Ministério da Educação. *Base nacional comum curricular.* Brasília, Brasília: MEC, 2015.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Aleitamento materno, distribuição de leites e fórmulas infantis em estabelecimentos de saúde e a legislação* 1ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2014.

- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Guia alimentar para a população brasileira*. 2. ed. Brasília, DF, 2014.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. *Política Nacional de Alimentação e Nutrição*. 2ª ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2012
- BURITY, Valéria, et. al. *Direito Humano à Alimentação Adequada no Contexto da Segurança Alimentar e Nutricional*. Brasília, DF: ABRANDH, 2010. 204p.
- CAETANO, Rosângela, et al. Incorporação de novos medicamentos pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS, 2012 a junho de 2016. *Ciênc. saúde coletiva* [online]. 2017, vol.22, n.8, pp.2513-2525. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232017228.02002017>. Acesso em 24/11/2017.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina. 6ª. ed. 1993.
- CHADDAD, Maria Cecília Cury. *Rotulagem de alimentos. O direito à informação, à proteção da saúde e à alimentação da população com alergia alimentar*. Curitiba: Jurua, 2014.
- CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva de administração e separação de poderes, in BARROSO, Luís Roberto (org.). *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 575-612.
- COSTA, Mônica Cristina da. *A tutela jurisdicional do direito à saúde, consubstanciada na determinação de fornecimento gratuito de medicamentos e tratamentos médico hospitalares pelo estado*. In: Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná. v. 28, n. 111 (2011). .
- DELLIS, Georges. L'état face au risque en tant que matière du droit public europeen: droit public et risque. *European Review of Public Law*, vol. 15, n. 1, p. 659-703, spring-printemps. 2003.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade como parâmetro decisório*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- ESTEVE PARDO, Jose. *El desconcierto del Leviatan: política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

- FERRAJOLI, Luigi. Derechos fundamentales. In: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Edición de António de Cabo e Gerardo Pisarello. 4ª. ed. Madrid: Trotta, 2009 FERREIRA FILHO, Manoel Goncalves. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 1989.
- FOOD ALLERGY & ANAPHYLAXIS CONNECTION TEAM (FAACT). Disponível em: https://www.foodallergyawareness.org/education/food_allergies_%2B_school_s-14/. Acesso em 28/11/12.
- GAGETE, Elaine, et al. “Who has anaphylaxis in Brazil? Validation of a questionnaire for population studies” in *World Allergy Organization Journal* 201710:40 Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s40413-017-0171-2>. Acesso em 24/11/17.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. *Revista de Direito de Estado*, ano 1, nº 4, p. 3-22, out./dez.2006.
- HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997.
- JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa, Luiz Barros Montes. Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-RIO, 2006.
- LOUREIRO, João. *Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção e tecnociência. Algumas questões juspublicísticas*. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales. Temas clave de la Constitución española*. 5ª. ed. Madrid: Tecnos, 1993. MACERA, Paulo Henrique. Reserva de administração: delimitação conceitual e aplicabilidade no direito brasileiro. *Revista de Direito Digital de Direito Administrativo*, vol. 1, n. 2, p. 333-376, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/74332>. Acesso em 24/11/2017.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da seguridade social*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MARTINS, Vicente. As escolas privadas na Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.394/96. in *Direitonet*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3048/As-escolas-privadas-na-Constituicao-Federal-de-1988-e-na-Lei-9394-96>. Acesso em 24/11/17.
- MARTOS, Jesus Sanches; PIZARRO, Carmen Gamella. Informação alimentaria y educacion para la salud. In: MATEU, Nuria Amarillia. *El derecho a la información en salud alimentaria*. Madrid: Eupharlaw, 2006, p. 79-106.

- MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 2ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MENDONÇA, Raquel Bicudo et al. Teste de provocação oral aberto na confirmação de alergia ao leite de vaca mediada por IgE: qual seu valor na prática clínica?. *Rev. paul. pediatr.*, Set 2011, vol.29, no.3.
- MONCADA, Luis Cabral. *Ensaio sobre a lei*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 84, 90.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- MORGADO, Cíntia. A nova face da separação de poderes: capacidades institucionais, vinculação dos poderes e constitucionalismo cooperativo. *Revista De Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, N.66, 2011, fls. 64-93.
- _____. *O Direito Administrativo do Risco: a nova intervenção estatal sob o enfoque da segurança alimentar*. Rio de Janeiro: Gramma Editora, 2016.
- MORÓN, Miguel Sanchez. *Derecho administrativo*. Parte General. Madrid: Tecnos, 2009
- UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant), 1999
- NOWAK-WEGRZYN, Anna, et al. Food-allergic reactions in schools and preschools. *Arch Pediatr Adolesc Med*. 2001;155(7):790-795. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11434845>. Acesso em 13/11/17.
- NUNES, Mercês da Silva. *O direito fundamental à alimentação e o princípio da segurança*. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- NUNES, Alynne Nayara Ferreira. *Legislar sobre educação: a interpretação das competências pelo STF*. In FGV DIREITO SP Research Paper Series – Legal Studies Paper n. 101. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12000/RPS%20101_vers%C3%A3o%201.pdf?sequence=1. Acesso em 25/11/17.
- ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948.

- PIÇARRA, Nuno. *A separação de poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.
- SARLET, Ingo. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6ª. ed. rev., at. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SUNSTEIN, Cass R. e VERMULE, Adrian. Interpretation and institutions. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*. N. 28. Disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/index.html>. Acesso em 12/09/07.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais - Funções, Âmbito, Conteúdo, Questões Interpretativas e Problemas de Justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- TANG Mimi, et al. “Food allergy: is prevalence increasing?” in *Intern Med J*. 2017 Mar;47(3):256-261. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28260260>. Acesso em 15/11/17.
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.