INDO ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO

O Ministério Público e a saúde no Brasil

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 1 19/10/11 10:33

FGV — Fundação Getulio Vargas
Praia de Botafogo 190
Botafogo — RJ
CEP: 22250-900
Tels: 55 21 3799-5938/6000
E-mail: faleconosco@fgv.br

FGV Direito Rio — Escola de Direito do Rio de Janeiro
Praia de Botafogo, 190 13ª andar
Tel: 55 21 3799-5445
E-mail: direitorio@fgv.br

CJUS — Centro de Justiça e Sociedade
Praia de Botafogo 190, 9ª andar salas 921 e 922
Botafogo — RJ
CEP: 22.250-900
Tel: 55 21 3799-5455

INDO ALÉM DA JUDICIALIZAÇÃO

O Ministério Público e a saúde no Brasil

FELIPE DUTRA ASENSI

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 3 19/10/11 10:33

ISBN — 978-85-63265-08-1
Obra licenciada em: Creative Commons
EDIÇÃO FGV DIREITO RIO
Praia de Botafogo 190 13° andar — Botafogo
Rio de Janeiro — RJ
CEP: 22.250-900
e-mail: direitorio@fgv.br
web site: www.direitorio.fgv.br

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade dos autores.

1ª edição — 2010

Supervisão e Acompanhamento: Lívia de Almeida Carvalho e Rodrigo Vianna
Diagramação: Leandro Collares — Selênia Serviços
Revisão: Maria Beatriz Branquinho da Costa
Capa: Thales Estefani

Ficha catalográfica elaborada pela
Biblioteca Mario Henrique Simonsen / FGV

Asensi, Felipe Dutra
Indo além da judicialização : O Ministério Público e a saúde no Brasil / Felipe Asensi. — Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2010.
206 p. : il.

Inclui bibliografia.
ISBN: 978-85-63265-08-1

1. Direito à saúde — Brasil. 2. Direitos fundamentais — Brasil. 3. Brasil. Ministério Público Federal. 4. Política de saúde — Brasil. I. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Centro de Justiça e Sociedade. II. Título.

CDD — 341.640981

Agradecimentos

Este livro não foi feito exclusivamente por mim. Trata-se de um esforço intelectual cumulativo de anos e que culmina num texto híbrido, cheio de detalhes e interdisciplinaridade. Aqui há um pouco de sociólogo, um pouco de cientista político, um pouco de advogado, um pouco de economista e, por outro lado, um muito de defensor da cidadania, dos direitos sociais e do Estado Democrático de Direito. São, acima de tudo, valores que permeiam este livro, dos quais possuo profunda consciência de sua relevância para a sociedade brasileira.

Agradeço, primeiramente, àquele que me fez como sou, com vícios e virtudes, defeitos e qualidades, e sempre está ao meu lado me amparando e me fazendo uma pessoa melhor: Deus. Também agradeço à minha família, com destaque especial para minha mãe, meu pai e meus irmãos (Karina, Gabrielle, Milton e Isabelle). Também quero agradecer a todos os amigos que o mundo me presenteou nesses anos. Seria desnecessário citá-los, e quero que cada um se sinta contemplado e se sinta peça fundamental para mais esta conquista.

Ao longo dessa dissertação, duas pessoas ainda foram determinantes para a sua realização: Thamy e Roseni. Tenho muito orgulho de ter sido orientado pela Thamy, que prefacia este livro, pois sempre houve muita seriedade e incentivo para que eu me superasse sempre. Agradeço a ela por cada linha comentada neste livro, por cada crítica e por cada palavra que, certamente, teve como objetivo me engrandecer academicamente. A Roseni também foi decisiva. Trata-se de uma pessoa que convivo desde 2005 no Instituto de Medicina Social da UERJ. Primeiramente, fui seu bolsista de iniciação científica, após pesquisador, e hoje ainda cumulo o papel de grande amigo e admirador, além de ter sido agraciado com o seu prólogo.

Da mesma forma, três instituições foram fundamentais para este resultado: LAPPIS/UERJ, IUPERJ e FGV. No LAPPIS/UERJ foi onde se desenvolveu a pesquisa e onde aprendi a ser um pesquisador; no IUPERJ solidifiquei meu lado cientista social e tive contato com diversas teorias aqui trabalhadas; e, na FGV, desenvolvi meu lado profissional como um acadêmico que busca pensar

as transformações das instituições jurídicas brasileiras, além de ter conhecido pessoas excepcionais e com as quais me honro muito em trabalhar.

Também não poderia me furtar de agradecer a duas pessoas que contribuíram com críticas para a versão final deste livro: Daniel Sarmento e Luiz Werneck Vianna. O Sarmento contribuiu decisivamente para o contorno metodológico final, além de apontamentos precisos a respeito das análises que realizei. O Werneck possibilitou um maior distanciamento para que eu aproximasse a teoria da prática, de modo a construir um conhecimento efetivamente científico. A ambos sou imensamente agradecido pelas cuidadosas palavras e pelas sinceras críticas e elogios.

Presto, ainda, minhas homenagens ao CNPq, Ministério da Saúde, ANS e AMPASA, por possibilitarem, direta ou indiretamente, a consolidação da pesquisa que originou esta dissertação e possibilitarem a apresentação e discussão de seus resultados em muitos recantos do Brasil. Também agradeço à FAPERJ, que me honrou, por indicação do IUPERJ, com a premiação de Bolsista Nota 10. Este prêmio, que era inesperado e, até mesmo, desconhecido para mim, me causou comoção quando fui noticiado de que o receberia. Num país como o nosso, em que a ciência enfrenta desafios institucionais contundentes, a presença de instituições que acreditam e incentivam a produção de conhecimento científico é essencial.

Prefácio

Thamy Pogrebinschi

O debate relativo ao suposto déficit de efetividade dos direitos sociais declarados na Constituição de 1988 não é novo, assim como os diferentes papéis que a carta constitucional confere ao Ministério Público é tema já relativamente explorado pela literatura jurídica nacional. Ao tomar para si a tarefa de investigar a atuação do Ministério Público na concretização do direito à saúde, Felipe Asensi, contudo, revela-se capaz de inovar, oferecendo aos leitores deste livro novas perspectivas e olhares sobre o tema, além de novas categorias analíticas que permitem melhor compreendê-lo.

Já em sua forma, a estratégia metodológica do livro de Felipe Asensi busca inovar no campo da produção jurídica nacional, propondo ao estudioso do direito uma análise empírica a respeito da atuação do Ministério Público na efetivação do direito à saúde. A baixa institucionalidade da pesquisa acadêmica em direito no Brasil tem na ausência de tradição em investigações empíricas um de seus sintomas, criando, assim, uma lacuna que cada vez mais vem sendo preenchida no Brasil pelos cientistas sociais, os quais não padecem do preconceito contra o método.

A dupla formação de Felipe Asensi, que, após cursar simultaneamente graduações em direito e em ciências sociais convenceu-se que seria em um mestrado em sociologia que encontraria os recursos necessários a uma compreensão mais abrangente do fenômeno jurídico, reflete a sua igualmente dupla vocação para realizar estudos teóricos e pesquisas empíricas. Este livro, originalmente uma dissertação de mestrado que tive grande orgulho de orientar no IUPERJ, surge, a propósito, precisamente das inquietações teóricas do autor diante de seu campo de pesquisa — o que ocorre, ressalte-se, quando se encontrava ainda na condição de bolsista de iniciação científica, revelando consistência já no início de uma trajetória que certamente terá neste livro apenas o seu primeiro produto.

É a experiência de rica pesquisa de campo realizada em Porto Alegre o que permite a Felipe Asensi, ao observar as interações surgidas entre sociedade civil, Estado e Ministério Público, fornecer suas mais interessantes contribuições aca-

dêmicas à luta pela efetividade do direito à saúde no Brasil. Destaque-se, dentre elas, o esforço de conceituar o que nomeia de 'juridicização' das relações sociais: uma busca pelo diálogo como solução para conflitos jurídicos a serem decididos fora do Poder Judiciário, na forma de um consenso que une uma pluralidade de instituições e de atores que buscam dar vida nova ao direito.

A vida nova que o autor pretende dar ao direito à saúde é buscada fora do formato jurídico e também fora das formas tradicionais de um direito marcado pela positivação e pela judicialização. Com o intuito de revelar um direito à saúde passível de concretização via uma estratégia que se pauta mais nos meios que nos fins, o livro inicia-se e conclui-se com a defesa de um 'direito vivo', que busca prover de teoria um direito que se afirma na prática, e prover de materialidade uma teoria que não se quer subordinada à forma. Felipe Asensi sabe que a histórica tensão entre forma e matéria só pode ser superada quando o direito formal é absorvido pelo direito material, deixando de ser fonte de transcendência para ser espaço de imanência, deixando de ser apenas declarado pela lei para ser também pactuado pelos seres humanos.

É para este tipo de repactuação permanente de sentidos que só podem ser aferidos e construídos no cotidiano da prática do direito que este livro aponta, indicando os caminhos plurais e abertos que a concretização do direito à saúde pode vir a seguir de modo a não perder em meio às formas jurídicas a dimensão substantiva que lhe faz fundamental.

Thamy Pogrebinschi é professora e pesquisadora do Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Prólogo

Saúde no Brasil: como direito e como serviço

Roseni Pinheiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é fruto de exaustivos debates entre diversos atores. A nova Constituição é um potente instrumento de alteridade e emancipação social, com o intuito de buscar a igualdade concreta entre as pessoas. Em virtude do regime democrático ter se instituído antes da própria Constituição, foi possível a expressiva participação de diversos os atores sociais e políticos no processo de sua formulação. O direito à saúde recebeu destaque no texto constitucional ao ser construído como um serviço de relevância pública, que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo o direito à vida. A Constituição consolidou demandas sociais relevantes nesta seara, a exemplo dos princípios e das regras específicas do campo da saúde, tais como descentralização, integralidade, participação, etc.

Observando os dispositivos infraconstitucionais — tais como a Lei Orgânica da Saúde, que estabelece a criação do Sistema Único Saúde — é possível constatar que os princípios e diretrizes doutrinários norteadores de sua institucionalização revelam-se como uma potente ferramenta de efetivação do direito a saúde. Descentralização, Universalidade e Integralidade da atenção constituem uma tríade de princípios que expressam em grande medida o processo de consolidação de conquistas do direito à saúde como uma questão de cidadania, de modo a elencar as responsabilidades dos diferentes atores em diversos contextos institucionais. Cabe ressaltar que este processo foi marcado por mudanças jurídicas, legais e institucionais nunca antes observadas na história das políticas de saúde no país. Com a descentralização, novos atores incorporaram-se ao cenário nacional e esse fato, juntamente com a universalidade do acesso aos serviços de saúde, possibilitou o aparecimento de ricas e diferentes experiências locais centradas na integralidade da atenção. Tal integralidade é entendida aqui no sentido mais ampliado de sua definição legal[1], ou seja, como uma ação social

1 A definição legal e institucional de integralidade é de um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, em cada caso, nos níveis de complexidade do sistema.

que resulta da *interação democrática* entre os atores no cotidiano de suas práticas na oferta do *cuidado de saúde,* nos diferentes níveis de atenção do sistema.

São milhares de gestores, profissionais e usuários do SUS que, na busca pela melhoria de atenção à saúde, vêm apresentando evidências práticas do inconformismo e da necessidade de revisão das idéias e concepções sobre saúde, em particular dos modelos tecnoassistenciais. Não se quer negar, com essa afirmação, a existência de tensões e conflitos que permearam a luta pela implantação de políticas públicas mais justas nos país, mas sim destacar a *ação criativa* desses novos atores, verdadeiros sujeitos em ação que, na luta pela construção de um sistema de saúde universal, democrático, acessível e de qualidade, vêm possibilitando o surgimento de inúmeras inovações institucionais, seja na organização dos serviços de saúde, seja na incorporação e/ou desenvolvimento de novas tecnologias assistenciais de atenção aos usuários do SUS.

É justamente nesse cenário, que se observa o crescimento do papel de instituições jurídicas e de participação no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde. Isso produz arranjos e estratégias das mais variadas e, inclusive, diversas formas de associação entre tais instituições. Juízes, promotores de justiça, conselheiros de saúde e representantes de associações estabelecem, constantemente, sinergias e aproximações de seus saberes e práticas, que atuam decisivamente na efetivação do direito à saúde e na implementação de políticas públicas.

Este livro, produzido de forma inovadora, absolutamente original pelo brilhante pesquisador Felipe Asensi, nos oferece reflexões criticas sobre esses diferentes arranjos, estratégias e processos de efetivação do direito à saúde no sistema público de saúde brasileira. Felipe Asensi realiza uma análise interdisciplinar, consistente, que apoiado em estudos sobre experiências concretas, apresentam possibilidades de interação dos atores em suas praticas nas instituições jurídicas e de saúde, em uma intensa luta ético-politico pela afirmação da vida, pelo direito a saúde.

Sem duvidas, este livro é uma importante referencia para intelectuais, estudiosos, profissionais, juristas, sanitaristas, cientistas sociais e outros para que, num âmbito comum, possam subsidiar o dialogo entre diferentes pontos de vista, além de compartilhar suas evidencias sobre a efetivação do direito à saúde.

Elucidar os mecanismos de produção de discursos jurídicos que atuam decisivamente não somente na construção de sentidos sobre como se deve efetivar o direito à saúde pelo Estado, mas também na própria abertura à participação de outros atores de forma democrática e cidadã seguramente é um de seus objetivos. Nesse sentido a idéia de responsabilização dos diversos atores que com-

põem o processo de formulação, execução, fiscalização e efetivação do direito à saúde ganha relevância e força no cenário sanitário atual no país.

Discutir o trâmite decisório no campo da saúde a partir de processos de judicialização e suas alternativas institucionais é uma das qualidades desse trabalho, na medida em que se desvela a interface Estado-Sociedade-Instituições Jurídicas

A democratização do processo de trabalho na organização dos serviços, a renovação das práticas de saúde — numa perspectiva de integralidade da atenção — e a valorização do cuidado como uma tecnologia complexa em saúde são as principais dimensões abordadas pelas propostas aqui apresentadas. Estas se caracterizam por uma forte associação entre recursos humanos, informacionais, materiais e financeiros, que têm na raiz de suas concepções a idéia-força de considerar o usuário como sujeito a ser atendido e respeitado em suas necessidades, buscando garantir autonomia no cuidado de sua saúde.

A partir de uma lógica sistêmica, inerente à gênese do SUS, as propostas aqui relatadas apresentam estratégias de melhoria do acesso a serviços e medicamentos, assim como o desenvolvimento de práticas integrais do cuidado às populações consideradas especiais e de riscos de saúde. no mínimo provocador, pois nos desafia a pensar que a consolidação dos princípios do SUS, sobretudo a integralidade de suas ações, deve ser compreendida como uma estratégia concreta de um fazer coletivo e realizado por indivíduos em defesa da vida.

Acredito que a analise realizada por Felipe Asensi sobre as experiências de diálogos entre agentes da justiça e da saúde, nos ajudem a conceber a idéia de que o SUS *dá certo*, *é legal, é conquista* e que, na verdade, são *vitórias* cotidianas acumuladas por todos aqueles que lutam por políticas sociais mais justas. Tenhamos *cuidado* com o SUS, pois cuidar de si, de nós ou dos outros na saúde depende de uma combinação necessária entre ação, compromisso e solidariedade social com uma população que carece muito de atenção, da qual nem as instituições de saúde, tampouco as instituições jurídicas não podem escapar. Como dizia o amigo David Capistrano, *"temos uma dívida muito grande para com os desassistidos, e eles têm pressa..."*.

Roseni Pinheiro é professora adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Atribuição-Uso Não-Comercial-Vedada a Criação de Obras Derivadas 2.5 Brasil

Você pode:

copiar,distribuir, exibir e executar a obra

Sob as seguintes condições:

Atribuição: você deve dar crédito ao autor original, da mesma forma especificada pelo autor ou licenciante

Uso não comercial: Você não pode utilizar a obra com finalidades comerciais

Vedada a Criação de Obras Derivadas. Você não pode alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta.

- Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outros os termos da licença desta obra.
- Qualquer uma destas condições podem ser renunciadas, desde que você obtenha permissão do autor.
- Nada nesta licença impede ou restringe os direitos morais do autor.

Sumário

Introdução 15
Plano da obra 20

CAPÍTULO I 23
O direito à saúde no Brasil: reflexões iniciais 23
1.1. Constituição material e direito vivo em saúde 23
1.2. A afirmação do direito à saúde no processo constituinte 34
1.3. A constituição brasileira e a universalização da saúde 43
1.4. O direito à saúde como um direito fundamental 47
1.5. Concretização do direito fundamental à saúde e participação social 54

CAPÍTULO II 63
Ministério Público e juridicização das relações sociais 63
2.1. O Ministério Público e sua singularidade no Brasil 63
2.2. Por que o Ministério Público? 67
2.3. Ministério Público e novos efeitos de atuação 74
2.4. Ministério Público e judicialização 79
2.5. Indo além da judicialização 92

CAPÍTULO III 99
Desafios e estratégias: a experiência de Porto Alegre 99
3.1. Escopo da pesquisa 99
3.2. Estratégia metodológica 101
3.3. A continuidade das políticas públicas 105
3.4. Formação jurídica e efetivação do direito à saúde 113
3.5. Ministério Público e Sociedade Civil 119
3.6. Formas de atuação do Ministério Público 124

CAPÍTULO IV 135
Legitimidade, pluralismo e governamentalidade na juridicização da saúde 135
4.1. A dimensão dialógica do direito e a legitimidade 138
4.1.1. Habermas e o mundo da vida 138
4.1.2. Esfera pública e direito 141
4.1.3. O diálogo na saúde 147
4.2. A dimensão da prática do direito e o pluralismo 152
4.2.1. A perspectiva pluralista e o campo do direito 152
4.2.2. O pluralismo jurídico 155
4.2.3. O direito vivo na saúde 161
4.3. A dimensão da efetivação do direito e a governamentalidade 166
4.3.1. Foucault: do direito à governamentalidade 166
4.3.2. Os estudos de governamentalidade 170
4.3.3. A governamentalização da saúde 176

Considerações finais: a luta pela efetividade 183

Referências bibligráficas 193

Introdução

A saúde recebeu diversas significações políticas ao longo da história brasileira do ponto de vista político, social e jurídico. Até se cristalizar enquanto direito na Constituição de 1988, a saúde foi objeto de uma série de transformações no Brasil, apesar de sua dimensão relativamente recente enquanto assunto típico de Estado. No estudo da trajetória dos sentidos que a saúde adquiriu em nosso país, é possível identificar três concepções que emergiram ao longo da história: enquanto *favor*; enquanto um *serviço* decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado*; enquanto *direito*. Tais concepções possuem uma forte institucionalidade no âmbito do Estado e das instituições jurídicas. Além disso, permitem pensar a cultura política que se cristalizou no Brasil no que concerne à efetivação de direitos sociais e coletivos.

No Império e na República Velha, a saúde se apresentava como uma verdadeira benesse do Estado, notadamente marcada por relações patrimonialistas de poder que a caracterizavam como um *favor* do Estado à população. Em virtude dessa natureza, seria uma benesse que poderia ser retirada ou restringida em qualquer momento, sem qualquer garantia para sua manutenção. Sobretudo a partir da adoção de medidas curativas e campanhísticas que marcaram o período, a saúde foi alçada a assunto de Estado, porém, ainda assim, sua exigibilidade pelos cidadãos restou submetida à discricionariedade do poder público. Não havia qualquer instrumento jurídico-legal que garantisse a universalidade deste direito, sendo concentrada no Estado a possibilidade e a discricionariedade de realizar ações em saúde em benefício de uns em detrimento de outros, inclusive de forma autoritária, a exemplo do que se desenvolveu no âmbito da Revolta da Vacina de 1904. Diante desse cenário, a saúde é vista em ampla medida como um *favor*.

Após, principalmente a partir da Era Vargas[1] ao período de redemocratização na década de 1980, alguns fatores concorreram para uma transformação

1 Para uma análise mais ampla dos direitos sociais na Era Vargas, ver Gilberto Bercovici (2008).

na concepção de saúde como favor. A ampliação dos direitos dos trabalhadores, a criação de caixas de assistência, a reforma política desenvolvida no período e o advento dos planos privados permitiram uma reconfiguração das relações de poder presentes no campo da saúde. Neste período, houve um crescente movimento de mercantilização da saúde, de modo que seu acesso esteve diretamente ligado à capacidade do indivíduo suportar o pagamento de planos privados, ou à sua condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como um serviço ou como um benefício trabalhista. Conforme salienta Madel Luz, a saúde "passou então a ser vista como um bem de consumo. Especificamente, um bem de consumo médico" (Luz, 1991, p. 82). Porém, ainda havia uma atuação estatal efetiva no âmbito das políticas de saúde, principalmente porque os trabalhadores regulares, ou seja, aqueles que possuíam carteira de trabalho assinada e contribuíam com o sistema de previdência social, possuíam o direito à assistência médico-curativa. Os que não se encontravam nesta condição, por outro lado, não puderam usufruir tal assistência, o que reforçou, por exemplo, o papel decisivo que viria a ser desempenhado pelas Santas Casas no acolhimento dos desempregados.

De fato, observa-se uma reduzida possibilidade de acesso aos serviços públicos de saúde no período, pois as formas por meio das quais o cidadão poderia usufruir deste serviço foram basicamente duas: a) ser um trabalhador em sentido estrito, ou seja, possuidor de carteira de trabalho assinada e contribuinte da previdência social; b) e/ou, ser capaz de suportar os custos dos planos privados de saúde, que surgiram principalmente a partir da década de 1970. Deste modo, principalmente entre as décadas de 1940 e 1970, só poderia usufruir a assistência médico-curativa aquele que fosse trabalhador formal. A partir de 70, mesmo com a emergência de alguns planos privados, uma parte significativa da população ainda não possuía poder aquisitivo para suportar as despesas desses planos. Trata-se, portanto, de uma concepção de saúde *restrita* a um grupo de pessoas, cujo critério é o *vínculo empregatício*. Aqui, a saúde é vista como um *serviço* decorrente de um *direito trabalhista* ou como um *serviço privado*.

Em contraposição a esta concepção não-universal de saúde, recebeu destaque, a partir da década de 1970, o movimento da Reforma Sanitária, cuja bandeira se concentrou na defesa da *saúde como um direito de todos*. Além de atuar de forma decisiva em prol da universalização, o movimento preconizou que as ações em saúde deveriam ser formuladas não somente pelo Estado, mas em conjunto com espaços públicos de participação social, na medida em que é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima as suas mazelas e avanços. A "percepção social da

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 16 19/10/11 10:33

saúde como direito de cidadania" seria "um dado novo na história das políticas sociais brasileiras", uma vez que "essa percepção é fruto dos movimentos sociais de participação em saúde da segunda metade dos anos 70 e do início dos anos 80" (Idem, p. 87). Isso permite uma relativa problematização da concepção *Estado-centrada* de saúde típica dos contextos anteriores em prol de uma relativa abertura estatal às demandas sociais, o que foi decisivo para o momento constituinte da década seguinte e para a constituição do arcabouço jurídico-institucional da saúde no Brasil.

Deste modo, com a Constituição de 1988 e as intensas reivindicações de uma pluralidade de grupos sociais e políticos, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental, cujo imperativo é a prestação positiva do Estado no sentido de concretizá-la e ampliá-la a todos os cidadãos. A universalização da saúde foi acompanhada de sua institucionalização normativa, o que possibilitou a cristalização de princípios, normas e diretrizes que seriam desenvolvidos nos anos seguintes, cuja expressão mais significativa foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Em seu artigo 196, a Constituição estabelece que a saúde é um "direito de todos e dever do Estado" (Brasil, 1998), o que denota a pretensão universalizante deste direito. Aqui, a saúde é caracterizada como um *direito fundamental* e *dever do Estado*, o que denota uma dupla-dimensão (direito-dever) em sua natureza.

Neste contexto, atribuiu-se às ações e serviços de saúde o caráter de *relevância pública*, o que implica dizer que a alteração de tal preceito depende de amplo e rígido processo legislativo. Esta condição cristalizou sem precedentes a relevância jurídica, política e social da saúde no ordenamento brasileiro, sobretudo a partir de sua forte associação com o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde ainda se constituiu como cláusula *pétrea*[2] no âmbito constitucional, uma vez que, em virtude de sua associação direta com o direito à vida, não pode ser excluído do resguardo que lhe foi alçado pela Carta Constitucional e pelas legislações posteriores.

Porém, ainda hoje, muitos usuários do SUS não possuem consciência da saúde enquanto *direito-dever*. Em muitos casos, os usuários associam a saúde a um direito baseado no imposto que pagam e, em outros, alcançam o extremo de considerá-lo condicionado à contribuição previdenciária que realizam ao

2 O art. 60, §4º, CRFB, elenca os atributos do Estado brasileiro que não serão objeto de emendas constitucionais, ou seja, que são cláusulas *pétreas*. O texto diz o seguinte: "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º — Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais" (Brasil, 1988).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 17 19/10/11 10:33

INSS[3]. Tão importante quanto os instrumentos jurídico-institucionais associados à saúde é a superação da cultura política passiva de muitos cidadãos, o que enseja desafios na concepção do que consiste o direito à saúde e quais os limites e as estratégias para sua efetivação por parte dos seus titulares.

Com efeito, tornar a saúde um direito universal traz avanços e, paralelamente, novos desafios para sua implementação e efetivação. Mais precisamente, na medida em que a saúde é um direito de todos, ou seja, de mais de cento e noventa milhões de brasileiros, surgem desafios e questões sobre como tornar este direito alcançável e exercido por todos de forma capilar; ou, mais propriamente, como constituir um arranjo de recursos e investimentos que torne as ações em saúde uma prerrogativa efetiva de todos. Isso se complexifica ainda mais na medida em que, no Brasil, a efetivação da saúde é de competência concorrencial, ou seja, se constitui simultaneamente como um dever para os Municípios, os Estados e a União.

Nesta perspectiva, surge o imperativo de se ter condições de lutar por direitos e estabelecer estratégias, pactuações e diálogos para sua efetivação na interface entre Estado, sociedade e instituições jurídicas. Para lidar com estes novos desafios, foi promulgada a Lei 8.080/90, que institui as regras e princípios que regem o Sistema Único de Saúde. O SUS reforça a política de saúde brasileira como um direito de todos de forma indistinta[4], que possui não somente regras formais de organização, mas também princípios que orientam seu desenvolvimento, tais como integralidade, descentralização, participação etc. Admitiu-se que os princípios serviriam como guias para as ações em saúde, de modo a orientarem elementos para a constituição de uma ação integral e, ao mesmo tempo, efetiva.

No mesmo ano, sob influência das reivindicações do movimento sanitário e de diversos grupos e associações da sociedade civil, foi promulgada a Lei 8.142/90, que consolidou espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde com a regulamentação dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Tais espaços se apresentam como relevantes para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem

3 Em relação às concepções dos usuários do SUS no concernente ao direito à saúde, o estudo de França, Asensi e Pinheiro (2007) merece destaque.

4 Na análise de Roseni Pinheiro *et al.* se observam avanços jurídicos expressivos em dois aspectos*:* "O primeiro diz respeito ao estabelecimento da relevância pública dos serviços de saúde vis-à-vis outras modalidades de oferta de bens sociais; o segundo se refere à institucionalização de um arcabouço jurídico-normativo com princípios doutrinários e operacionais (universalidade, descentralização, integralidade, equidade e participação na comunidade), mediante a promulgação da Lei Orgânica da Saúde nº 8.080/90. Dessa forma, configurou-se uma definição jurídico-normativa e organizativa da política de saúde do Estado brasileiro — o SUS" (Pinheiro *et al.*, 2005, pp. 15-16).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 18 19/10/11 10:33

uma *horizontalização* da relação Estado-sociedade. A participação na esfera da saúde indica que a democracia não se esgota no voto e no procedimento eleitoral, tampouco na mera representação política. Tem-se, assim, a possibilidade de um protagonismo efetivo de atores não-estatais no processo de formulação, promoção e fiscalização de políticas públicas de forma constante e perene. Isso implica reconhecer esses espaços como uma nova forma de inclusão política da sociedade civil no processo deliberativo e decisório na saúde, que constitui um ambiente favorável à participação e à afirmação da cidadania na vida pública.

Por outro lado, muito embora haja instrumentos eficazes que garantam essa participação da sociedade civil, é frequente que, na prática, a saúde ainda seja vista como um *favor* ou como um *serviço* prestado pelo Estado. Essa atitude historicamente passiva em relação às políticas de saúde aponta para o conformismo por parte de muitos que ainda não conseguem *ver* a saúde como um direito a *ser* exigido e conquistado no cotidiano das práticas sociais reivindicatórias de direitos. Em consequência, alguns atores têm se firmado como fortes aliados para zelar por este direito. O Ministério Público, enquanto instância jurídica responsável pela defesa dos direitos sociais e coletivos, e os Conselhos de Saúde, enquanto instâncias sociais de fiscalização do poder público, têm agido frequentemente de forma conjunta. Os membros da gestão pública, em alguns casos, têm adquirido essa atitude participativa, pois não mais se encontram "surdos" às reivindicações e ações de outras esferas de poder.

Por essa razão, o desenvolvimento do SUS tem evidenciado a diversidade de atores que compõem este campo e a forma por meio da qual a pluralidade de práticas por eles desenvolvidas tem contribuído para seu amadurecimento, principalmente a partir dos limites, possibilidades e desafios políticos, culturais, econômicos, jurídicos e sociais que se impõem à sua consolidação. Em seu desenvolvimento mais recente, não é difícil observar a influência das instituições jurídicas na gestão dos serviços, seja dos tribunais, seja do Ministério Público (MP) e, até mesmo, da Defensoria Pública.

Com a universalização da saúde, a Constituição rediscutiu a missão dessas instituições, dentre elas o Ministério Público. No cotidiano de suas ações, o MP possui a atribuição de atuar na efetivação do direito à saúde, responsabilizando e dialogando com os diversos atores sociais envolvidos em sua concretização. Em algumas cidades, o MP possui a capacidade institucional de criar um *espaço de diálogo*, pois possibilita a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde em um foro comum. Uma estratégia utilizada pelo MP tem sido a atuação extrajudicial, que amplia as possibilidades de sua atuação e de efetivação do

direito à saúde. Isso possibilita pensar a ideia de *juridicização* das relações sociais (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico), sem ocorrer necessariamente uma *judicialização* (ao máximo, se evita levar os conflitos ao Judiciário). Em virtude dessa atuação, observa-se uma valorização desta instituição em função da possibilidade de ampliação do diálogo, de modo a gerar ações efetivas no encaminhamento e resolução dos conflitos.

Este tema merece, portanto, um debruçar mais aguçado tanto da academia quanto dos profissionais, gestores e usuários dos serviços públicos de saúde. A saúde no Brasil possui uma pluralidade jurídico-institucional que se transforma de forma constante e heterogênea, como será visto.

Plano da obra

Para estudar mais profundamente como se desenvolve esse arranjo institucional — notadamente na interface entre MP, sociedade e membros da gestão municipal — e as transformações e desafios inerentes à efetivação do direito à saúde, optei por dividir esta obra em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, intitulado "O direito à saúde no Brasil: reflexões iniciais", busco aprofundar as reflexões sobre como o direito à saúde foi construído no Brasil até se tornar um direito fundamental positivado na Constituição de 1988. Também são analisados os avanços e novos desafios surgidos para a garantia da saúde enquanto direito fundamental, enfatizando a dicotomia existente entre direitos garantidos formalmente e conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais.

No segundo capítulo, intitulado "Ministério Público e juridicização dos conflitos", busco dissertar sobre a importância do MP para a manutenção do Estado Democrático de Direito, principalmente por sua atitude pró-ativa em relação à implementação de direitos sociais. De uma maneira geral, observo que o MP tem a capacidade institucional de criar um *espaço de diálogos*, pois possibilita a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. Por isso, será realizada uma reflexão do papel que o MP vem desempenhando no âmbito da *judicialização* dos conflitos no Brasil e os novos arranjos institucionais que têm permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor outras alternativas de atuação calcadas numa ideia de *juridicização* das relações sociais.

No terceiro capítulo, intitulado "Desafios e estratégias: a experiência de Porto Alegre", são trabalhadas questões empíricas de uma experiência de juridicização que ocorreu na cidade de Porto Alegre. Para tal, serão utilizados os

dados da pesquisa em que participei no Laboratório de Pesquisa sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ). Tal pesquisa teve como enfoque especial a relação entre MP, sociedade e membros da gestão municipal, de modo a contextualizá-las e, simultaneamente, promover uma reflexão sociojurídica de seus aspectos subjacentes. Assim, realizo uma reflexão sobre o campo da saúde partindo do pressuposto de que este campo é, por excelência, um espaço de lutas, resistências e conflitos e, portanto, marcado pela contradição e pela ambiguidade.

No quatro capítulo, intitulado "Legitimidade, pluralismo e governamentalidade na juridicização da saúde", busco refletir sobre como o direito à saúde se constrói enquanto estratégia de diálogo entre os diversos atores que compõem seu processo de efetivação. Compreendo que esta perspectiva é decisiva no âmbito da reflexão sobre os direitos sociais, notadamente o direito à saúde, realizo também uma discussão sobre como governar direitos num contexto de absoluta heterogeneidade de perspectivas, atores, expectativas etc.

Por fim, à guisa de considerações finais, são realizadas ponderações a respeito dos avanços e obstáculos ainda presentes no campo da saúde, de modo a refletir sobre os caminhos possíveis de sua superação mediante, principalmente, a ação integrada dos membros da gestão, MP e, principalmente, sociedade civil com uma ênfase nas estratégias extrajudiciais de efetivação de direitos, que denomino como juridicização.

CAPÍTULO I
O direito à saúde no Brasil: reflexões iniciais

1.1. Constituição material e direito vivo em saúde

As reflexões que se desenvolveram no âmbito da teoria do direito produziram diversas ideias e perspectivas que buscam superar o paradigma formalista do direito, o que possibilita a inserção de critérios materiais e substanciais em seu sentido e alcance. Ao longo da história, algumas perspectivas teóricas buscaram pensar o direito enquanto valor e, assim, promover uma reflexão mais aprofundada a respeito de suas dimensões éticas, políticas e sociais.

Usualmente, sobretudo no que concerne ao direito público, desde o século XIX tem sido realizado o debate sobre as diferenças e simetrias entre a ideia de *Constituição formal* e de *Constituição material*. A primeira, em geral, se associa à cristalização dos direitos num texto escrito, comumente constituído como sua fonte formal. Com isso, conforme salienta José Afonso da Silva, diz respeito ao "peculiar modo de existir do Estado, reduzido, sob forma escrita, a um documento solenemente estabelecido pelo poder constituinte" (Silva, 1993, p. 42). Tal documento somente pode ser alterado mediante procedimentos e formalidades especiais próprias da organização do Estado e das leis que lhes são correspondentes.

A ideia de *Constituição material*, por sua vez, permite pensar a existência de direitos constitucionais que não se encontram, necessariamente, positivados, escritos ou previstos na regra jurídica. Seria, em verdade, uma constelação de valores presentes numa dada sociedade que se cristalizam enquanto direito vigente. Na perspectiva de Alexandre de Moraes, seria "o conjunto de regras materialmente constitucionais, estejam ou não codificadas em um único documento" (Moraes, 2007, p. 3). Trata-se de uma perspectiva que, dentre suas diversas configurações, pode ser associada a dois sentidos:

a) amplo, que se identifica com o regime político do Estado;

b) restrito, que designa as normas constitucionais escritas ou costumeiras, que regulam a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos e os direitos fundamentais.

Diante dessa distinção, as teorias do direito constitucional debruçaram suas reflexões sobre a formulação de diversas tipologias das constituições, sob o pressuposto da existência de normas que não necessariamente se encontram escritas ou previstas expressamente no texto constitucional, mas que são materialmente constitucionais porque refletem valores sociais. Com isso, tais teorias abriram a possibilidade de construção e reconhecimento de direitos que, embora não constantes do texto formal, preservam sua *força normativa* num dado ordenamento jurídico, de modo a fundamentar sua validade a partir de fontes políticas, sociais, econômicas etc.

Um dos autores do campo do direito que mais se dedicaram a essa temática foi Ferdinand Lassale. Contemporâneo de Karl Marx — com o qual compartilhou alguns momentos, a exemplo da Revolução de 1848 —, Lassale buscou pensar justamente os aspectos não-formais que são constituintes de uma ordem jurídica. Com isso, buscou apresentar uma concepção material-sociológica de Constituição. O autor parte do princípio de que a Constituição não é mera norma escrita, é *realidade*. E, por ser realidade, a Constituição é informada pela articulação e conjugação de *fatores reais de poder*, isto é, elementos de poder presentes nas relações que os indivíduos estabelecem em sociedade. A Constituição, portanto, seria um reflexo dos arranjos institucionais, sociais, políticos, econômicos e históricos que permeiam sua formulação e concretização. Em seu argumento, se uma Constituição não corresponde aos *fatores reais de poder* de uma sociedade, essa Constituição consiste numa mera *folha de papel*, ou seja, não possui relevância social e eficácia para os atores no cotidiano de suas práticas. Seria um texto que não possui efeitos concretos, uma "forma" sem "alma", ou, na acepção contemporânea, uma norma desprovida de efetividade[5].

Segundo Lassale, em essência, a Constituição de um país é "a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação" (Lassale, 1988, p. 19). Uma vez que tais fatores reais se articulam e estabelecem pontos de interação que constroem sentidos aos atores, "os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita" (Idem). Com isso, a partir desta incorporação em forma de papel, "não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito — instituições jurídicas" (Idem).

Por essa razão, apesar de não ser objeto próprio de sua reflexão, a concepção de Lassale nos permite, atualmente, afastar a ideia de que o direito é

5 No Brasil, a ideia de efetividade da norma jurídica foi amplamente trabalhada por Luis Roberto Barroso em artigos, palestras e livros. A obra *Direito Constitucional e efetividade de suas normas* (Barroso, 2006) busca justamente sistematizar os desafios e estratégias atinentes à efetividade de direitos constitucionais no Brasil. O autor, em outra oportunidade (Barroso, 2008), ainda dedica especial atenção aos desafios da efetividade do direito à saúde no Brasil.

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 24 19/10/11 10:33

um campo fechado, autopoiético, coeso, ausente de contradições etc. Lassale permite pensar no interior do processo de formulação de normas jurídicas os fatores sociais orientados por relações de poder presentes em qualquer sociedade. Ao se admitir esse pressuposto, os problemas constitucionais não seriam, *prima facie*, problemas meramente de direito, mas, fundamentalmente, de poder, que consistiria na "alma" da Constituição.

No Brasil, a perspectiva da existência de uma Constituição material recebeu atenção de muitos estudiosos e pesquisadores, sobretudo pelo que se convencionou denominar de *doutrina brasileira da efetividade*, que possui, dentre os seus expoentes, o jurista Luis Roberto Barroso. O argumento central desta perspectiva consiste no seguinte: para além da *eficácia jurídica* que uma norma possui, ou seja, sua possibilidade de produzir efeitos num ordenamento jurídico porque formalmente válida, o autor sugere o debruçar sobre a *eficácia social* das normas, ou seja, a possibilidade de produzirem efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. "Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social" (Barroso, 2006, pp. 82-83). Portanto, busca pensar o desenvolvimento dos direitos na prática, de modo a superar a perspectiva formalista que se traduz na mera *eficácia jurídica*.

*****

Porém, talvez seja no campo da sociologia do direito que essa discussão tenha recebido maiores atenções acadêmicas. Jean Carbonnier, por exemplo, aponta que o direito se consolidou historicamente por meio da ênfase de sua autonomia em relação às outras ciências. Mais precisamente, o que explica a ampla adesão a esta ideia é a defesa da exclusividade do direito e do dogmatismo, afirmando que "é próprio dele [direito] ser um deus ciumento que não tolera partilhas: cabe ao direito negar a qualquer outro sistema o título de direito" (Carbonnier, 1980, p. 42). O campo do direito, portanto, evita, repele e, estigmatiza qualquer explicação que não seja realizada por ele próprio. É *Deus* porque se propõe a responder todos os fenômenos sob uma perspectiva universalista; e é *ciumento* porque se propõe a responder sozinho, ou seja, sem a incorporação de outros campos de saber em seu discurso. A ênfase na explicação do *direito pelo direito* é um elemento importante para a solidificação e manutenção

desta perspectiva, que se desenvolveu ao longo da história sob a denominação de *positivismo jurídico*[6].

É possível afirmar que a lógica do direito é uma lógica binária[7], que pensa em categorias que não admitem anomalias, meio-termos, desvios etc. Esta lógica não admite, portanto, gradações ou hibridismos, na medida em que a realidade é apresentada a partir de um fundamento lógico-sistemático calcado num sistema de racional de explicações previamente categorizado. Esta lógica binária se encontra relacionada ao que Pierre Bourdieu (2000) denominou como *retradução* do direito, vale dizer: ao buscar explicar os fatos sociais sob o prisma de categorias pré-determinadas, a lógica jurídica faz com que estes fatos percam sua especificidade e originalidade a partir do momento em que são lidos à luz de modelos abstratos. Em outras palavras, ao tentar *encaixar* fenômenos complexos em molduras rígidas, o direito desconsidera as peculiaridades e especificidades do mundo real. Assim, não se considera o contexto de produção da norma ou as relações de força que se estabelecem em seu interior e perpassam toda sua produção. Esta lógica insere fenômenos sociais complexos em contextos de "sim" e "não", "certo" e "errado", "lícito" e "ilícito", sem levar em conta as gradações, os liames, os interstícios, a complexidade.

Um dos principais sistematizadores deste paradigma[8], comumente denominado de *positivismo jurídico*, foi Hans Kelsen. Este jurista dedicou boa parte de sua obra à formulação e desenvolvimento de uma *teoria pura do direito*. Esta teoria fundamenta a ordem jurídica na própria norma positivada, sem levar em conta como fundamento de validade qualquer aspecto subjetivo, valorativo, sociológico ou cultural. Na acepção que tratada anteriormente, só seria direito o que corresponderia à Constituição formal. A diferenciação entre os campos da moralidade e da juridicidade realizada por Kelsen se justificaria pela tentativa realizar uma autonomização da ciência jurídica em relação aos outros campos científicos, tais como a sociologia, psicologia, política etc. O direito, em seu argumento, seria positivo na medida em que se constituísse como um direito posto pela autoridade do legislador, que seria dotado de validade por

6 Para uma análise minuciosa da temática do positivismo jurídico, ver Norberto Bobbio (1994; 1995).

7 Para um aprofundamento sobre a perspectiva binária do direito, apesar de serem autores divergentes do ponto de vista teórico, epistemológico e sociológico, ver Pierre Bourdieu (2000) e Niklas Luhmann (1983; 2004).

8 Essa maneira de pensar o direito representa um *paradigma*, na acepção apresentada por Thomas Kuhn. Metaforicamente, paradigma é a *lente* por meio da qual se *enxerga* o mundo; ou seja, é um conjunto de valores, visões de mundo e representações que condicionam a forma a partir da qual os indivíduos leem a realidade ao seu redor. Paradigma "em seu uso estabelecido, [...] é um modelo ou padrão aceito" (Kuhn, 2005, p. 43). Desta forma, segundo Kuhn, o paradigma confere algum sentido que é compartilhado pelos indivíduos segundo uma mesma perspectiva.

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 26 19/10/11 10:33

obedecer a requisitos formais de produção. Em decorrência disto, o direito não precisaria respeitar um conteúdo moral para ser definido e aceito como direito vigente, bastando apenas a regularidade de seu processo formal de produção e validação interna.

Kelsen parte do princípio de que o direito regula sua própria criação; logo, as regras regulam a maneira pela qual outras regras devem ser criadas por meio de um sistema lógica e sistematicamente coeso e não-contraditório. Como desdobramento, o ato de interpretação seria apenas "uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito em seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (Kelsen, 2000, p. 387) O sistema jurídico se configura como uma estrutura piramidal, em que as normas de escalão superior regulam e determinam a criação das normas de escalão inferior, o que reforça a ideia de que a atividade interpretativa consistiria em meramente aplicar as normas superiores nas inferiores, com pouca possibilidade criativa do magistrado. Trata-se de uma estrutura formalmente escalonada que permite a unidade lógica e a completude da ordem jurídica por meio de processos "estruturais" de validação.

Esta perspectiva sobre o direito — fundamentalmente formalista — recebeu críticas ao longo do século XX e vivenciou momentos de forte crise num cenário cada vez mais complexo e fragmentado, em que as instituições jurídicas passaram por transformações estruturais, organizacionais e axiológicas. Principalmente após os excessos e descaminhos ocasionados pelas duas guerras mundiais, os problemas derivados de regimes totalitaristas e o colapso econômico de alguns países, o que se convencionou chamar de *pós-positivismo* buscou se consolidar como uma alternativa à insuficiência e insensibilidade das correntes anteriores, em especial o positivismo jurídico.

Na medida em que o tema do pluralismo foi recebendo destaque no debate jurídico e a multiplicidade de grupos sociais ganhou evidência com os eventos ocorridos ao longo do século, o direito passou a ser pensado sob o prisma de outras categorias, tais como *heterogeneidade*, *comunicação*, *valores*, *argumentação* etc. Além disso, ao priorizar os princípios como efetivas normas jurídicas, foram estabelecidos objetivos e finalidades a serem alcançados pelos Estados nacionais, o que possibilitou a ampliação dos elementos éticos, sociais e culturais a serem inseridos na interpretação e aplicação da norma jurídica. O direito deveria ser refletido a partir de seu papel na sociedade, compreendendo-se como direito não somente as regras escritas no texto da lei, mas também os princípios que permeiam todo seu sistema de valores suprapositivos[9].

9 Para uma análise da ponderação de princípios no Brasil, inclusive do ponto de vista histórico, recebe destaque a reflexão de Sarmento (2002).

Do ponto de vista da aplicação do direito, os teóricos do pós-positivismo — tais como Ronald Dworkin, Chaim Perelman, Theodor Viehweg, Robert Alexy —, sustentaram que a forma de se concretizar o direito é se debruçando sobre o problema e sobre casos empíricos particulares, e não sobre a regra jurídica, como se enfatizou no positivismo jurídico. A perspectiva consolidada por esses autores enseja o reconhecimento de que o direito não mais se associa a uma mera moldura abstrata que lê a realidade à sua volta à luz de seus próprios limites de moldura. Na perspectiva pós-positivista, o direito passa a incorporar conteúdos orientados por uma verdadeira razão prática. A simples adequação fato/norma, que seria realizada de maneira mecanicista e pouco sensível às especificidades dos fatos sociais, deu lugar a uma nova forma de pensar o direito *em* sociedade, ou seja, um direito capaz de considerar e respeitar as diferenças e de levar em conta as particularidades inerentes ao caso concreto. Tais casos concretos, por definição, variam de acordo com os atores e as circunstâncias em que estão inseridos. Para captar e compreender tais casos foi adotada como estratégia privilegiada da perspectiva pós-positivista a superação da "letra" da lei como fonte do conhecimento jurídico.

Além disso, associada à perspectiva de incorporação dos valores no âmbito das reflexões sobre o direito, a necessidade de extrapolar a letra da lei esteve relacionada ao crescimento das reflexões de outras ciências sobre o direito, tais como a sociologia, a antropologia e a psicologia. Tais campos permitiram a consolidação de uma visão mais interdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não-dogmática. Isso reforçou o processo de *estranhamento* ou *desnaturalização* das instituições jurídicas e do próprio direito, sobretudo com a ênfase numa postura crítica que já era, inclusive, objeto de reflexão interna do pós-positivismo.

*****

Utilizando a terminologia consagrada pelo jurista norte-americano Oliver Holmes, é possível sustentar que a problematização da perspectiva positivista, que associa o direito à sua mera positivação legal, se insere na constatação do hiato existente entre o "direito dos livros" (*law in books*) e o "direito em ação" (*law in action*). É o descompasso entre os direitos assegurados e a prática concreta dos atores sociais que possibilita as tentativas de superação do formalismo no campo do direito mediante a análise e ênfase na efetividade da norma jurídica. Buscando extrapolar o mero texto jurídico, esta perspectiva confere relevância à investigação do direito na prática. A norma cristalizada num documento escrito passa a ser lida como uma norma construída pelas práticas sociais.

Numa perspectiva similar, Eugen Ehrlich realiza a distinção entre o *direito positivo*, que seria o direito positivado como texto na norma jurídica, e o *direito vivo*, que seria fruto da dinâmica social que se desenvolve a partir da interação entre os atores sociais. Ehrlich sustenta que "querer encerrar todo o direito de um tempo ou de um povo nos parágrafos de um código é tão razoável quanto querer prender uma correnteza numa lagoa" (Ehrlich, 1980, p. 110). Trata-se, portanto, de uma perspectiva que confere destaque às práticas sociais em detrimento de modelos jurídicos abstratos e pouco sensíveis às especificidades próprias de cada contexto social. O direito, portanto, é maior do que a regra formal, e é por meio de sua prática no cotidiano dos atores que se pode observá-lo como dinâmica social em constante transformação.

O estudo do *direito vivo* nos termos propostos por Ehrlich permite extrapolar o raciocínio calcado na lei e nos livros, de natureza tipicamente positivista, pois assume o direito como um fenômeno social e, portanto, orientado por práticas sociais. Ehrlich sustenta que o *direito vivo* representa a ideia de que o direito é construído mediante a experiência concreta dos sujeitos, que se transforma ao longo do tempo e do espaço. Por isso, na investigação do direito vivo "não se tornam supérfluos nem o método histórico, nem o etnológico" (Idem, p. 114). Ehrlich sustenta que o direito está intrinsecamente ligado à cultura e aos seus processos históricos constitutivos, e, desta forma, profundamente relacionado às transformações sociais.

Essa perspectiva de um direito que se molda às práticas sociais não é recente, apesar de ter recebido destaque no contexto pós-positivista a partir do século XX. De fato, sobretudo nas ciências sociais, a ideia de pensar o direito enquanto ação já era compartilhada pelos principais estudiosos, tais como Karl Marx, Émile Durkheim e Max Weber. Durkheim, por exemplo, desenvolve todo um esforço para caracterizar o fundamento do direito e como ele se desenvolve nas diferentes sociedades sob o prisma de uma categoria central: a solidariedade. A passagem abaixo, em que Durkheim busca pensar a ideia de direito à propriedade, é reveladora de sua perspectiva:

> *O resultante desses fatos é que o círculo dos objetos apropriados não é determinado pela constituição natural desses objetos e, sim, pelo direito de cada povo. É a opinião de cada sociedade que faz sejam tais objetos considerados como suscetíveis de apropriação, e tais outros, não. Não são seus caracteres objetivos, tais como determináveis pelas ciências naturais; é a maneira pela qual são representados no espírito público. Uma coisa que ontem não podia ser apropriada passa a sê-lo hoje, e inversamente. Daí vem não poder entrar em nossa definição a natureza do ser apropriado. Nem, até, podemos dizer*

> *deva consistir em coisa corporal, perceptível pelos sensíveis de apropriação.* A priori*, nenhum limite pode ser assinado ao poder da coletividade de conferir ou retirar, a tudo quanto exista, os caracteres necessários à apropriação juridicamente possível. Se, pois, em quanto se segue, vier a servir-me da palavra* coisa*, será em sentido absolutamente indeterminado, e sem a intenção de provar a natureza particular da coisa (Durkheim, 1983, p. 125)*

A chave para pensar essas *opiniões de cada sociedade*, na perspectiva de Durkheim, é a *solidariedade social*. A solidariedade permite a cristalização da sociedade, ou seja, que os indivíduos estabeleçam laços de cooperação e sinergias que os possibilite a vida em comum. Não se trata da "espada" hobbesianna ou da "dominação de classe" marxista, mas de uma perspectiva que funda a sociedade em critérios substantivos de solidariedade e cooperação. Uma vez que a solidariedade varia segundo o grau de modernidade da sociedade (primitiva ou moderna) — e, quanto mais moderna a sociedade, mais complexa ela será —, a norma moral tende a se tornar norma jurídica. Isso ocorre, no argumento de Durkheim, em virtude da necessidade, nas sociedades modernas, de regras de cooperação e troca de serviços entre os que participam do trabalho coletivo. Entretanto, a norma só seria efetivamente jurídica se atendesse a tais laços de solidariedade que lhes são constitutivos e, por isso, *pré-jurídicos* (entendido, aqui, jurídico como formal). Tais laços pré-jurídicos reforçam a ideia de um direito "vivo" que se cria e recria a partir das práticas sociais e, ainda, que se molda a tais práticas.

Ao se adotar a perspectiva do *direito vivo*, é possível pensar a construção de direitos na dinâmica do espaço público e a construção de novos sentidos para os direitos já positivados. A atividade de criação de direitos sustenta-se sobretudo sob o pressuposto de que o "direito é maior que as fontes formais do direito"[10] (Carbonnier, 1980, p. 45), pois engloba aspectos culturais, políticos, sociais etc.

Aqui, se configura uma situação que radicaliza ainda mais a posição de Lassale: se neste autor o direito se consolida no texto escrito, sendo informado por *fatores reais de poder* que lhes são anteriores, na perspectiva do *direito vivo* é possível pensar a construção de direitos independentemente de serem efe-

10 Nesse contexto de ampliação das fontes do direito, é interessante o exemplo do art. 10 da Constituição Espanhola de 1978, *in verbis*: "A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e ao direito dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social" (Espanha, 1978). Observe que são princípios do Estado espanhol não somente o respeito à lei, mas também ao direito, o que revela a distinção acima realizada entre direito e lei. A Lei 9.784, que vige no Brasil desde 1999 e versa sobre o processo administrativo, também se insere nessa lógica ao prever, em seu art. 2º, par. único, I: "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I — atuação conforme a lei e o Direito" (Brasil, 1999).

tivamente positivados no texto escrito ou de dependerem de intervenção de qualquer instituição estatal ou jurídica. A partir desta matriz de interpretação, é possível elencar três elementos subjacentes à ideia de construção de direitos:

a) os fatores sociais são preponderantes na produção e transformação de normas jurídicas — entendendo-se como normas tanto as regras escritas quanto os princípios materiais que lhes são subjacentes —, e na produção e construção de novos direitos;

b) o campo da produção jurídica envolve o embate e conflito de opiniões, interesses e perspectivas sobre os fatos sociais;

c) o estabelecimento do consenso se apresenta como uma forma de cristalizar resultantes de conflitos e estabelecer sentidos para os novos direitos que deles decorrem.

Lawrence Friedman e Jack Ladinsky compartilham desta perspectiva ao refletirem sobre os processos de mudança do direito. Os autores, numa perspectiva normativa, sustentam que o direito deve, acima de tudo, responder às mudanças que ocorrem na sociedade. Tal assertiva se baseia no pressuposto de que os processos jurídicos "refletem os problemas sociais, as insatisfações coletivas, e a direção na qual se move a solução coletiva dos problemas, os interesses diversos e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões" (Friedman e Ladinsky, 1980, p. 207). Assim, os autores realizam uma distinção entre *mudança no direito* e *mudança por meio do direito*. A diferença entre as duas se encontra na abrangência de suas transformações: a primeira se restringe ao domínio puramente formal e interno do direito positivo, ou seja, às mudanças formais pelas quais o texto jurídico passa procedimentalmente ao logo do tempo. A segunda, por sua vez, implica uma mudança dos comportamentos dos indivíduos e em suas ações no cotidiano de suas práticas, o que enseja uma problematização do direito existente e aponta para a configuração de novos direitos orientados pelas mudanças sociais.

Na perspectiva de Jürgen Habermas, o direito é visto como um *medium* entre os fatos que ocorrem no mundo cotidiano e as regras que os indivíduos criam em sociedade, ou seja, o direito se situa como mediador da tensão entre *facticidade* e *validade*. A tensão se estabelece na medida em que os critérios universalistas de validação do direito não se encontram necessariamente refletidos no âmbito das práticas sociais (factuais). Diante dessa assimetria, Habermas confere relevo à ação comunicativa na superação ou, ao menos, redução desse hiato. Assim, "o significado universalista da validade excede todos os contextos, mas apenas o ato vinculante local de aceitação permite aos critérios de validade

lidarem com o fardo da integração social num contexto ligado as práticas cotidianas" (Habermas, 1999, p. 21).

O direito para Habermas se situa nesse espaço entre facticidade e validade, na medida em que não consiste num sistema fechado em si mesmo, o que possibilita uma abertura, inevitável, à ação comunicativa. Dentre os princípios do direito moderno, haveria princípios morais que não se confundem com as meras regras escritas. Desde modo, com a ideia de *ação comunicativa* de Habermas, "a função importante da integração social deriva das energias ilocucionárias vinculantes do uso da linguagem orientada para o alcance do entendimento" (Idem, p. 8). Essa abertura do direito à moral significa que ela está incorporada à própria racionalidade procedimental, residindo, aqui, sua função integradora das mudanças que surgem ao longo do tempo.

Habermas, ao apresentar a ideia de *ação comunicativa* — segundo a qual o debate e o diálogo travados nos espaços públicos podem, por meio da evocação de valores como a "razão", "verdade", "retidão" e "inteligibilidade", gerar ações políticas efetivas na dissolução dos conflitos e alcance de consensos —, tem por objetivo refletir sobre a formação da uma *vontade comum* e os processos e mecanismos de produção de legitimidade no mundo do direito.

Deste modo, o diálogo surge como elemento essencial para se obter consenso e entendimento na esfera pública, constituindo-se como um dos caminhos mais viáveis para resolução de conflitos na arena política[11]. Habermas sustenta que o referencial a ser adotado é o do diálogo, ou seja, "a comunicação na qual o sujeito tem que investir uma parte de sua subjetividade, não importando de que maneira isso pode ser controlável, no sentido de ser capaz de encontrar sujeitos conflitantes num nível intersubjetivo, que faz o entendimento possível" (Habermas, 1974, p. 11). O espaço do conflito enquanto construção de sujeitos de forma intersubjetiva seria, nesta seara, o elemento fundamental para a aproximação entre *teoria* e *prática*, assunto amplamente dedicado por Habermas em diversas passagens de sua obra.

Além disso, "no modelo legal de validade, a facticidade da aplicação do direito é interligada à legitimidade da gênese do direito que clama por ser racional porque garante a liberdade" (Habermas, 1999, p. 28). Assim, para Habermas, é o principio da democracia que deve estabelecer um processo legítimo de produção de normas, ou seja, apenas a partir de um contexto democrático seria possí-

11 Na saúde, alguns conflitos são recorrentes, como os conflitos entre demanda e oferta de serviços, a política de medicamentos, a criação de novos direitos que fortaleçam a cidadania e os valores democráticos etc. O diálogo tem sido fundamental para a construção de decisões e compromissos de redução destes conflitos e efetivação do direito à saúde.

vel a constituição de normas que, além de positivas, fossem legítimas, de modo a permitir que as práticas sociais recebam efetivamente *status* jurídico formal.

Pode-se dizer, portanto, que a ênfase no consenso pelo diálogo possibilita o movimento de aproximação entre o *direito positivo* e o *direito vivo*, entre o *law in books* e o *law in action*. A partir do consenso, ergue-se a possibilidade de se assegurar direitos por meio de práticas concretas. Em certa medida, isso amplia as possibilidades de incremento da efetividade social dos direitos, na medida em que, ao se extrapolar a regra jurídica, busca-se no seio social algum fundamento para sua legitimidade. Assim, a construção de direitos na saúde, por exemplo, pode surgir pelo diálogo entre os diversos atores que compõem o processo de fiscalização, execução e efetivação das políticas públicas de saúde.

Nessa linha, Ricardo Teixeira faz referência à *palabre* — palavra africana da África pré-colonial que tem como origem a ideia de prática no parlamento — para situar um modo de sociabilidade no campo da saúde. Segundo o autor, a ideia de *palabre* nos termos propostos reúne três elementos fundamentais:

a) o reconhecimento do outro como legítimo;

b) o reconhecimento de cada um como insuficiente;

c) o pressuposto de que o sentido de uma situação é construído pelo conjunto dos saberes presentes.

Deste modo, "todo mundo sabe alguma coisa e ninguém sabe tudo, e a arte da conversa não é homogeneizar os sentidos fazendo desaparecer as divergências, mas fazer emergir o sentido no ponto de convergência das diversidades" (Teixeira, 2003, p. 105). Esta figura apresentada por Teixeira — de certo modo próxima da ideia de diálogo de Habermas — pode auxiliar a compreender e construir outras formas de solução de conflitos que não gerem uma cisão entre os sujeitos, mas, pelo contrário, uma convergência de objetivos, interesses e perspectivas distintas.

No campo da saúde, é possível afirmar a constituição de um novo tipo de direito que se caracteriza por sua dinamicidade, ou seja, um direito em permanente atividade que se cria e recria no cotidiano dos sujeitos. A possibilidade de extrapolação dos limites normativos está, em grande medida, associada à permanente abertura estatal a demandas e necessidades em saúde da população, por um lado, e ao grau de associativismo da sociedade civil, de outro. O arcabouço jurídico-institucional que se configurou na saúde brasileira permite a incorporação direta de instituições jurídicas e da sociedade civil no encaminhamento de necessidades e demandas, que são mutáveis no tempo e no espaço e, por isso, exigem a consideração de suas especificidades.

No tocante à abertura estatal, ganha relevo a dimensão da validade, que se expressa nas normas atinentes à saúde. A abertura estatal constituída por essas normas exprime a necessidade de incorporação da sociedade civil no processo decisório em saúde. Como será visto na próxima seção, a saúde possui uma múltipla dimensão, na medida em que se constitui como direito individual, social e de cidadania, o que amplia as possibilidades da dimensão da validade ser permeada por conteúdos e orientações construídas a partir das práticas sociais.

No tocante à sociedade civil, sua institucionalidade foi alçada a partir de dois mecanismos principais:

a) os Conselhos de Saúde, que são esferas de participação da sociedade civil envolvidas diretamente no processo de formulação, fiscalização e execução das políticas de saúde e;

b) as Conferências de Saúde, que são espaços de deliberação sobre temas que envolvam a saúde e que contam com a presença da sociedade civil em conjugação com representantes do Estado, acadêmicos, profissionais de saúde e membros de instituições jurídicas.

Em ambos os casos, observa-se uma ampliação da possibilidade da facticidade do direito à saúde se refletir no âmbito da validade, o que reforça a legitimidade de suas ações por meio de diálogo e estabelecimento de consensos.

Com isso, é possível afirmar que um elemento indissociável do processo de construção do direito à saúde é a polifonia, que se manifesta por meio de diferentes "vozes" que, por meio de um processo dialógico, alcançam um consenso. Mas para que estas vozes ecoem efetivamente nos serviços de saúde, é indispensável pensar a construção de espaços públicos de participação social, inclusive nas instituições jurídicas.

1.2. A afirmação do direito à saúde no processo constituinte

Em geral, se denomina como *movimento da reforma sanitária* o movimento social que recebeu destaque a partir da década de 1970 no Brasil. As reflexões sobre saúde sob o prisma da Constituição material e do direito vivo são fundamentais para pensar este movimento. Seu destaque ocorreu em virtude de sua atitude combativa e resistente ao modelo assistencial de saúde presente no país e à ideia de saúde como um *serviço* a ser prestado pelo Estado em decorrência da *situação trabalhista* da pessoa *beneficiária*. Ressalte-se, aqui, o termo "benefício" — resquício da ideia patrimonialista vigente no Brasil, em que o

Estado confere um benefício, um favor —, o qual poderia não ser conferido em outra circunstância ou pessoa. Com isso, não havia qualquer ideia de "dever" ou "direito" associada à ação do Estado, tampouco uma perspectiva de universalização da saúde. Um dos obstáculos presentes na cultura política de nossos dias tem sido a tentativa de mudar a concepção de saúde como um "benefício" para a concepção de saúde como um "direito". O que o *movimento da reforma sanitária* preconizou como principal bandeira no tocante à mudança das práticas em saúde foi justamente esta questão, associada, ainda, à universalização e democratização da saúde enquanto direito fundamental.

No intuito de entender sua relevância para a conquista da saúde enquanto direito fundamental, é preciso realizar um breve esboço do cenário em questão. Em primeiro lugar, é preciso ressaltar que, no início do referido movimento, o Brasil se encontrava sob a égide de um regime militar, e tal condição influiu decisivamente no modelo de saúde a ser adotado. Trata-se de um modelo baseado na ideia de *medicalização* da saúde e na ênfase das ações curativas em detrimento de ações preventivas, com fortes traços de autoritarismo. Portanto, a saúde assumiu características fortemente centralizadoras com a exclusão da população de qualquer processo político-decisório substancial.

Em segundo lugar, a utilização dos serviços de saúde se encontrou vinculada à situação empregatícia, ocasionando a exclusão de uma parcela relevante da população desempregada, seja por deficiências físicas, seja por insuficiências na educação ou, mesmo, por inacessibilidade estrutural ao mercado de trabalho formal. A condição de trabalhador formal não foi sinônimo de universalização dos serviços de saúde, sobretudo no ambiente rural. De outro lado, houve a emergência de planos privados de saúde que, por seu ineditismo e investimento, tinham preços elevados. Deste modo, somente uma parcela reduzida da população poderia suportar os custos e despesas associados à utilização dos serviços privados de saúde.

Observa-se, então, um quadro excludente no tocante ao alcance do direito à saúde, que reforçou a desigualdade social historicamente constituída no Brasil. Aqueles que trabalham têm o direito à assistência, e os que não trabalham possuem uma alternativa: suportar os custos e despesas de um plano de saúde privado. Ora, percebe-se um círculo vicioso presente nesta relação, uma vez que quem não trabalhasse não usufruiria os direitos trabalhistas (e, consequentemente, o direito à saúde) e, além disso, também não usufruiria a assistência em saúde, na medida em que não disporia de recursos suficientes para suportar as despesas dos planos privados. Deste modo, aquele que não possuísse vínculo empregatício teria possibilidades reduzidas de acesso aos serviços públicos de

saúde[12]. Uma das escassas alternativas possíveis para aqueles que não tinham vínculo empregatício ou não tinham condições de pagar um serviço privado foi as Santas Casas, que são instituições filantrópico-religiosas destinadas à ajuda de pessoas carentes. Ou seja, temos um cenário fortemente centralizado, autoritário, "surdo" às demandas populares e que, por consequência, restringe o sentido e a amplitude do direito à saúde.

As reivindicações da sociedade civil — em que se destaca o movimento da reforma sanitário — foram justamente no sentido oposto, com o objetivo de promover e solidificar a democratização das dimensões de formulação, promoção e fiscalização das políticas de saúde no Brasil. Em face desse objetivo central, os participantes do movimento adotaram uma postura crítica e combativa ao modelo assistencial vigente com vistas às seguintes ações:

a) afastar o autoritarismo na administração da saúde que foi exercido durante anos pelo regime militar brasileiro;

b) defender de forma intransigente a ampliação da saúde enquanto direito de todos e dever do Estado, de modo a afastar a perspectiva de mero serviço privado ou de serviço decorrente de vínculo empregatício;

c) enfatizar a participação da sociedade civil em todas as ações em saúde, desde o planejamento até a execução e fiscalização;

d) promover uma visão desmedicalizada da saúde, que deveria considerar o paciente enquanto ser humano inserido em um contexto social específico e com subjetividades singulares;

e) defender que a saúde não deveria ser compreendida como uma ausência relativa de doença, tampouco de forma compartimentalizada, mas sim como um complexo cultural, social, psicológico, biológico etc.

Com isso, uma das principais bandeiras do movimento de reforma sanitária foi o princípio da integralidade, que se traduz na ideia de que o indivíduo deve ser visto como uma totalidade sociopsíquica. Ao mesmo tempo, tal princípio preconiza que os problemas de saúde vão além da mera presença ou ausência da doença, pois envolvem condicionantes sociais de múltiplas naturezas. Buscou-se, ainda, promover medidas e reivindicações que afastassem a noção de especialidade médica no cuidado em saúde, de modo a constituir uma atenção

12 Na análise de Hésio Cordeiro, "os recursos da previdência social destinados à prestação de serviços de saúde foram canalizados, exclusivamente, para as ações de assistência médico-hospitalar que, por sua vez e de forma não casual, eram executados, em sua maioria, pela rede privada contratada. Isto, num período de crescimento econômico, com a previdência social apresentando superávit. Como resultado, deu-se o processo de intensa capitalização do setor privado de prestação de serviços de saúde" (Cordeiro, 1991, pp. 57-58).

em saúde mais integral, que considerasse o usuário em sua totalidade física, psicológica, social etc. No bojo de tais reivindicações,

> *a própria reforma sanitária pode ser vista como um elemento novo no cenário político do país, um elemento instaurador de uma política de saúde institucionalmente inédita. Em outro sentido, o lema "Saúde, direito de cidadania, dever do Estado", implica uma visão desmedicalizada da saúde, na medida em que subentende uma definição afirmativa (positiva), diferente da visão tradicional, típica das instituições médicas, que identifica saúde com ausência relativa de doença (Luz, 1991, pp. 87-88)*

A partir da década de 1980, o movimento da reforma sanitária ganhou visibilidade, recebendo ampla adesão de uma pluralidade política, ideológica e social que se manifestou por meio de profissionais de saúde, docentes, estudantes e, inclusive, associações acadêmicas de pesquisa em saúde[13]. Com isso, a perspectiva reformista encontrou, no início da década de 1980, um ambiente propício para sua ampliação institucional e política. O incremento de sua base de apoio, associado à força da bandeira reformista na saúde, permitiram que as ideias do movimento recebessem destaque nacional, e isso repercutiu fortemente no resultado da Assembleia Constituinte nos anos posteriores.

Com o desenvolvimento da redemocratização do país na década de 1980, a luta pelo direito universal à saúde pôde ser realizada de diversas formas e com múltiplas estratégias pelos diversos atores sociais e políticos. Primeiramente, observa-se a eleição no cenário nacional de candidatos afinados com uma perspectiva de afirmação da saúde como um direito de todos e dever do Estado, o que ampliou as possibilidades de sua universalização na Constituição. Além disso, um outro marco importante foi a realização, em 1986, em Brasília, da VIII Conferência Nacional de Saúde, cujas discussões travadas representam a consolidação de debates, negociações e disputas dos diversos atores envolvidos no campo da saúde. Os debates e recomendações suscitados nesta Conferência serviram de subsídio a três conquistas relevantes:

a) a luta pelo texto da saúde no capítulo da ordem social na nova Constituição, que deveria prever princípios e regras atinentes à eficácia e efetivação deste direito;

13 A título de exemplo, Hésio Cordeiro (1991) salienta que, em 1984, a ABRASCO (Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva) e o CEBES (Centro Brasileiro de Estudos de Saúde) promoveram uma reunião, em Curitiba, para avaliação do sistema de saúde. Esta reunião, segundo a análise de Cordeiro com base nos discursos e documentos institucionais, reforçou a posição do movimento sanitário no sentido de promover a unificação do sistema de saúde, a descentralização e a participação da população nas decisões e fiscalização.

b) a intensificação da atuação dos movimentos sociais em prol da implementação da reforma sanitária, principalmente porque já havia sido decidido pela formulação de uma nova Constituição;

c) a mobilização da sociedade para ampliar a legitimidade do movimento sanitário desde a formulação até a execução das políticas públicas em saúde nos três níveis da federação (Municípios, Estados e União).

Mais precisamente, a reforma sanitária preconizada pelos movimentos sociais desde a década de 1970 adquiriu um caráter *institucional*, pois seus ideais e reivindicações passaram a ser veiculados no interior do próprio Estado. Na época, a saúde, inclusive, foi assumida por algumas personalidades políticas brasileiras — tais como Sérgio Arouca e David Capistrano — como uma *política de Estado* (e não meramente políticas de governo) e como estratégia permanente de ampliação dos direitos e garantias da sociedade civil. A ideia que se constituiu seria de promover a saúde como um direito democrático de todos, em oposição ao modelo tradicional autoritário e excludente. Ou seja, o ideal do controle social[14] e da descentralização político-administrativa seriam elementos relevantes para a garantia do direito universal à saúde.

Não é por acaso que esta Conferência foi realizada no bojo das atividades que precederam a Assembleia Nacional Constituinte, que foi responsável pela formulação e consolidação da Constituição de 1988. As questões e demandas tratadas na Conferência se constituíram como uma verdadeira prévia dos temas sociais a serem cristalizados na Constituição, o que reforça sua relevância social, jurídica, política e institucional. O relatório final da Conferência, inclusive, serviu de referencial para os trabalhos da Consti-

14 O termo "controle social" possui uma conotação especial no campo da saúde, que difere da ideia de controle social exercido pelo Estado nos indivíduos com o intuito de regulá-los. Controle social em saúde significa a participação da sociedade civil no processo de fiscalização das ações e políticas de saúde. Portanto, tem sentido diferente daquele comumente utilizado nas ciências sociais. Segundo publicação do Ministério da Saúde, o controle social "é um mecanismo institucionalizado pelo qual se procura garantir a participação e o controle social, com representatividade, no âmbito da Saúde. Prioritariamente ele é realizado por meio dos conselhos de Saúde, mas se dá em muitas outras instâncias, além deles. Deve ser uma prática que permeia todas as ações e serviços de Saúde. Por meio dos conselhos de Saúde ocorre a participação mais direta da comunidade na fiscalização e na condução das políticas de Saúde (garantidas pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que instituiu os conselhos e as conferências de Saúde como instâncias de controle social do SUS nas três esferas de governo). Atualmente, estima-se que existam mais de 100 mil conselheiros de Saúde em todo o país. O SUS garante aos estados, Distrito Federal e municípios a autonomia para administrar os recursos da Saúde, de acordo com sua condição de gestão (gestão plena da atenção básica e gestão plena do sistema municipal). Para isso, é preciso que cada região tenha seu Conselho de Saúde funcionando de forma adequada. Assim, os recursos federais são repassados por meio do Fundo Nacional aos fundos estaduais ou municipais de Saúde ou, ainda, dos fundos estaduais para os fundos municipais de Saúde". (Brasil, 2005, pp. 70-71).

tuinte, pois seu conteúdo e demandas relacionadas foram considerados nos debates ali travados.

Assim, os avanços e desafios enfrentados pela sociedade civil e, principalmente, pelo movimento da reforma sanitária, culminaram no texto constitucional de 1988, que inaugurou os princípios fundamentais que orientam a política de saúde no Brasil. A Constituição estabeleceu cinco princípios básicos que devem orientar o ordenamento jurídico brasileiro em relação ao SUS, os quais devem ser respeitados também pelos Estados e Municípios, quais sejam: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. Porém, antes de discorrer sobre cada um deles, é preciso realizar uma breve digressão sobre a relevância dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico que, apesar de não ser objeto desta obra, é relevante para a configuração do *status* normativo da saúde no Brasil.

No estudo dos princípios jurídicos, ganha relevo as perspectivas de Dworkin (1985) e Alexy (1993). Os princípios constitucionais dizem respeito a valores que permeiam uma determinada sociedade e são cristalizados como normas jurídicas. De fato, tanto regras escritas quanto princípios são normas, uma vez que dizem respeito ao *dever-ser*[15]. Entretanto, o papel dos princípios recebeu maior destaque no âmbito do direito a partir da constatação de que as regras escritas ou positivadas em muitos casos não podem exprimir a complexidade e as singularidades do mundo social. Por isso, seriam necessários elementos dinâmicos de hermenêutica e integração que espelhem o sentido que os atores de uma determinada comunidade dão às suas ações *in concretu*. Thamy Pogrebinschi, de forma bastante didática, apresenta alguns critérios para diferenciar as regras dos princípios:

> *Existem vários critérios tradicionais para a distinção entre regras e princípios. O mais comum é o critério da* generalidade*. Segundo este critério, os princípios são normas com um grau de generalidade relativamente alto e as regras, normas com um nível relativamente baixo de generalidade. Há também o conhecido critério da* abstração*, segundo o qual os princípios são normas com um grau de abstração relativamente alto e as regras, normas com um nível relativamente baixo de abstração. Outros critérios, tais como o do* valor *expressado e o da* aplicabilidade*, são também comumente utilizados com o intuito de fazer a distinção entre as regras e os princípios. O melhor critério, no entanto, me parece ser aquele empregado por Robert Alexy, que afirma que entre regras e princípios existe não somente uma diferença de grau, mas uma* diferença qualitativa *(Pogrebinschi, 2008, p. 1)*

15 Para uma análise bastante completa sobre as diferenças entre regras e princípios, ver Asensi (2010).

Sarmento, por sua vez, também estabelece uma diferenciação relevante entre regras e princípios, buscando refletir sobre as implicações de ambos no ordenamento jurídico. Segundo o autor

> *Uma regra é geral porque estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, muito embora preveja, de modo preciso, as situações sobre as quais incidirá. Portanto, ela não regulará nada além daquelas situações contempladas em sua hipótese de incidência. Já o princípio não especifica seu campo de atuação, comportando por isso uma "série indefinida de aplicações" (Sarmento, 2004, p. 83)*

No Brasil, esse debate deriva, em certa medida, na conhecida *teoria tridimensional do direito* de Miguel Reale, que oferece uma sistematização de alguns sentidos que poderiam ser atribuídos à ideia de "direito". Reale sustenta que o direito deve ser analisado enquanto uma *experiência de vida* e, por isso, envolve três dimensões históricas, quais sejam: fato, valor e norma. Assim, "é preciso tomar estas palavras significando, respectivamente, os momentos de referência 'fática', 'axiológica' e 'lógica' que marcam o 'processus' da experiência jurídica" (Reale, 2003, pp. 103-104). A ideia é justamente de superar a perspectiva positivista, que associa o direito à norma jurídica estatal positivada. Enfatizar a *dimensão fática* implica numa postura pragmatista que considera a realidade social como *laboratório empírico* do pesquisador social, ao passo que a ênfase na *dimensão axiológica* remete à dimensão cultural que o direito adquire a partir da experiência concreta dos atores em suas relações sociais.

Desde já, cabe salientar que não é objetivo aqui desconsiderar a dimensão *fática* ou *lógica* do direito. Porém, busca-se compreender de forma privilegiada em que sentido o direito como valor atua não somente como uma *experiência jurídica*, mas também como *limite de ação estatal* e, simultaneamente, como *parâmetro de construção e reivindicação de direitos*. Para tal, o primeiro passo consiste em discutir a natureza do direito como um *valor*.

Utilizando um conceito do campo da sociologia das profissões, comumente utilizado por Eliot Freidson (1986) e Edmundo Coelho (1999), é possível admitir o *valor* como um *folk concept*, ou seja, como uma categoria que, em virtude de sua indefinição semântica, só é passível de compreensão a partir dos sentidos específicos atribuídos por sociedades concretas no cotidiano de suas relações sociais. Assim sendo, os valores englobam fundamentalmente uma dimensão cultural. A emergência dos princípios ocorre na razão direta da necessidade de se considerar as peculiaridades não alcançáveis pelas regras escritas, constituindo-se como mecanismos que indicam os verdadeiros valores

presentes em uma determinada sociedade. Tal perspectiva, que enfatiza o caráter aberto e polissêmico do princípio, problematiza a necessidade de definições e conceitos, que foi historicamente consolidada no campo do direito, sobretudo com a perspectiva formalista do positivismo jurídico.

De fato, os princípios se configuram como elementos valorativos que são reinterpretados e ressignificados em todo momento a partir das práticas sociais. Uma abertura aos princípios, antes de tudo, consiste numa afirmação do diálogo e da escuta, das peculiaridades, e não de uma universalidade alcançada por meio de uma definição conceitual abstratamente estabelecida. Definir princípios pode tender a sufocar seu potencial polissêmico, pois estes se apresentam sob a forma de *conceitos indeterminados* ou *texturas abertas*. Herbert Hart, um dos principais sistematizadores dessa ideia, salienta que todo estabelecimento de normas enseja algum tipo de indeterminação em virtude de sua textura aberta. Esta textura pode advir dos mais diversos motivos, dentre os quais é possível ressaltar:

a) a ignorância ou desconhecimento, ao menos parcial, inerente ao próprio fato que demanda a aplicação da norma;

b) a indeterminação quanto à finalidade da norma;

c) a polissemia da linguagem utilizada no comando da norma etc.

A ideia de textura aberta significa que, na verdade, "muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso" (Hart, 2001, p. 148). Portanto, compreende-se ser mais adequado tratar apenas a ideia ou noção que os princípios representam enquanto *constelação de valores*, afastando-se a ideia de *paraíso dos conceitos* típica de uma perspectiva positivista.

Uma vez realizada essa breve incursão sobre a relevância dos princípios no ordenamento jurídico, voltemos, de forma mais aprofundada, aos cinco princípios basilares do Sistema Único de Saúde. Como visto, os princípios previstos na Constituição são os seguintes: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. O *princípio da universalidade* diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis a seu pleno exercício e o efetivo acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os níveis de complexidade. Portanto, tal princípio pressupõe uma relação em que os cidadãos têm um direito que se configura como um dever do Estado, sem qualquer possibilidade de restrição à sua universalidade.

O *princípio da integralidade* significa, originariamente, a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos, curativos e coletivos, exigidos para todos os níveis de complexidade de assistência. Deste modo, tal princípio engloba ações de promoção, proteção e assistência na saúde. Conforme o *Manual de Atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde*, o princípio da integralidade

> *refere-se tanto ao homem quanto ao Sistema de Saúde, reconhecendo que cada qual se constitui numa totalidade. Assim, cada pessoa constitui um todo indivisível e membro de uma comunidade: as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, da mesma forma, constituem-se em um todo, não podendo ser divididas; as unidades constitutivas do Sistema configuram também um todo indivisível, capaz de prestar assistência integral (MPF, 2005, p. 14)*

O *princípio da equidade* expressa a ideia de justiça social, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Isto significa admitir uma postura de tratar desigualmente os desiguais, investindo mais recursos públicos nas Unidades da Federação em que a carência e as deficiências no sistema público de saúde são maiores.

O *princípio da descentralização* exige que um único gestor responda por toda a rede assistencial em sua área de abrangência, conduzindo a negociação com os prestadores e assumindo a responsabilidade pelas políticas de saúde. A descentralização ainda permite uma maior aproximação com a realidade social de cada localidade, de modo a tornar as políticas públicas mais efetivas por meio da incorporação da sociedade civil no processo de formulação, fiscalização e execução das políticas. Por essa razão, a descentralização é entendida como

> *a redistribuição do poder decisório, dos recursos e das competências quanto às ações e aos serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da ideia de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de acerto. Assim, o que é da alçada de um município deve ser de responsabilidade do Governo Municipal; o que abrange um Estado ou uma região estadual deve estar sob responsabilidade do Governo Estadual e o que for de abrangência nacional será de responsabilidade federal (Idem, p. 15)*

O *princípio da participação social* expressa uma forma de ampliar a efetividade das políticas públicas de saúde e uma via de exercício do controle social, de modo a democratizar essa descentralização do sistema de saúde, principalmente a partir da atuação dos Conselhos de Saúde. Assim, são criados canais de par-

ticipação popular na gestão do SUS em todas as esferas (municipal, estadual e federal), configurando a participação social como uma

> *garantia constitucional de que a população, por meio de suas entidades representativas, participará do processo de formulação das políticas de saúde e do controle de sua execução, em todos os níveis, desde o federal até o local. Essa participação deve se dar nos Conselhos de Saúde, com a representação paritária entre usuários, Governo, profissionais de saúde e prestadores de serviço. Outra forma de participação são as Conferências de Saúde, realizadas de quatro em quatro anos, que servem para definir prioridades e linha de ação. Deve ser considerado também como elemento do processo participativo o dever das instituições de oferecerem as informações e conhecimentos necessários para que a população se posicione sobre as questões que dizem respeito à sua saúde (Idem, pp. 115-16)*

Com isso, a universalização do direito à saúde é acompanhada de regras e princípios que buscam, em alguma medida, estabelecer estratégias para sua efetivação, bem como diretrizes normativas à atuação estatal, sob o resguardo do *status* de relevância pública que a saúde alçou com o processo constituinte. Desta forma, a Constituição cristaliza, ao menos formalmente, essa universalização, e estabelece novos marcos de atuação do poder público, instituições jurídicas e sociedade civil.

1.3. A constituição brasileira e a universalização da saúde

A Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada no dia 05 de outubro de 1988, sendo fruto de exaustivos debates entre diversos atores sociais e políticos. No campo da saúde, esta Constituição representa o resultado de lutas de mais de vinte anos, que culminam na garantia de direitos sociais e na universalização de alguns direitos como atributos de cidadania e, simultaneamente, dever do Estado brasileiro. São diversos os fatores que concorrem para o teor social desta Constituição, dentre os quais se destacam os seguintes:

Em primeiro lugar, a Constituição representa a tentativa de correção dos excessos e descaminhos provocados pelo regime militar, garantindo um amplo catálogo de direitos individuais e coletivos intangíveis pelo Estado e uma série de instrumentos processuais para sua efetivação. Estes direitos encontram-se vinculados ao princípio constitucional da dignidade humana[16], que é previsto logo no artigo

16 De acordo com a perspectiva de Fátima Henriques, "o primeiro passo está em reconhecer que a promoção, a proteção e a recuperação da saúde são consectários da dignidade da pessoa humana e objetivos

1º da Carta Magna, *in verbis*: "A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III — a dignidade da pessoa humana" (Brasil, 1988). Por serem compreendidos como inerentes à própria personalidade do cidadão, tais direitos devem ser plenamente garantidos e efetivados pelo Estado. A dignidade da pessoa humana se apresenta, ao mesmo tempo, como um limite e tarefa dos poderes estatais, e é por meio dela que as ações públicas passam a se pautar.

Um outro fator refere-se à própria intenção de formular uma Constituição que atue como redutora de diferenças sociais, políticas, econômicas e culturais. A nova Constituição deveria ser um instrumento de emancipação social, com o intuito de buscar a igualdade concreta entre as pessoas, de modo a tensionar o tradicional principio da isonomia[17]. Justifica-se, assim, o fato de Ulysses Guimarães tê-la apelidado de *Constituição Cidadã*[18]. Não caberia mais a associação entre saúde e situação empregatícia, pois a Constituição deveria promover a igualdade concreta de todos por meio da universalização dos direitos e, em particular, dos serviços de saúde.

Um terceiro elemento se refere à participação da sociedade civil, dos grupos sociais e políticos e dos diversos grupos de pressão. Uma vez que o processo de abertura democrática do Estado brasileiro adveio antes da própria Constituição, foi possível a expressiva participação de uma pluralidade de atores no processo de sua formulação. Portanto, em virtude da ampla presença de diversos seguimentos da sociedade civil e do Estado, uma característica marcante deste momento histórico é o pluralismo.

A ideia de pluralismo já foi tratada por mim em outras oportunidades (Asensi, 2005a, 2005b). Em tais ocasiões, realizei uma diferenciação entre a noção de *pluralismo jurídico*, consagrada no campo da sociologia do direito, e o que se denominou *pluralismo no processo político-decisório*, que poderia ser

constitucionais fundamentais, de modo que não é dado aos poderes constituídos decidir se devem ou não concretizá-los ou quando deverão fazê-lo" (Henriques, 2008, p. 858). Para uma análise aprofundada das características, significados e pressupostos relativos ao princípio da dignidade da pessoa humana, ver Ana Paula de Barcellos (2002).

17 O princípio da isonomia preconiza que todos são iguais perante a lei. Traduz, assim, uma igualdade formal. Diversas tradições do pensamento jurídico questionam essa ideia. A título de exemplo, a corrente marxista sustenta que a ideia de igualdade perante a lei não bastaria para promover a igualdade concreta, material ou, ainda, substantiva. O Estado não reconhece e não intervém no conflito, já que todos são iguais perante a lei. Assim, o formalismo da lei por si só não garante a igualdade entre os homens.

18 Na avaliação de Cássio Casagrande, a Constituição seria *cidadã* "não apenas porque consagra um amplo sistema de direitos fundamentais e de procedimentos judiciais para sua defesa, mas sobretudo porque retira do âmbito privado e leva à esfera pública questões que eram tratadas apenas como direitos individuais entre particulares" (Casagrande, 2008, p. 51). Aqui reside, na perspectiva de Giselle Cittadino (1999), o caráter *comunitário* da Constituição de 1988.

associado ao campo da ciência política. Segundo Boaventura de Sousa Santos "existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica" (Santos, 1980, p. 109). Por outro lado, pude evidenciar que a noção de *pluralismo no processo político-decisório* traz consigo três elementos:

a) são os fatores sociais que incIdem na produção jurídica a partir de relações de poder;

b) o campo da produção jurídica envolve o embate e o conflito, o que pode levar a contradições dentro de um mesmo ordenamento;

c) a função partidária é realizar uma composição de interesses (tanto de intelectuais orgânicos quanto de grupos de pressão) para que os conflitos sejam minimizados e que seja estabelecido um consenso.

Deste modo, o *pluralismo no processo político-decisório* representa a forma por meio da qual as relações de poder se manifestam tendo em vista a minimização de conflitos e a consequente satisfação de interesses por vezes contraditórios. Assim, ao passo que o *pluralismo jurídico* significa a emergência de outros centros de poder que realizam sua própria produção de direito [fora do Estado], o *pluralismo no processo político-decisório* representa um passo adiante: a forma que estes centros procuram, por meio do embate e do conflito de ideias, inserir na norma estatal sua norma particular.

Assim, a produção de direitos realizada fora do Estado retorna a seu âmbito, na medida em que possui uma pretensão universalizante, de modo que *direitos vivos* se tornem *direitos fundamentais*[19]. Este *retorno ao Estado* pode ocorrer tanto diretamente (por meio de um legislador, por exemplo) quanto indiretamente (por meio de grupos de pressão, intelectuais orgânicos etc.). Neste sentido, a Constituição de 1988 adotou, em seu texto, consensos que são fruto de embates e conflitos entre os diversos atores sociais estatais e não-estatais. No campo da saúde, recebeu destaque o projeto da reforma sanitária e a bandeira da universalização.

Da mesma forma, nota-se que as condições de aprovação de uma lei estão diretamente ligadas à sua capacidade de comportar os diversos interesses, principalmente dos parlamentares e dos mais variados grupos de pressão. Ou seja, para uma norma passar por todos os procedimentos de sua formulação e ser aprovada de maneira efetiva, tem que necessariamente conter elementos

19 As reflexões sobre direitos fundamentais têm recebido no Brasil atenção especial, razão pela qual a fundamentalidade destes direitos tem sido discutida, inclusive, no âmbito das relações privadas. A esse respeito, ver Sarmento (2004).

que tragam para si a aprovação dos que a fazem. Isto implica reconhecer que o alargamento da abrangência da lei é um elemento estruturante da democracia pluralista, justamente porque esta lei só poderá dar conta dos interesses se for a partir da abrangência semântica. A pluralidade traz consigo a incapacidade de formar homogenias legais, propiciando leis e artigos com redação cada vez mais aberta e heterogênea[20].

Neste sentido, o fato do direito à saúde ser assegurado na Constituição não significa que ainda não faltem instâncias, espaços, leis, regulamentos e diretrizes que otimizem e operacionalizem sua concretização. O direito à saúde e seus princípios correlatos, à época da promulgação da Constituição, consistiam em verdadeiras *texturas abertas* que ainda necessitavam de regulamentação. Tendo em vista a abrangência semântica e o alcance do direito à saúde, é preciso considerar as normas regulamentadoras posteriores à Constituição, tais como as leis que implementam o SUS, as instâncias de participação e as normas operacionais. Tais normas buscam, em múltiplos aspectos, construir arcabouços jurídico-institucionais para sua efetivação.

O Sistema Único de Saúde, regulamentado pela Lei 8.080/90, reafirma os ideais do movimento da reforma sanitária, principalmente no tocante à descentralização, participação e integralidade. Este sistema seria único porque organizaria

> *o setor público federal, estadual e municipal, bem como os serviços privados que firmarem convênios ou contratos, garantindo-se a gestão da rede de serviços, de forma a impedir desperdícios e superposições. É a melhor forma de assegurar que programas de saúde publica e de assistência médico-hospitalar se dirijam a toda a população, garantindo melhor acesso aos mais pobres (Cordeiro, 1991, p. 149)*

20 Vejamos um exemplo paradigmático: no processo de formulação da Constituição de 1988 havia um debate sobre quando seria o descanso semanal remunerado e sobre qual seria o texto constitucional definitivo. O grupo da esquerda defendia que este deveria ser *obrigatoriamente* aos domingos, ao passo que o grupo da centro-direita (denominado "centrão") defendia que este deveria ser convencionado entre trabalhador e empregador, ou seja, deveria ser *flexível*. Ao final dos debates e da votação, observa-se que a lei, para ser aprovada, deveria conter elementos que atendessem ambas as posições. Neste sentido, com a aprovação do art. 7º, XV, a redação final consagrou que o descanso semanal remunerado seria *preferencialmente aos domingos*. Com isso, a norma do descanso semanal não foi tão obrigatória, nem tão flexível. Buscou-se, simultaneamente, com o objetivo de comportar os diversos interesses, amenizar a obrigatoriedade defendida pelos esquerdistas e enrijecer a flexibilidade defendida pelos centro-direitistas. Este exemplo nos fornece elementos relevantes do contexto democrático-pluralista contemporâneo. O alargamento da abrangência da lei é um elemento estruturante da democracia pluralista, justamente porque esta lei só poderá dar conta dos interesses por meio da abrangência semântica.

Assim, este processo de concretização do conteúdo dos direitos sociais, conforme Giselle Cittadino, "envolve necessariamente um alargamento do círculo de intérpretes [...], na medida em que devem tomar parte do processo hermenêutico todas as forças políticas da comunidade" (Cittadino, 2003, p. 23). Em outras palavras, a ampliação da comunidade de intérpretes da Constituição — acepção inaugurada por Peter Häberle (1997) — está intimamente relacionada ao processo de democratização da hermenêutica constitucional "e, nesta perspectiva, exige uma cidadania ativa que, por esta via, concretiza ou realiza a Constituição" (Idem, p. 24). Com isso, faz-se necessária a participação de atores não-estatais tanto na produção quanto na interpretação do direito, que foi institucionalizada, no caso do direito à saúde, com a Lei 8.142/90 por meio dos Conselhos e Conferências de Saúde.

Importante, aqui, é a ideia de que o direito à saúde é um direito fundamental assegurado na Constituição de 1988 sendo, então, um direito universal[21]. A responsabilidade para satisfazer este direito, segundo a Constituição de 1988, é de titularidade de todas as esferas de poder político (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Deste modo, na análise de Hewerstton Humenhuk, todas estas esferas devem proteger e promover a saúde de forma gratuita, pois o investimento do Estado em recursos públicos "não visa explorar economicamente essa atividade, mas visa prestar um serviço público básico ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana" (Humenhuk, 2004, p. 31).

1.4. O direito à saúde como um direito fundamental

Para entender a importância da saúde como um direito fundamental, devemos traçar um breve esboço histórico do constitucionalismo no contexto contemporâneo. Thomas Marshall (1967) realizou relevante sistematização da temática, ao estabelecer que a cidadania tem assumido historicamente várias concepções em função dos diferentes contextos em que restou inserida. A despeito de algumas críticas realizadas à perspectiva deste autor[22], é possível

21 A fundamentalidade do direito reside justamente no fato de o mesmo pertencer a todos os membros de uma comunidade de forma indistinta, não podendo ser eliminado ou restringido pelo Estado. Hewerstton Humenhuk (2004) anuncia que o direito à saúde pode ser considerado pressuposto em diversos artigos da Constituição de 1988, a saber: artigos. 5 º, 6 º, 7 º, 21, 22, 23, 24, 30, 127, 129, 133, 134, 170, 182, 184, 194, 195, 197, 198, 199, 200, 216, 218, 220, 225, 227 e 230.

22 No Brasil, uma das principais críticas a Thomas Marshall, principalmente no tocante à perspectiva do autor sobre as gerações de direitos, foi a de Ingo Sarlet (2001), sobretudo no que concerne a perspectiva geracional dos direitos de Marshall.

utilizar alguns de seus argumentos para pensar a fundamentalidade do direito à saúde no Brasil. Em termos iniciais, existem basicamente dois movimentos ocidentais distintos de constitucionalização de direitos, que variam de acordo com o período histórico e a perspectiva de Estado que compartilham: o liberal e o social.

As primeiras constituições escritas são de matriz liberal-burguesa e exigiam uma postura negativa por parte do Estado nas relações privadas. Ou seja, ao enfatizar a separação dos poderes e a defesa de direitos individuais, propunha-se um modelo liberal em que o indivíduo seria o centro, de modo que o Estado deveria interferir minimamente nas relações sociais ou nos arranjos que os indivíduos estabeleceriam em sociedade. De fato, segundo Paulo Bonavides, a doutrina do liberalismo preconizou que o Estado seria "o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade" (Bonavides, 1980, p. 3). Nesta linha, "quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse" (Idem, p. 31).

Este distanciamento entre Estado e sociedade foi objeto de críticas por diferentes correntes teóricas ao longo do tempo. Dentre elas, a crítica marxista sustentou que a postura negativa do Estado em relação aos direitos enseja a exploração do homem pelo homem, na medida em que o Estado não reconhece e não intervém no conflito, já que todos são vistos como iguais perante a lei e, por isso, são formalmente iguais. Observa-se, portanto, uma crítica realizada pelo marxismo aos limites da mera *igualdade formal* para a questão dos direitos dos cidadãos. Neste contexto, refletindo nos termos de Karl Marx[23], o Estado suprime

> *as distinções oriundas do nascimento, do nível social, da educação e da ocupação, declarando que o nascimento, nível social, a educação, a ocupação específica são diferenças não políticas, quando, sem levar em conta as suas distinções, proclama que todo membro do povo participa da soberania popular em pé de igualdade e quando aborda todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Porém, o Estado nem por isso impede que a propriedade privada, a educação, a ocupação atuem a seu modo, isto é, enquanto propriedade privada, educação e ocupação, e façam valer sua natureza especial. Longe de suprimir essas diferenças de fato, o Estado apenas*

23 Para uma análise mais detalhada da leitura de Marx sobre os direitos e sua relação com a política moderna, ver Pogrebinschi (2007).

> *existe sobre tais premissas; só tem consciência de ser um Estado político e faz prevalecer sua universalidade em oposição a esses elementos (Marx, 2003a, p. 252)*

São constatadas, assim, duas noções desta perspectiva de Constituição: a) a concepção formalista de que a lei por si só garante a igualdade entre os homens, sob a perspectiva de que a igualdade no liberalismo *"consiste na aplicação da mesma lei para todos, quando protege ou quando castiga"* (Marx, 2003b, p. 36) b) a ideia de que as relações privadas são ditadas pelos privados, e não pelo público (associado à ideia de Estado).

Em decorrência da mudança nas relações sociais ocasionadas, principalmente, pela industrialização, buscou-se configurar um novo tipo de direito que reconhecesse as desigualdades sociais e as assimetrias concretas entre os indivíduos no plano de suas práticas sociais. A falta de condições salubres de trabalho, a exploração sem garantias jurídicas e a ausência de direitos trabalhistas, adicionados a desafios e problemas advindos das experiências de guerra que permearam o século XX, foram os problemas que a concepção social de direito procurou resolver. Exigiu-se, para tal, uma atuação positiva por parte do Estado no âmbito das relações privadas por meio de políticas públicas de efetivação de direitos de caráter social[24]. Predomina, portanto, a preocupação de *proteger o homem do próprio homem*. Para tal, o Estado deve ser o ator redutor de diferenças sociais, ganhando relevo algumas expressões, tais como *justiça distributiva*, *justiça social e políticas sociais*. Na análise de Sarmento, no Estado Social, "o poder se pulveriza na sociedade, distribuindo-se por uma série de instituições intermediárias entre o Estado e o indivíduo" (Sarmento, 2004, p. 43). No Brasil, Rui Barbosa, já na primeira metade do século XX, sustentou que a concepção individualista de direitos humanos havia evoluído rapidamente para uma transformação

> *incomensurável nas noções jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já não se vê na sociedade, um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual em seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana (Barbosa, 1965, p. 178)*

24 Para uma análise contrária à leitura de que somente os direitos sociais ensejam uma prestação positiva do Estado no âmbito das relações sociais, ver Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999). Os autores salientam que não somente os direitos sociais, mas os direitos civis e políticos ensejam a necessidade de prestação positiva por parte do Estado, na medida em que também possuem custos econômicos de efetivação e garantia institucional.

O autor complementa seu argumento ao afirmar que as Constituições tipicamente liberais ainda apresentam por normas as declarações de direitos consagradas no século dezoito. Tais Constituições possuem como marca justamente os ideais liberais da Revolução Francesa. Em seu argumento,

> *suas fórmulas já não correspondem exatamente à consciência jurídica do universo. A inflexibilidade individualista dessas cartas, imortais, mas não imutáveis, alguma coisa tem de ceder (quando lhes passa já pelo quadrante o sol de seu terceiro século) ao sopro da socialização, que agita o mundo (Idem, p. 181)*

Em suma, ao passo que o direito liberal-burguês enfatiza a igualdade formal dos homens e a mínima interferência do Estado nos conflitos privados, a perspectiva social do direito privilegia a busca da igualdade material dos homens, já que *o Estado deve tratar os homens desiguais desigualmente de modo a torná-los iguais concretamente*. Trata-se de uma concepção altamente influenciada pela ideia de *vontade geral* de Rousseau, pois pressupõe a consideração da sociedade na formulação de decisões e políticas estatais, e de *solidariedade social* de Durkheim, pois pressupõe que a associação dos indivíduos deva ser pautada por mecanismos de cooperação. Nesta linha, a concepção social do direito toma como referência a sociedade em sua mais concreta expressão, de modo a possibilitar uma inserção igualitária dos indivíduos no seio social. O direito público passa a ter predominância sobre o direito privado, e o interesse da sociedade sobre o dos indivíduos, pois o movimento de publicização do direito implica, em certa medida, um processo de sua própria socialização.

Tal movimento em defesa da positivação de direitos sociais apresenta, ainda, conexão interdisciplinar com outras ciências que estabelecem uma reflexão crítica da sociedade, tais como a sociologia e a antropologia. A incorporação destas outras perspectivas permitiu que os valores liberais-burgueses fossem, cada vez mais, desnaturalizados e justificados somente em relação a uma sociedade historicamente determinada. Ou seja, ocorre uma verdadeira relativização de valores que eram outrora vistos como universais e unívocos. Em decorrência disto, os direitos passam a ser lidos numa lógica coletivista, adquirindo novos sentidos e ampliando seu alcance social. O direito à saúde, por exemplo,

> *pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como — e esta a dimensão mais problemática — impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetiva-*

> *ção deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem com a saúde, tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde. (Sarlet, 2002)*

Para além da perspectiva da constitucionalização dos direitos ao longo da história, se construiu em seu âmbito uma reflexão sobre a aplicabilidade das normas constitucionais que, no Brasil, foram amplamente debatidas por Silva (1993) e Barroso (2006). Silva realiza uma tipologia das normas constitucionais ao defini-las a partir de três espécies no que concerne à sua aplicabilidade: normas de eficácia plena; normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena seriam aquelas que o constituinte dotou de normatividade suficiente para que produzam todos os seus efeitos. Assim, não necessitariam de leis ou outras normas que as regulamentem para que possam gerar efeitos de forma plena. Seriam de aplicabilidade imediata — ou autoaplicáveis — porque possuem todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. Tais normas podem ser submetidas diretamente à apreciação jurisdicional, pois possuem a força normativa necessária à sua aplicação.

A segunda espécie de normas consiste nas normas de eficácia contida. Assim como as de eficácia plena, as normas de eficácia contida possuem força normativa suficiente para sua aplicação independentemente de elaboração de normas infraconstitucionais que as regulamentem. Entretanto, essas diferem daquelas pela competência, atribuída pelo legislador constituinte, que o legislador decorrente possui para limitar ou reduzir sua aplicabilidade. Isso significa que as normas de eficácia contida são aquelas em que é facultado ao legislativo editar normas que limitem sua eficácia. Sua eficácia seria plena na ausência de norma que a limite.

Por fim, Silva sustenta a existência de normas constitucionais de eficácia limitada, que se divide em duas modalidades: normas de princípio institutivo e normas de princípio programático. As duas se caracterizam pela necessidade de normatividade ulterior para produzir seus efeitos. As de princípio institutivo são aquelas que a Constituição determina condições gerais para a criação de instituições, de modo que o legislador as estruture e regulamente por meio de normas específicas. As de princípio programático são as normas em que o constituinte incorpora princípios para que determinados interesses sejam posteriormente regulados pelo legislador.

Barroso, por sua vez, também distingue as normas constitucionais em três categorias no que concerne à sua efetividade, quais sejam: normas constitucio-

nais de organização; normas constitucionais definidoras de direitos e normas constitucionais programáticas. As normas de organização são destinadas à ordenação dos poderes estatais, à criação e estruturação de entidades e órgãos públicos, à distribuição de suas atribuições, bem como à identificação e aplicação de outros atos normativos. A eficácia de tais normas é imediata, ou seja, possuem um efeito imediato das situações jurídicas que enunciam.

A segunda espécie de normas consiste nas definidoras de direitos, que tratam de atribuir aos cidadãos os direitos fundamentais. Importante no que rege as normas definidoras de direitos é a criação de um direito subjetivo, que, segundo Barroso, seria dotado de três características essenciais:

a) ao direito sempre corresponde um dever jurídico;

b) o direito é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir seu dever;

c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular mecanismos judiciais para exigir-lhe o cumprimento.

Por fim, as normas programáticas caracterizariam as atribuições realizadas pelo legislador constituinte ao legislador decorrente e ao administrador quanto aos objetivos a serem perseguidos pelo Estado. Tais normas não possuem efetividade imediata quanto aos objetivos enunciados, mas ensejam a inconstitucionalidade dos dispositivos que atuem a seu texto e princípios implícitos, além de exigirem a interpretação constitucional conforme seu sentido.

Uma vez apresentada a tipologia de ambos os autores, é fundamental situar as normas relativas à saúde nesta discussão. Daniel Sarmento salienta que poucos temas do direito constitucional têm sido tão debatidos nos últimos anos como a eficácia dos direitos sociais de caráter prestacional. Segundo o autor, "a jurisprudência nacional é extremamente rica nesta questão, e o Brasil é hoje certamente um dos países com o Judiciário mais ativista na proteção de tais direitos" (Sarmento, 2008, p. 553).

Ao disciplinar a matéria, a Constituição de 1988 afirma, em seu artigo 6º, que são "direitos sociais a educação, a saúde, [...] na forma desta Constituição" (Brasil, 1988) e, posteriormente especifica, em seu artigo 196, que a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (Idem)

O texto constitucional possui múltiplas significações no tocante à atribuição da saúde como um direito subjetivo de aplicabilidade imediata, pois,

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 52 19/10/11 10:33

ao mesmo tempo em que há referência a tal natureza, há também um caráter programático contido na redação do artigo 196. Na análise de Sarmento,

> *Até então, o discurso predominante na nossa doutrina e jurisprudência era o de que os direitos sociais constitucionalmente consagrados não passavam de normas programáticas, o que impedia que servissem de fundamento para a exigência em juízo de prestações positivas do Estado. As intervenções judiciais neste campo eram raríssimas, prevalecendo uma leitura mais ortodoxa do princípio da separação dos poderes, que via como intromissões indevidas do Judiciário na seara própria do Legislativo e do Executivo as decisões que implicassem em controle sobre as políticas públicas voltadas à efetivação de direitos sociais (Sarmento, 2008, p. 553)*

Por conta dessa multiplicidade, o Supremo Tribunal Federal atribuiu diversas naturezas distintas ao dispositivo, sem, contudo, negar efetividade às suas normas. Sob o argumento de que se trata de um serviço de relevância pública, o STF reforçou sua eficácia imediata e independente da existência de normas infraconstitucionais da saúde. Tal caracterização tem como implicação a exigibilidade judicial desse direito, cabendo ao julgador a definição do conteúdo da norma.

O direito à saúde, em virtude de seu atributo de direito fundamental, recebeu a qualificação de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, recebeu do poder constituinte força normativa suficiente para sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. Na análise de Ana Paula de Barcellos, ao se tratar da eficácia jurídica dos comandos constitucionais que tratam do direito à saúde, deve-se reconhecer que "há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição" (Barcellos, 2008, p. 803). Indo além, tal reconhecimento "significa que os poderes constituídos estão obrigados a colocar à disposição das pessoas tais prestações, seja qual for o plano de governo ou a orientação política do grupo que, a cada momento, estiver no poder" (Idem).

O caráter pleno de eficácia de uma norma diz respeito à ideia de que, desde a entrada em vigor da Constituição, tais normas produzem, ou têm a possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais relativos aos interesses, comportamentos e situações, que o constituinte direta e normativamente quis regular, sendo garantida a existência de um aparato jurídico-institucional para sua efetivação[25].

25 Nesta perspectiva, a ideia de aplicabilidade se torna ampla num contexto democrático-constitucional. Na análise de Sueli Dallari, "a Lei Maior da República estipulou critérios para que a saúde seja corretamente determinada em seu texto. Assim, vinculou sua realização às políticas sociais e econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados, não só à sua recuperação, mas também à sua promoção e proteção. Em outras palavras, adotou-se o conceito que engloba tanto a ausência de doença quanto o bem-estar,

1.5. Concretização do direito fundamental à saúde e participação social

Ao se debruçar sobre o debate acerca dessas diversas constitucionalizações de direitos, notadamente os associados às perspectivas liberal e social, Norberto Bobbio alerta que a questão central dos direitos sociais não reside somente na forma por meio da qual são justificados (liberais ou sociais), mas sim na forma por meio da qual são efetivamente protegidos. Nesta perspectiva, ganham destaque os mecanismos institucionais de efetivação de direitos, principalmente os de natureza judicial. Com isso, não se trata mais de discutir a apenas importância ou pertinência desses direitos, mas sim a forma mais adequada de implementá-los, sobretudo no tocante aos direitos de aplicabilidade imediata, a exemplo da saúde. Da mesma forma,

> *não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (Bobbio, 1992, p. 25)*

Partindo desta assertiva, surgem algumas indagações importantes acerca da implementação e garantia de direitos sociais e coletivos no Brasil: quem estipulará a forma pela qual as pessoas se tornarão materialmente iguais? Quais os indivíduos legítimos para isso? Quem detém a legitimidade para dizer e avaliar em que medida os homens são desiguais? A resposta foi encontrada no próprio seio social, pois somente a sociedade poderia indicar as deficiências e os problemas das ações do Estado, já que é a sociedade que sofre diretamente as suas consequências. A partir daí, ganhou força o discurso de uma terceira dimensão da igualdade que vai além da *igualdade formal* ou da *igualdade material*, que é a *igualdade de participação*. E esta participação se desenvolve em espaços públicos abertos a qualquer cidadão, que não se reduzem ao mero exercício do voto na medida em que pressupõem uma postura ativa dos cidadãos na formulação, execução e fiscalização de políticas públicas.

No caso da saúde, este direito se apresenta, de forma concomitante, como:

a) um direito *individual,* pois é pertencente a cada indivíduo e não pode ser violado pelo Estado, ensejando uma abstenção deste em relação à realização de qualquer prejuízo à saúde do cidadão;

---

enquanto derivado das políticas públicas que o têm por objetivo, seja apenas a política, seja sua implementação, traduzida na garantia de acesso — universal e igualitário — às ações e serviços com o mesmo objetivo" (Dallari, 1995, p. 30).

b) direito *social,* pois diz respeito à esfera pública e deve ser objeto de políticas sociais, ensejando uma ação do Estado para a redução de desigualdades e a efetivação de direitos;

c) direito de *participação,* pois pressupõe a participação popular de forma ativa.

O conjunto destas três dimensões remete à ideia do direito à saúde como um *direito de cidadania*. Inclusive, cumpre ressaltar que mesmo o termo *cidadania* talvez não seja suficiente para exprimir o alcance do direito à saúde no Brasil, que foi configurado constitucionalmente de forma ainda mais ampla. Cidadania advém da ideia de cidadão, ou seja, de um vínculo jurídico-político entre o indivíduo e o Estado. Porém, somente os cidadãos brasileiros teriam direito à saúde? Os estrangeiros não possuem qualquer direito individual, social ou de participação em saúde? O artigo 5º, *caput*, da Constituição estabelece que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida" (Brasil, 1988). Ou seja, tanto os brasileiros quanto os estrangeiros que estejam em território brasileiro[26] são titulares do direito à saúde, o que denota que este direito vai além do próprio sentido contido na ideia de cidadania.

Assim, a classificação mais apropriada para o direito à saúde seria que este consiste num direito fundamental[27], estendido, inclusive, a cidadãos e a não-cidadãos. Este direito fundamental deve ser implementado não somente de forma passiva, já que é possível a participação perene e contínua da sociedade civil desde sua formulação até a execução e fiscalização. A *cidadania civil* — originária das constituições burguesas — preconiza que o cidadão participe do Estado por meio do voto; a *cidadania social* — originária dos direitos de participação — preconiza que os indivíduos (cidadãos ou não) participem do Estado por meio do voto *e* de instâncias contínuas de participação.

Com isso, esse arranjo permite se deslocar de uma perspectiva formalista, pois estimula a incorporação de espaços públicos em que os interesses e concepções divergentes são traduzidos, democraticamente, em consensos que devem ser objetivados em políticas públicas concretas. Inserem-se nesta concepção de

26 Na doutrina jurídica e na própria jurisprudência predomina em larga escala a interpretação de que o termo "residentes" engloba estrangeiros que *moram* no Brasil e estrangeiros que estejam *transitando* no Brasil.

27 Alguns autores, como Dallari *et al.*, afirmam que "a saúde pública não se caracteriza como interesse difuso, mas como uma liberdade pública ou direito subjetivo público" (Dallari *et al.*, 1996). Ou seja, é um direito que o Estado jamais poderá restringir. É um direito do indivíduo intangível pelo Estado e que, simultaneamente, configura um dever do Estado para sua efetivação mediante políticas públicas que devem englobar a participação social.

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 55 19/10/11 10:33

cidadania participativa, em virtude do arcabouço jurídico-institucional brasileiro, os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde.

Assim, é possível afirmar que a democracia participativa não se reduz à mera representação política, pois adota como pressuposto a ideia de que a democracia não deve se encerrar no voto ou no procedimento eleitoral. A democracia se faz no cotidiano das práticas dos atores sociais; ou seja, a democracia participativa pressupõe a existência de *espaços públicos de participação* nos quais estejam presentes representantes e representados com igualdade de voz e voto. Como fio condutor, observa-se um cenário em que democracia deva ser provida de mecanismos de participação contínua da população no processo de formulação, promoção e fiscalização das políticas públicas. Em decorrência disto, a legitimidade das decisões no âmbito da saúde seria constituída no próprio corpo social, já que as decisões realizadas nesses espaços públicos contariam com a deliberação daqueles que vivem e conhecem as mazelas e avanços de um serviço público.

Nesta lógica, pode-se observar que, em ambas as perspectivas de democracia (representativa e participativa), há esferas representativas. Entretanto, na democracia participativa ocorre uma ampliação da noção de participação política quando se refere à sociedade civil. Mais precisamente,

> *Na elaboração da tipologia, a representação conjuga três elementos: o* representado*, sempre pessoas cuja vontade se consubstancia de maneira em maior ou menor grau direta e concreta (voto, reclamo, petição), ou de maneira necessariamente indireta e abstrata (nação, tradição, bem comum); o* representante*, intermediário e guardião dos interesses do representado, cujo papel descansa em graus diversos de institucionalização, de autorização e de obrigatoriedade para com os representados; o* lócus*, a um só tempo instancia onde a representação é exercida e interlocutores perante os quais se exerce — notadamente o poder público, mas não só.*
>
> *Neste caso, em que as figuras da representação política tradicional resultam inadequadas, o representado tende a coincidir com os beneficiários, por vezes delimitados em termos bastante amplos — "excluídos", "pobres", "comunidade", "cidadãos" —; o representante corresponde à organização civil investida de tal status por autodefinição; e o lócus, especificado apenas de maneira implícita na maior parte dos argumentos, via de regra se concentra no poder público e, com menor frequência, em outras instancias e perante outros interlocutores societários (Lavalle, Houtzager e Castello, 2006, p. 50)*

Na verdade, o que difere numa e outra perspectiva é a forma por meio da qual as decisões são tomadas. Num nível sociológico, a democracia repre-

sentativa encontra fundamento na lei, cujos pressupostos encontram respaldo no princípio da legalidade e da representação. A democracia participativa, por outro lado, é embasada no corpo social, isto é, naqueles que vivem o cotidiano das instituições. Seus pressupostos, então, advêm da sociedade e da participação perene desde a formulação até a execução e fiscalização das políticas de saúde.

Uma outra diferença reside no seguinte: a democracia representativa é realizada por meio de uma *representação concentrada*, a qual se divide nos Poderes Executivo e Legislativo. A democracia participativa é realizada por meio de uma *representação pulverizada*, na medida em que os espaços públicos de participação são inúmeros e heterogêneos e, por esse motivo, são mais capilares e sensíveis às peculiaridades locais. Os representantes na democracia participativa são membros de uma comunidade específica e, portanto, vivenciam de forma mais próxima as práticas dos atores envolvidos na política pública de sua localidade. Ademais, na democracia participativa, quem não é representante também tem direito de voz e voto, ou seja, a representação é uma mera forma de organização e distribuição de atribuições na dinâmica do espaço público.

No caso da saúde, observam-se duas instâncias de participação: os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde. Para fins de análise, observemos os sentidos de cada uma delas que estão presentes na publicação *SUS de A a Z: garantindo saúde nos municípios*, de autoria do Ministério da Saúde em conjunto ao CONASEMS (Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde). De acordo com esta publicação, os Conselhos de Saúde

> *são órgãos colegiados deliberativos e permanentes do Sistema Único de Saúde (SUS), existentes em cada esfera de governo e integrantes da estrutura básica do Ministério da Saúde, das secretarias de Saúde dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com composição, organização e competência fixadas pela Lei nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990. Atuam na formulação e proposição de estratégias, e no controle da execução das políticas de Saúde, inclusive em seus aspectos econômicos e financeiros. Suas decisões devem ser homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído, em cada esfera de governo. As regras para composição dos Conselhos de Saúde são, também, estabelecidas no texto legal, devendo incluir representantes do governo, prestadores de serviços, trabalhadores de saúde e usuários, sendo a representação dos usuários paritária (50%) em relação ao conjunto dos demais segmentos. A criação dos Conselhos deve ser objeto de lei ou decreto, em âmbito municipal ou estadual. O Conselho Nacional de Saúde (regulado pelo Decreto n° 99.438 de 1990) estabeleceu recomendações para constituição e estruturação dos Conselhos estaduais e municipais de Saúde, quais sejam: garantia*

> *de representatividade, com a escolha dos representantes feita pelos próprios segmentos; distribuição da composição, sendo 50% usuários, 25% para trabalhadores de saúde e 25% para gestores e prestadores de serviços; eleição do presidente entre os membros do Conselho. Os conselheiros são indicados pelas entidades a que pertencem, mediante discussão ampliada entre os pares ou outras entidades e movimentos afins. Recomenda-se, ainda, que não haja coincidência de mandatos entre membros dos Conselhos e governantes, como forma de minimizar as possibilidades de rupturas bruscas nas políticas implementadas. Desde a edição das Leis Orgânicas da Saúde (Leis n° 8.080 de 19 de setembro de 1990 e nº 8.142 de 28 de dezembro de 1990), a existência e o funcionamento dos Conselhos de Saúde são requisitos exigidos para a habilitação e o recebimento dos recursos federais repassados "fundo a fundo" aos municípios. Essa exigência foi reforçada pela Emenda Constitucional nº 29/00. (Brasil, 2005, p. 63)*

As Conferências de Saúde, por sua vez, foram criadas na Era Vargas com o propósito de reunir os atores relacionados aos serviços públicos de saúde em um fórum comum. Então, em sua origem, não pressupunham a participação ampla e direta da comunidade (Ex.: 7ª Conferência Nacional de Saúde, em 1979). Principalmente com a 8ª Conferência, na década de 1980, tais encontros adquiriram um caráter mais democrático, no sentido de que todos passaram a ter a possibilidade ampla de acesso e participação nas discussões. As Conferências de Saúde consistem em

> *espaços institucionais destinados a analisar os avanços e retrocessos do SUS e propor diretrizes para a formulação de políticas de Saúde em níveis correspondentes. São vitais para o exercício do controle social, pois estabelecem diretrizes para a atuação dos Conselhos de Saúde nas três esferas de governo. As decisões sobre as políticas públicas de Saúde, elaboradas nos Conselhos, são expostas durante as conferências, quando é criada uma agenda para sua efetivação. As conferências nacionais são construídas de maneira descentralizada, iniciando-se nas conferências municipais de Saúde. As conferências nacionais de Saúde devem ocorrer a cada quatro anos, com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de Saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de Saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. (Idem, pp. 58-59)*

Para ser mais explícito no argumento, é necessário o recurso a dois tipos ideais: o do representante eleito para exercer *mandato legislativo* no Congresso Nacional e o do representante eleito para exercer *gestão* no Conselho de Saúde

de um determinado posto de saúde[28]. O representante do Legislativo, a princípio, não necessariamente conhece ou vivencia *de dentro* os desafios relativos ao campo da saúde pública no Brasil; e se o conhece, sua atuação, em muitos casos, só poderá ser feita de uma forma geral por meio de normas abstratas ou dependentes de políticas estatais amplas.

Mais especificamente, dois aspectos reduzem a sensibilidade deste representante às questões da saúde, sobretudo no âmbito local. Em primeiro lugar, em geral, estes representantes possuem um médio ou alto poder aquisitivo, o que reduziria sua assiduidade na utilização dos serviços e ações do Sistema Único de Saúde. Mesmo que o utilizem, em sua maioria só o fizeram pontualmente. Em segundo lugar, e principalmente, tais representantes são responsáveis pela formulação de leis que incidem em todo o território nacional, que se aplicam a todas as pessoas e casos (leis gerais ou abstratas). Tais leis produzidas não são capilares a ponto de resolver mazelas específicas de uma determinada comunidade ou de desenvolver ações focalizadas nas demandas dos contextos locais brasileiros.

O representante do conselho, por sua vez, é conhecedor daquela realidade específica porque faz parte dela em seu cotidiano também como usuário. Logo, as suas ações terão mais eficácia em um nível microssocial, pois, além de ser um representante da comunidade, ele também é usuário daquele serviço público de saúde. Assim, a ação do *representante do conselho* visa justamente conferir aplicabilidade, eficácia e efetividade à ação geral e abstrata do *representante do Congresso*. De fato, são ações complementares, e não antagônicas; pois quanto maior o nível de representação, menor a capilaridade da ação, necessitando-se, assim, de representantes *cada vez mais locais* para consolidar e concretizar garantias e direitos *cada vez mais gerais*[29]. Assim, no caso específico da saúde, surge a defesa de que este direito seja, sempre que possível, definido e efetivado num nível local e a partir de mecanismos e estratégias definidos neste nível. O argumento é que somente a comunidade

> *pode decidir quanto deve privilegiar a liberdade em detrimento da igualdade ou qual a limitação da liberdade justificada pelo imperativo da igualdade [...] O Município, poder local autônomo no Brasil, é a esfera ideal para assegurar o direito à saúde porque, além do que já foi dito, tem personalidade jurídica pública para responsabilizar-se. Pode-se, portanto, definir a saúde,*

28 Não é por acaso que utilizei os termos "mandato legislativo" e "gestão" para diferenciar a atuação dos dois tipos de representantes. Essa "gestão", por sua vez, não se confunde com a gestão desempenhada pelos administradores das políticas públicas do Estado: os gestores. É uma "gestão" relativa ao tempo em que aquele "mandato" para o conselho é válida.

29 Esse raciocínio também pode ser aplicado para analisar a relação institucional entre o Poder Executivo e os Conselhos.

> *o conteúdo do direito à saúde e a responsabilidade por sua garantia no Município. (Dallari, 1988)*

No caso da saúde, as deliberações e os consensos das Conferências locais são levados às municipais; as deliberações e os consensos das Conferências municipais são levadas às estaduais; e as deliberações e os consensos destas, por sua vez, são levadas à Conferência nacional. Reflete-se, aqui, o mesmo nível de representação da democracia representativa. Porém, em cada instância representativa existe uma instância participativa correspondente. Portanto, pode-se dizer que a importância da democracia participativa em relação à democracia representativa consiste em:

a) conferir eficácia às normas e ações abstratas e gerais emanadas dos níveis de representação superiores a partir de uma maior aproximação com o cotidiano da comunidade;

b) atuar de forma conjunta às instâncias representativas por intermédio de instâncias participativas cujas ações são definidas de acordo com as demandas de instâncias participativas de nível inferior.

Esse arranjo institucional tem permitido travar um debate sobre a outra dimensão da saúde, que consiste no *dever* do Estado em implementar por meio de políticas públicas esse *direito*. De fato, o momento da efetivação do direito é acompanhado do momento de responsabilização dos indivíduos, isto é, ao se tratar da temática sobre como efetivar o direito à saúde, considera-se também quais os *responsáveis juridicamente* por essa concretização. A princípio, a ideia de *dever do Estado*, em termos literais, estabelece o imperativo de um *Estado-ativo*, que atua positivamente na efetivação de direitos por meio de políticas públicas. Na saúde, destacam-se as políticas de prevenção e tratamento de usuários com HIV, as políticas de combate a epidemias e, ainda, as políticas de tratamento dos mais diversos tipos de câncer.

Por outro lado, talvez ainda seja pouco expressivo tratar como *dever do Estado* a dimensão do *imperativo de ação* que a saúde possui na experiência brasileira. O arcabouço jurídico-institucional que aqui foi constituído nos evidencia um sistema de *corresponsabilização* na efetivação do direito à saúde, em que os titulares deste direito também possuem algum grau de *dever e responsabilidade social* em sua implementação. Porém, não se trata de um dever meramente formal que se constitui como tal em virtude do simples fato de constar na legislação a necessidade de participação social. Trata-se, de fato, de um dever ressignificado, que não reduz sua fonte à mera regra jurídica, pois se constitui

como um *dever republicano* que exige a participação ativa dos cidadãos desde a formulação até a execução das políticas de saúde.

Em um sentido bem inicial e sem qualquer pretensão de exaurir a temática, o atributo denominado "republicano" remonta à clássica composição por justaposição entre as palavras *res* (coisa) e *publica* (pública). A união dessas palavras exprime a ideia de que há algo existente na dimensão do público que não se confunde com a dimensão privada e, por isso, recebe uma forma diferenciada de ser tratada enquanto assunto de Estado. E quando se pensa numa atitude republicana, admite-se, de antemão, que os cidadãos, em alguma medida, influem e participam do processo decisório no âmbito dessas políticas públicas. Porém, isso não necessariamente se apresenta como um *dever* dos cidadãos, mas sim como um atributo de cidadania.

Em algumas experiências, o que se observa é que a caracterização da participação também como um dever não se sustenta somente com a mera previsão legal. De fato, o imperativo que subjaz ao dever de participação no âmbito da saúde é de outra ordem, na medida em que são os titulares desse direito que surgem como atores proeminentes na definição de políticas das quais eles próprios são destinatários posteriormente. Desta forma, a configuração de um *dever republicano* enseja uma dupla-compreensão:

a) a mudança da ideia de *Estado-ativo* para a de *cidadãos-ativos* que possuem jurídica e socialmente a possibilidade de influir legitimamente nos rumos das políticas de saúde no Brasil;

b) a mudança para a perspectiva de que o conteúdo do que é construído enquanto direito à saúde só receberá substantivação social na medida em que os seus próprios titulares participem da arena decisória.

Se, numa perspectiva clássica, o direito de um corresponde ao dever de outro, ou seja, o direito de um é o limite do dever de outro em efetivar tal direito, nesse contexto o direito possui, inerente à sua configuração, um dever, o que caracteriza uma dupla-dimensão em sua natureza, tal qual uma *moeda de duas faces*.

Nessa perspectiva republicana, todo direito enseja um dever de seu titular para consigo próprio e a sociedade. Com isso, ao se constituir a participação na saúde como um *dever republicano*, estabelece-se um patamar ético-político de atuação da sociedade civil e, em especial, dos Conselhos de Saúde. Muito mais do que meros participantes, os Conselhos se configuram como veiculadores de demandas sociais que, por princípio, são construídas na interface dos usuários do SUS com profissionais de saúde, membros da gestão e instituições jurídicas.

Isso reforça a ideia de que, para além de titulares do direito à saúde, os cidadãos possuem um papel decisivo em seu desenvolvimento, o que amplia a dimensão republicana de seu dever de participação, fiscalização e execução das políticas públicas no Brasil.

Nesse sentido, no cenário contemporâneo, a discussão sobre a efetivação de direitos e, em especial, do direito à saúde tem sido realizada na órbita da relação entre Estado e sociedade e, pela outra via, da relação entre instituições jurídicas e sociedade. Os avanços nestas relações — no sentido não somente da compreensão dos principais desafios na efetivação de direitos, mas também na própria concepção sociojurídica dos limites e possibilidades de sua realização — têm sido objeto de reflexão no início deste século por diversos estudiosos.

A efetivação dos direitos previstos na Constituição nos indica, parafraseando Habermas (1992a), que *algo está mudando no horizonte do direito*. Mas ao tratar de mudanças, devemos entender em que sentido elas operam *no* direito, ou *pelo* direito e, simultaneamente, em que sentido elas operam no *conteúdo valorativo do direito*, ou apenas em sua *estrutura formal*. O que significa a *mudança* e a *forma de sua operacionalização* encontra tensões e desafios quando pensamos este processo no âmbito do direito, sobretudo porque, tradicionalmente, sua perspectiva comporta a leitura dos fatos socais em termos binários de "sim" e "não", "certo" e "errado", "melhor" e "pior" etc. Ao se pensar no direito à saúde, por exemplo, não seria suficiente apenas reconhecer sua *topografia jurídica* na Constituição. Com isso, o referencial não seria mais o *texto*, mas a *ação concreta*, que permite uma reflexão sobre o *direito vivo em ato*, ganhando relevo a atuação das instituições jurídicas e, em especial, do Ministério Público.

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 62 19/10/11 10:33

CAPÍTULO II
Ministério Público e juridicização das relações sociais

2.1. O Ministério Público e sua singularidade no Brasil

O direito à saúde, enquanto direito fundamental, se insere na categoria dos chamados direitos de titularidade difusa e coletiva[30]. Em virtude da natureza destes direitos, no Brasil se consolidou o que se comumente denomina de *litigância de interesse público*[31], que comporta a ideia de que os direitos não se restringem às meras partes individuais, na medida em que são de titularidade de grupos e coletividades. Em linhas gerais, Ingo Sarlet sustenta que tais direitos "trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo, como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)" (Sarlet, 2001, p. 52). São, assim, novas facetas do princípio da dignidade da pessoa humana, que traduz a ideia de que "o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal" (Idem, p. 103). Logo, para além dos direitos individuais, existem direitos que dizem respeito à humanidade, ao grupo como um todo, a uma coletividade. O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu diversos atores estatais e não-estatais com possibilidade de atuar na efetivação destes direitos. Dentre os principais atores que atuam nesta concretização, recebem destaque o Poder Judiciário e, principalmente, as instituições que compõem as denominadas *funções essenciais da justiça*.

---

30 Os direitos *coletivos* e *difusos* são metaindividuais porque atingem grupos que têm algo em comum, e não pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo delimitado de pessoas. O direito ao meio ambiente, por exemplo, é um direito desta natureza, pois não diz respeito a uma pessoa singular ou a um grupo específico, mas a toda a humanidade, sob pena de ser visto como um privilégio. Há, ainda, a presença no ordenamento jurídico de *direitos individuais indisponíveis*, que existem desde a constituição da personalidade humana, sendo seus titulares identificáveis uma vez pertencentes a uma coletividade. Mais precisamente, são direitos individuais, mas não podem ser renunciados pelo seu titular, como o direito à vida e o direito à dignidade.

31 Para uma análise minuciosa do panorama de *litigância de interesse público* no Brasil, com foco especial na atuação do Ministério Público, ver Rogério Arantes (2002), Eduardo Ritt (2002) e Cássio Casagrande (2008).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 63 19/10/11 10:33

No Poder Judiciário — que é a instituição estatal responsável pela atividade jurisdicional de resolução de conflitos — reina a máxima latina *nemo iudex sine actore*, ou seja, *não há juiz sem autor*. Essa máxima evidencia que o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio. O ordenamento jurídico brasileiro possui princípios que reforçam esta perspectiva e traduzem garantias para a inércia judicial, a exemplo do princípio do *juiz natural*[32] e o princípio da *inércia da jurisdição* ou do *impulso oficial*[33]. Ambos remetem à ideia de um poder estático que só age quando for chamado ao litígio por meio de provocação das partes.

Com isso, foram construídas instituições dinâmicas para a garantia de direitos que não se submetem a uma perspectiva estática ou condicionada à provocação, na medida em que podem agir de maneira espontânea. Tais instituições compõem as chamadas *funções essenciais da justiça,* que consistem naquelas "atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal" (Silva, 1993, p. 506) em virtude de sua atuação juridicamente estática. Estas funções, tais como a Advocacia Pública e a Defensoria Pública[34], encontram-se descritas nos artigos 127 a 135 da Constituição de 1988, recebendo destaque a presença os princípios atinentes ao Ministério Público.

Em linhas gerais, o MP é uma instituição dinâmica de garantia e efetivação de direitos, haja vista não precisar ser provocado para atuar em prol de sua

32 O *princípio* do juiz *natural* — expressamente previsto no art. 5º, XXXVII e LIII da CRFB — tem como conteúdo não apenas a prévia definição do órgão investido de poder jurisdicional de decisão sobre a causa (vedação aos tribunais de exceção, por exemplo), mas também a própria garantia de justiça material, isto é, a independência e a imparcialidade dos juízes (impossibilidade de escolher o juiz ao qual será distribuída a ação, por exemplo). Os referidos dispositivos jurídicos versam o seguinte: "Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVIII — não haverá juízo ou tribunal de exceção (...); LIII — ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (Brasil, 1988).

33 O *princípio da inércia da jurisdição* — expressamente previsto no art. 2º do Código de Processo Civil — determina que o início do processo, em regra, seja somente por iniciativa das partes. Assim, faz-se necessária a petição inicial, que é o documento pelo qual o autor invoca a prestação jurisdicional e, a partir disso, o processo é regido por meio do *impulso oficial* provocado pelas partes no órgão jurisdicional. O referido dispositivo jurídico versa o seguinte: "Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais" (Brasil, 1973).

34 A Defensoria Pública consiste num serviço de assistência judiciária que visa possibilitar o acesso de hipossuficientes (pessoas menos favorecidas financeiramente) aos seus direitos. Presta, assim, serviços de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos. Logo, as demandas da Defensoria Pública são de caráter individual, ao passo que as demandas do Ministério Público dizem respeito a um grupo determinado ou indeterminado de pessoas, ganhando caracteres coletivos.

concretização. Principalmente em relação aos direitos prestacionais, isto é, direitos que exigem a atuação do Estado para concretizá-los por meio de políticas públicas, a possibilidade de agir independentemente de provocação possibilitou ao MP ocupar um espaço singular no plano da efetivação de direitos. No caso da saúde, a título de exemplo, a falta de medicamentos nos postos, a insuficiência de leitos nos hospitais, os custos dos tratamentos de alta complexidade e as deficiências nas políticas públicas se constituem como desafios e problemas sensíveis. Tais problemas, em virtude de sua forte associação ao direito à vida, primam por soluções céleres, o que amplia a relevância da atuação do Ministério Público nessa seara.

No Brasil, o MP recebeu um perfil distinto não só em relação ao regime constitucional anterior, mas também em relação a qualquer configuração constitucional já existente. O novo arranjo criado em 1988 permitiu uma nova configuração das instituições jurídicas e das competências e atribuições que lhes seriam inerentes para a efetivação de direitos. Nesse contexto, o MP passou a exercer papel central na defesa da sociedade, sobretudo no que concerne aos direitos sociais[35].

Diante dessas mudanças, o papel que foi atribuído ao MP também passou a se diferenciar da atuação do Judiciário, na medida em que o Ministério Público, segundo Celso Bastos, tem " sua razão de ser na necessidade de ativar o Poder Judiciário, em pontos em que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade" (Bastos, 1996, p. 123). Entretanto, a diferenciação de funções não ensejou uma diferenciação das garantias jurídicas que foram atribuídas a ambos. A despeito de serem instituições com estratégias e possibilidades de ação distintas, os seus membros possuem as mesmas garantias institucionais que possibilitam uma atuação mais independente de ambos na efetivação de direitos. Na análise de Cássio Casagrande,

> *a independência conferida pela Assembleia Nacional Constituinte ao Judiciário e ao Ministério Público foi o resultado da necessidade de, após anos de arbítrio, se confiar a estes órgãos a tutela das liberdades públicas e dos direitos fundamentais, já que no regime autoritário muitas vezes os juízes não puderam garantir os direitos civis justamente pela falta de independência, tendo o Ministério Público, não raro, atuado como instituição garantidora da eficácia das normas que sustentavam o regime militar (Casagrande, 2008, p. 56)*

35 A Advocacia Geral da União, por sua vez, foi destinada para a defesa do Estado federal, ao passo que a defesa das Unidades da Federação coube às Procuradorias dos Estados e a assistência judicial aos necessitados às Defensorias Públicas.

De fato, não são triviais as garantias processuais e materiais que se consolidaram com a Constituição no que concerne ao exercício das funções do membro do Judiciário e do MP, a exemplo das seguintes:

a) a impossibilidade de serem removidos da comarca ou órgão no qual atuam;

b) a impossibilidade de terem seus subsídios reduzidos administrativamente ou legalmente;

c) a independência funcional para decidirem de acordo com seu livre convencimento (no caso dos juízes) ou de acordo com o interesse público do fato social (no caso dos promotores).

Daí, ganha relevante sentido a afirmação de Eduardo Ritt, qual seja: "o Ministério Público ocidental é filho da democracia e do Estado de Direito, o Ministério Público brasileiro, especificamente, é fruto e necessidade do Estado Democrático de Direito" (Ritt, 2002, p. 125). Inserido numa lógica de defesa da sociedade, o MP surge como um ator privilegiado no processo de consolidação da democracia no Brasil.

A Constituição de 1988 se dedica especificamente ao MP entre os artigos 127 e 130, estabelecendo uma série de diretrizes e normas gerais de funcionamento e atuação desta instituição no âmbito dos direitos sociais e coletivos. De acordo com a Constituição, o Ministério Público é uma instituição permanente, que se caracteriza por ser essencial à função jurisdicional do Estado. A Carta ainda prevê a incumbência do MP na defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses individuais indisponíveis e dos interesses coletivos e difusos. Da mesma forma, a Lei 8625/93 — denominada *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* — também estabelece, em seus oitenta e quatro artigos, as garantias, deveres e responsabilidades dos membros desta instituição em suas ações cotidianas no processo de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas no Brasil.

Com isso, para o exercício de suas atribuições, o MP — denominado em outros países como *Parquet* — é uma instituição autônoma e, consequentemente, não se encontra submetido a nenhum dos três Poderes que compõem tradicionalmente o Estado. Alguns autores, inclusive, chegam a cogitar a possibilidade de associar o MP à ideia de um *quarto poder*, ao passo que outros autores o associam à ideia de um *contrapoder*. Seguramente, se trata de uma das legislações institucionais mais inovadoras do mundo, porque situou o *Parquet* fora da subordinação ou direção de quaisquer dos Poderes, mantendo, porém, uma similitude com o Poder Judiciário, pois estabeleceu princípios e garantias comuns àquelas aplicáveis ao referido Poder e aos seus juízes.

Como dito, esse arranjo institucional diferencia o MP brasileiro de qualquer congênere estrangeiro, que ora o situam dentro do Poder Judiciário, ora dentro do Poder Executivo e, consequentemente, sem a autonomia e independência que lhe foi determinada constitucionalmente. O ordenamento jurídico brasileiro tratou das seguintes garantias específicas do MP:

a) autonomia que lhe permita, em sua plenitude, o livre exercício de sua missão de promover e fiscalizar o respeito, pelos poderes públicos e pelos jurisdicionados, da Constituição e das leis;

b) instrumentos jurídicos nas áreas judicial e extrajudicial;

c) meios funcionais e materiais para a efetivação de direitos, que variam desde o aporte de recursos para diligências até os instrumentos jurídicos de efetivação;

d) posição orçamentária definida que seja capaz de produzir as condições necessárias ao desempenho de suas atribuições;

e) garantia de estabilidade e de inamovibilidade em termos de lotação e exercício;

f) competência exclusiva para iniciativa de leis que digam respeito à organização e disciplina da instituição.

Deste modo, para realizar suas atribuições de maneira eficaz, há uma divisão de funções para que cada espécie de Ministério Público fique responsável por uma área ou temática de atuação. No âmbito da saúde, tendo em vista a competência concorrente e a responsabilidade solidária de todos os entes da federação em sua efetivação, são as atuações do Ministério Público Estadual (MPE) — fiscalizando Municípios e a Unidade da Federação — e do Ministério Público Federal (MPF) — fiscalizando a União — que ganham relevo. Mas, em termos gerais, por que o MP desempenha papel tão relevante no cenário da efetivação de direitos? Em termos específicos, qual sua relevância institucional para o direito à saúde num contexto de crescente judicialização da política?

2.2. Por que o Ministério Público?

Quando se trata da relevância institucional que o *Parquet* recebeu no ordenamento jurídico brasileiro, é preciso admitir que as estratégias de efetivação de direitos ensejam uma perspectiva dialógica. Isso implica reconhecer que a construção de direitos passa pelo próprio cotidiano das práticas dos diversos atores sociais. Bobbio, por exemplo, sustentou que os direitos nascem de modo gradual, ou seja, "não todos de uma vez e nem de uma vez por todas" (Bobbio,

1992, p. 5). Os direitos, portanto, não nascem por "bondade" dos governantes, na medida em que são conquistas árduas e legítimas da sociedade civil no cotidiano de suas práticas. Já em Marx se observa que os direitos não são uma "dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração" (Marx, 2003b, p. 32). Neste sentido, apresenta-se a relação entre, de um lado, o surgimento e o desenvolvimento dos direito sociais e, de outro, a transformação da sociedade e dos sentidos que os direitos adquirem nas mais variadas práticas sociais.

Mais precisamente, a afirmação de novos direitos requer a constituição de sujeitos ativos que, em alguma medida, influem e participam do processo de sua efetivação, seja diretamente por meio de espaços públicos, seja indiretamente por meio de mecanismos de representação. No âmbito do direito à saúde, como visto no capítulo anterior, se observa uma ampla possibilidade de participação da sociedade civil nesse processo, associado, ainda, a uma ampla garantia institucional e jurídica que norteia esse direito como, simultaneamente, um *dever republicano*. Daí o reconhecimento de que a saúde é um direito fundamental,

> *aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física. (Sarlet, 2002)*

Nesse contexto, a garantia dos direitos (sendo o principal o direito à vida) se constitui como verdadeira premissa para qualquer sociedade democrática. Mais especificamente, o direito à saúde se revela como condição fundamental para o exercício dos demais direitos sociais, em virtude de sua forte relação com o direito à vida digna. Sem a possibilidade de desenvolver uma vida saudável, o exercício de direitos como trabalho, lazer, educação, liberdade, e outros, se encontra reduzido ou, até mesmo, fisicamente impossível.

Da mesma forma, o processo de desenvolvimento e efetivação de direitos não parece possível sem compromissos democráticos explícitos em torno da redução da desigualdade social, o que certamente implica no fortalecimento da sociedade civil e de suas formas de organização e associação. Tal característica, como visto no capítulo anterior, é observada no âmbito

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 68 19/10/11 10:33

da saúde que é, conforme Felipe Machado (2006), um dos mais politizados e conta com maior presença de grupos da sociedade civil organizada e da comunidade participando e pressionando por seus interesses e demandas. Isso implica em considerar as estratégias de efetivação deste direito, bem como os desafios de acesso aos mecanismos judiciais de garantia. Na análise de Ruben de Mattos, os sujeitos e grupos sociais na saúde, "sentindo-se privados de seu direito ao acesso ao serviço de que supostamente necessitam, acionam judicialmente o Estado. Juízes, procuradores e advogados passam a emitir juízos sobre quais são as necessidades de saúde em um caso concreto" (Mattos, 2005, p. 36).

A problemática do acesso à justiça, em linhas gerais, diz respeito aos limites e possibilidades de acesso dos cidadãos aos mecanismos estatais de resolução de conflitos, principalmente o Judiciário, ensejando uma reflexão crítica sobre este Poder e suas formas de organização e funcionamento. Uma das principais indagações que têm sido realizadas consiste na seguinte: diante da presença de obstáculos econômicos, sociais e culturais e de um Judiciário incapaz de absorver determinados conflitos coletivos referentes a direitos sociais, como pensar em estratégias de efetivação de direitos que deem conta da permanente judicialização dos conflitos? Mais precisamente, diante de uma *explosão de litigiosidade*, principalmente da década de 1990 em diante, como pensar o papel do Judiciário que, cada vez mais, conforme sustenta Antoine Garapon (1996), tem se configurado como um "muro das lamentações" de cidadãos em busca de seus direitos?

Algumas pesquisas, dentre as quais se destaca a coordenada por Maria Tereza Sadek (2004), têm demonstrado que a crítica ao Judiciário têm se baseado em três aspectos, quais sejam:

a) a percepção de que a justiça teria se transformado em questão crítica e problemática por amplos setores da população, da classe política e dos operadores do Direito;

b) a considerável diminuição no grau de tolerância da sociedade civil em relação à baixa eficiência do sistema judicial;

c) o aumento da corrosão no prestígio e confiabilidade do Judiciário.

Com isso, apresentam-se questões relevantes para a identificação de sucessos e falhas na implementação e efetivação de direitos, inclusive do direito à saúde. Na saúde, a perenidade do conflito, contradição e resistência entre estes atores constitui-se como condicionante de seu êxito como uma política de Estado, e o Judiciário exerce papel relevante neste processo.

Contudo, outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos que visam, em maior ou menor grau, se afastarem da estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços têm estabelecido estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres, pois visam, em certa medida, atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. No âmbito dessas novas esferas estatais, o Ministério Público desempenha papel fundamental, pois promove uma reflexão que pode situar os direitos como práticas concretas que atendam a critérios substanciais de justiça e cidadania. Esta instituição tem buscado ainda, como será visto, conferir algum grau de legitimidade democrática às decisões alocativas de recursos públicos em saúde, exercendo um protagonismo decisivo nesta seara.

Nesse contexto de judicialização da vida, o MP se constitui como um alicerce e referencial para a garantia de direitos e, em especial, da saúde. Surgem, então, questões sobre os motivos pelos quais o MP se constitui desta forma. Ou, mais precisamente, que arranjo institucional permite ao *Parquet* ocupar esse papel tão vital na defesa de direitos supraindividuais?

Como visto anteriormente, o MP é uma instituição autônoma e, portanto, não se encontra vinculado aos mecanismos clássicos de poder estatais, o que possibilita uma atuação mais independente e efetiva em prol da efetivação do direito à saúde. Além disso, os membros do MP possuem formação jurídica e ocupam esse cargo em virtude de seleção por concurso público de provas e títulos. Portanto, o MP é uma instituição em que os membros não são eleitos, cuja legitimidade advém de um procedimento racional-legal de seleção e recrutamento, com base em critérios, diretrizes e normas que buscam conferir respaldo jurídico à sua atuação.

De fato, o que se observa é um órgão independente, emancipatório e autônomo, cuja legitimidade advém da Constituição por procedimento de seleção e recrutamento meritocrático dos concursados. De certo, essa legitimidade formal constitui apenas uma faceta que possibilita a ação do MP, o que abre caminho para uma legitimidade material, concreta, que se ampara em seu atributo de instituição dinâmica de garantia e efetivação de direitos, principalmente de cunho social.

No âmbito da saúde, principalmente no período pós-constituinte brasileiro, o MP tem se configurado como um eficaz articulador na resolução de conflitos e definição de políticas públicas, buscando conjugar esse direito constitucionalmente garantido às práticas sociais. Esta instituição jurídica tem se mostrado fundamental para superar o hiato existente entre direitos existentes e a realidade

desigual ou, mais propriamente, entre o *mundo do direito* e o *mundo dos fatos*, valendo-se da estratégia de *publicização*[36] e *efetivação*[37] de direitos. Assim, o MP

> *não pode ser absenteísta, que assiste aos fatos sociais sem neles intervir, eis que o resgate da função social do Direito e da função social-comunitária do Ministério Público passa por seu processo de intervenção nas questões sociais relevantes. É isto que lhe trará a necessária legitimação da sociedade. Não basta, pois, a legalidade formal, constante na Constituição, dando poderes à Instituição. A legitimidade advém de nossa ação cotidiana. Não é demais repetir o que se diz na Ciência Política e na Teoria Geral do Estado: a legalidade vem de cima; a legitimidade vem de baixo (Ritt, 2002, p. 195)*

De uma forma específica, o MP tem atuado no sentido de fiscalizar a Administração Pública e de exercer uma função de mediação de conflitos, com vistas à sua resolução imediata, o que permite seu destaque no cenário da garantia de direitos. Segundo Rogério Arantes,

> *O argumento é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais. Uma sociedade "hipossuficiente" no jargão jurídico. Além disso, frequentemente é o próprio poder público quem mais desrespeita esses direitos fundamentais. Dessa equação resulta a proposta, de natureza instrumental, de que "alguém" deve interferir na relação Estado/sociedade em defesa dessa última. Instrumental no sentido de que não é para sempre: pelo menos no plano imediato,* no momento*, "alguém" tem de tutelar os direitos fundamentais do cidadão até que ele mesmo, conscientizado pelo exemplo da ação de seu protetor, desenvolva autonomamente a defesa de seus interesses. Essa visão do papel do MP e da Justiça é confirmada pela maioria dos integrantes da instituição [...] que o Ministério Público deve promover a conscientização da sociedade brasileira. (Arantes, 1999, p. 18)*

Nessa mesma linha, Casagrande salienta que os membros do MP mais engajados na defesa dos interesses coletivos e difusos "costumam justificar suas posições no entendimento de que a sociedade civil se apresenta 'frágil e desorganizada', cabendo-lhes a missão histórica de preencher esse 'vácuo'" (Casagrande,

36 A ideia de *publicização de direitos* diz respeito à preocupação dos membros do MP em atuar na ampliação e no incentivo às práticas de socialização do conhecimento sobre os direitos por parte da população, ganhando destaque a produção de cartilhas, manuais e, até mesmo, propagandas radiotelevisivas. Segundo Machado, Pinheiro e Guizardi (2005) residiria nesta atuação o *papel pedagógico* do MP.

37 A ideia de *efetivação de direitos* significa que o MP tem o importante atributo de tornar o direito garantido formalmente na lei um direito concreto, um direito efetivamente exercido pelos seus titulares e, portanto, não passível de restrição discricionária pelo Estado.

2002, p. 32). Ambas as perspectivas anteriores reforçam uma ideia tutelar em certa medida compartilhada pelos membros do MP em relação à sociedade civil.

Seguramente, essa leitura deriva da própria formação histórica e social da sociedade civil brasileira. No Brasil, uma das principais perspectivas teóricas que se consolidaram sustenta a ideia de que o Estado se constituiu como o *locus* de movimento e a sociedade o *locus* da passividade. Mais especificamente, o Estado se apresenta aos indivíduos mais como um "pai" do que como uma "ameaça" tal qual a perspectiva liberal-clássica o concebeu. Ao longo da história brasileira, diversos estudiosos se debruçaram sobre o tema, e a intenção aqui não reside em realizar uma incursão nas diversas matizes teóricas do pensamento sociopolítico brasileiro, mas sim de evidenciar alguns traços constitutivos de nossa sociedade que, em alguma medida, influem na concepção tutelar compartilhada pelos membros do MP.

A análise de Justiniano José da Rocha a respeito do período de reação (momento posterior à ação e anterior à transação), por exemplo, aponta alguns fatores relevantes. Segundo o autor, a influência da localidade nos rumos do país desapareceu no Império: "tudo partiu do governo, tudo ao governo se ligou, o governo foi tudo, e tanto que hoje não há Brasileiro que mil vezes por dia não manifeste a convicção de que a sociedade está inerte e morta, de que só o governo vive" (Rocha, 1956, p. 212). Também Alberto Torres assume tal perspectiva, ao enfatizar que as democracias modernas, em verdade, "são negações da autoridade dinástica: não são organizações da sociedade livre" (Torres, 1982, XII).

De fato, foi nos momentos em que mais o Estado interveio que a sociedade mais se movimentou, não porque houve um processo social endógeno de mobilização, mas sim porque o movimento foi desencadeado a partir do próprio Estado ou tendo como referencial o Estado. Euclides da Cunha, em certo sentido, traz o relato dessa mobilização a partir do Estado ao analisar a chegada da família real ao Brasil, pois esta teria possibilitado que, pelos mais diversos pontos do país, se irradiasse "a influência governamental com uma intensidade que nunca mais se desenvolveu em toda a nossa existência" (Cunha, 2006, p. 157).

Neste contexto, é amplo o debate sobre a influência do Estado no cotidiano das práticas sociais, seja administrativamente, seja politicamente. A tese de Raymundo Faoro sobre a influência do pensamento político português ganha relevo, pois o autor ressalta que o Estado português que se transplantou para o contexto brasileiro promoveu uma valorização da figura do rei em detrimento da figura do povo. Isso teria produzido efeitos sociais consideráveis no que concerne ao exercício da cidadania nos séculos seguintes. O argumento gira em torno da constatação de que o "ator da história seria o rei, não o povo, como já in-

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 72 19/10/11 10:33

sinuava a inteligência europeia, por intermédio da soberania popular nascente e dentro da tese do poder transmitido por Deus por meio da mediação do povo" (Faoro, 1994, p. 25). Além disso, na medida em que o súdito seria "o membro obediente da monarquia, sem resistência, passivamente obediente" (Idem, p. 25), temos a perspectiva de que qualquer incremento na dimensão dos direitos ou na cultura cívica seria realizada a partir do Estado, e não da sociedade. Em outras palavras, a *mudança social* seria operada pela *mudança estatal*, pois seria primordialmente pela via do Estado que se desenvolveria a sociedade.

Na perspectiva de José Murilo de Carvalho, a organização político-administrativa que se desenvolveu nos séculos posteriores aponta que os "os vários grupos que buscavam em modelos republicanos uma saída para a monarquia acabavam dando ênfase ao Estado, mesmo os que partiam de premissas liberais" (Carvalho, 1998, p. 96). Esta ênfase levou, posteriormente, ao que o autor denominou de "longa tradição estatista" do país. Assim, temas como *vontade geral*, *democracia*, *participação e espaços públicos* só fariam sentido se inseridos numa lógica que adotasse o Estado como centro, de modo a desempenhar o papel de principal organizador do exercício da cidadania e dos direitos.

De fato, a inserção dos indivíduos "na política ocorria se dava mais pela porta do Estado do que pela afirmação dos direitos do cidadão. Era uma inserção que se chamaria com maior precisão de estadania" (Idem, pp. 96-97). O termo *estadania*, inaugurado por Carvalho, tem considerável potencial semântico e heurístico deste traço característico da cultura cívica brasileira, que é marcada muito mais pela passividade da sociedade civil do que por sua forte atuação na efetivação, construção e garantia de direitos. *Direitos*, então, são vistos como *favores* concedidos pelo Estado: é a *cidadania* dando lugar à *estadania*. Ao analisar o Estado Novo, Francisco Campos enfatiza a presença desta perspectiva ao sustentar que "não há hoje um povo que não clame por um César" (Campos, 1940, p. 24), o que denota que, mesmo anos após a Proclamação da República, ainda não havia uma sociedade civil emancipada e efetivamente ativa na construção de direitos. Na análise de Jessé de Souza (2006), isso seria a chave para se pensar a constituição de um *habitus precário* característico das sociedades periféricas[38].

As pesquisas desenvolvidas por Arantes e Casagrande evidenciam o diagnóstico dos membros do MP a respeito desta questão, principalmente porque os seus participantes enfatizaram o dever institucional do MP de zelar e tutelar essa sociedade que, a princípio, se encontraria numa posição desigual em relação ao Estado. Daí, se torna fundamental discutir a ampliação do círculo de intérpretes dos direitos, além da própria ampliação de seu círculo de garantidores,

38 Para uma análise da relação entre cidadania no Brasil e efetivação de direitos, ver Asensi (2007).

que se desenvolveram a partir da inserção do MP no âmbito da efetivação do direito à saúde e da implementação das políticas públicas que lhes são correlatas.

2.3. Ministério Público e novos efeitos de atuação

Uma vez inserido numa lógica em que o Estado exerce papel fundamental na organização da sociedade, e admitindo a possibilidade de atuar em prol da efetivação de direitos de forma contundente, os membros do MP compreendem sua atuação como voltada fundamentalmente para a defesa da sociedade. Algumas pesquisas[39], que foram desenvolvidas a partir da década de 1990 no Brasil, apontam para uma perspectiva relativamente compartilhada entre os membros do MP: uma vez consolidado o papel constitucional de defensores dos direitos dos cidadãos, busca-se justamente constituir um *locus* de veiculação de demandas sociais que ganha corporificação jurídica por meio da atuação do MP.

As próprias transformações jurídicas e institucionais pelas quais passou o MP ao longo da história brasileira apontam para um aperfeiçoamento desta instituição, ora situada no âmbito do Poder Executivo, ora constituída de maneira independente, a exemplo do que ocorreu a partir de 1988. Além disso, observa-se um processo crescente de valorização da carreira sob o ponto de vista salarial, político e institucional, o que amplia a visibilidade da atuação dos membros do MP na garantia dos direitos.

O protagonismo que essa instituição passou a exercer no período pós-constituinte possibilitou o debate sobre o sistema de *checks and balances* tradicional. Este sistema pressupõe uma perspectiva de três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), que são mutuamente controláveis e controladores das suas medidas, ações e diretrizes. O marco constitucional brasileiro privilegiou a interpenetração desses poderes, constituindo um ambiente de *separação com controle*. São exemplos típicos dessa interpenetração:

a) a possibilidade do veto do Presidente da República a uma lei aprovada pelo Congresso Nacional;

b) a necessidade do Presidente da República ser julgado pelo Congresso Nacional no caso de crimes de responsabilidade;

39 Dentre essas pesquisas, podemos destacar: *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*, realizada pelo Idesp com Rogério Arantes *et al.*; *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, realizada pelo Iuperj/AMB, com Luiz Werneck Vianna *et al.*; *Estudo multicêntrico sobre o direito à saúde: as relações entre espaços públicos, sociedade e Ministério Público,* realizado pelo Lappis/Uerj com Roseni Pinheiro *et al.* Em linhas gerais, ainda se destacam as reflexões do Instituto Virtual, *A democracia e os três poderes no Brasil*, firmadas entre a Faperj e o Iuperj, com Werneck Vianna *et al.*

c) as ações diretas de controle de constitucionalidade que podem ser impetradas no STF em caso de lei que fira preceitos constitucionais;

d) a composição do STF, que é realizada mediante nomeação do Presidente da República e aprovação do Senado Federal; etc.

Tais pesquisas têm demonstrado que o novo papel atribuído ao MP tem possibilitado um *desbalanceamento* do tradicional sistema de equilíbrio republicano entre os Poderes, já que permite a participação decisiva desta instituição no processo de formulação, fiscalização e efetivação de direitos, apesar de não ser propriamente vinculada aos clássicos Poderes estatais.

Indo além, Casagrande aponta que o arcabouço jurídico-institucional de que dispõe o MP permite a configuração de um novo equilíbrio no sistema de repartição de Poderes, na medida em que sua atuação "muitas vezes contribui para a atualização da agenda legislativa ou pode até mesmo corroborar a implementação de políticas públicas quando o Executivo se mostra sem força suficiente para fazê-lo" (Casagrande, 2008, p. 23). Com isso, o protagonismo do MP na esfera dos direitos coletivos, com especial destaque para o direito à saúde, tem sido numa lógica de *equilibrar desequilibrando*. Na saúde, são diversas as ações do MP nessa seara, sobretudo no que concerne ao desafio do fornecimento de medicamentos e, no setor privado, à negativa de alguns planos de saúde em fornecer alguns serviços pelos quais foram contratados.

Nesse contexto de crescimento político e institucional do MP, alguns autores (Arantes, 2002; Casagrande, 2008) têm debruçado suas reflexões sobre a atuação dessa instituição partindo do princípio de que haveria uma *ideologia do Ministério Público*. Tal ideologia, em certa medida, orientaria as suas práticas no cotidiano do direito e, em especial, no âmbito das políticas públicas. Arantes dedicou especial atenção ao tema ao sustentar que o MP, em virtude dessa configuração jurídico-institucional, possui como ideologia o *voluntarismo político*.

A ideologia do voluntarismo político traduz uma determinada postura política do MP diante da sociedade civil e dos Poderes do Estado: "ocupar e reduzir o espaço vazio existente entre sociedade e Estado, decorrente da fragilidade do nosso tecido social e do desempenho pífio do nosso sistema político representativo" (Arantes, 2002, p. 119). Arantes, ao refletir sobre os resultados de sua pesquisa, salienta que o voluntarismo do MP ocorre sob a influência de três dimensões associadas, quais sejam:

a) a ausência ou reduzida substância social e participativa das decisões políticas;

b) a passividade da sociedade civil em relação à efetivação de seus próprios direitos e;

c) as insuficiências estruturais do sistema representativo brasileiro.

A articulação dessas dimensões — associada à própria independência funcional que foi determinada constitucionalmente no Brasil —, tem possibilitado a proeminência do MP enquanto defensor da sociedade. Isso tem permitido, inclusive, a ampliação da *comunidade de intérpretes* dos direitos previstos em lei, e o binômio *incapacidade dos titulares/indisponibilidade de direitos* é o agente mobilizador de suas ações.

Entretanto, essa perspectiva de uma sociedade passiva e uma instituição pró-ativa não exprime a complexidade dos arranjos institucionais que podem advir dessa relação. Alguns autores (Machado, 2006; Asensi e Pinheiro, 2006a e 2006b) têm refletido justamente sobre como a relação entre sociedade e MP potencializa a efetividade das ações na garantia de direitos e, em especial, do direito à saúde. Segundo esta perspectiva, a aproximação entre esses atores afasta a ideia — a princípio reducionista — do MP como mero representante dos interesses de uma sociedade inerte, e produz novas formas de pensar e investigar os arranjos jurídico-institucionais que podem produzir.

Na saúde, com o incremento da comunidade de intérpretes, a atuação destes novos agentes é representativa de uma tendência de mudança do paradigma de cidadania vigente — caracterizada pela mera delegação eleitoral — para uma participação ativa nos rumos das políticas públicas em saúde. No que concerne a essa temática, é de interesse à análise dessa nova forma de participação o papel representado pelos seguintes atores institucionais:

a) o sujeito empenhado na materialização do direito à saúde: o Conselho de Saúde;

b) o sujeito canalizador dessa reivindicação: o Ministério Público;

c) o sujeito responsável pela execução das políticas públicas de saúde: o membro da gestão de saúde e;

d) o sujeito avaliador da legitimidade da ação desencadeada pelos dois primeiros sujeitos contra o terceiro: o Poder Judiciário.

A estratégia privilegiada de disputa de tais agentes por novas reivindicações tem incidido justamente sobre o campo do direito, que tem oferecido garantias efetivas na luta pela superação das contradições entre os direitos constitucionais, até então abstratos e formalmente previstos, e as práticas concretas das políticas públicas de saúde.

Machado *et al* (2006) observam que, na saúde, o MP fundamenta suas atividades em torno de dois eixos:

a) a fiscalização dos gestores e prestadores de serviço, seja diretamente, seja indiretamente;

b) a mediação de conflitos entre os atores envolvidos no campo da saúde, inclusive entidades representantes de classe (Conselhos de medicina, de farmácia, de enfermagem etc.) e outras associações da sociedade civil (GAPPA, Associação de Renais Crônicos, de Obesos, dos Donos de Farmácia etc.).

Os Conselhos de Saúde têm sido os principais parceiros na atuação do MP em algumas localidades, a exemplo da experiência de Porto Alegre, que será analisada no capítulo seguinte. Segundo Machado *et al* (2006), existem vantagens para ambos os lados advindos deste espaço de mútua cooperação: ao mesmo tempo em que se enriquece de recursos jurídicos a atuação dos Conselhos, estes reforçam a legitimidade da ação do MP na defesa dos direitos coletivos por meio de demandas sociais.

Além disso, a presença do MP junto às instâncias de participação da sociedade civil as qualifica, sobremaneira, tanto em termos simbólicos, quanto em termos práticos. A pesquisa dos autores acima mencionados demonstra que a atuação dos Conselhos frente aos gestores se torna mais consistente e efetiva em virtude da autoridade que lhes é investida por um representante do MP. Ao incorporar táticas, técnicas, enunciados, saberes e a lógica de compreensão e de atuação específica do campo da saúde no exercício de suas atribuições, os Conselhos não apenas alteram seu modo de abordar problemas e de propor soluções, mas, principalmente, tornam-se aptos a ensejar novas questões e estratégias de ação por meio de uma *autoridade emprestada*. Casagrande também observou essa questão ao sustentar que

> *as associações não recorrem ao Ministério Público apenas porque é 'mais cômodo' e economicamente menos custoso. Isto não deixa de ser verdade, mas é preciso considerar também que do ponto de vista da disputa política, obter a concordância do Ministério Público do modo a que este encampe em sua agenda uma determinada reivindicação significa poder contar com uma agência do Estado na defesa de seus interesses. Ou, em outras palavras, poder contar com o apoio do Ministério Público é um recurso de incremento de seu 'poder de fogo' (Casagrande, 2008, p. 118)*

Por outro lado, Machado *et al.* (2006) ainda salientam que as ações do MP, sejam na fiscalização dos gestores e prestadores de serviços, sejam no intuito de

mediar conflitos nas demais instâncias da saúde, seriam infrutíferas se não fosse a contribuição dos conselheiros de saúde. Observa-se, logo, que o MP, longe de apenas encontrar nos Conselhos a legitimação de sua autoridade, também encontra ali espaço, meios e objetos definidos para sua atuação.

De fato, em sua aliança com os conselheiros de saúde, o MP tem ampliado largamente suas possibilidades de ação, na medida em que, como antes mencionado, esse arranjo permite ao membro do MP perceber de forma mais consciente as especificidades de uma dinâmica social que antes, por sua perspectiva distanciada, lhe parecia abstrata. Por esta razão, os membros do MP têm vislumbrado outras estratégias para a solução de conflitos existentes entre os gestores e os conselheiros de saúde. Além disso, partindo dessa compreensão, têm alterado substancialmente sua própria prática de intervenção. Nesse sentido,

> *é preciso distinguir portanto, que eventual 'modernização' da sociedade e do Estado, decorrente da atuação do Ministério Público, não tem significado de uma organização alienadora, 'de cima para baixo', já que as novas arenas de litigância de interesse público oferecem às demandas da população meios de expressão e canais de comunicação com o sistema político representativo em sentido exatamente oposto, ou seja, de baixo para cima: os conflitos sociais 'judicializados' acabam criando 'fluxos de deliberação' que permeiam todo o sistema político. A função do Ministério Público neste sistema, como se viu ao longo do trabalho, é a de um filtro ordenador e racionalizador de demandas, potencializando a ação de coletividades na defesa de interesses sociais amparados pela Constituição (Casagrande, 2008, p. 283)*

A partir dessas novas configurações, observa-se que a sociedade civil tem muito mais a ofertar ao MP do ponto de vista jurídico e institucional do que se pode imaginar. A investidura de um certo poder simbólico pela sociedade articulada à investidura de uma certa legitimidade social pelo MP tem possibilitado arranjos institucionais que ampliam a incorporação de caracteres sociais na construção de sentidos e efetivação de direitos. Estes arranjos reforçam, sobremaneira, a atuação de ambos os atores do ponto de vista político e institucional.

De fato, a *institucionalização do conflito social* não enseja, necessariamente, a leitura literal de que a sociedade não atua em prol da efetivação de seus direitos. E, em alguns arranjos específicos, é a própria sociedade o *locus* de ação e definição de estratégias e possibilidades reais da concretização jurídica, apesar de ainda haver um imaginário tutelar por parte de alguns membros do MP e, em particular, dos próprios usuários do sistema de saúde. Nesse contexto de

complexidade, surgem novas estratégias de resolução de conflitos e efetivação de direitos, o que enseja o debate sobre a judicialização da política e das relações sociais na saúde.

2.4. Ministério Público e judicialização

As reflexões contemporâneas no campo do direito têm se voltado para a relação que se estabelece entre norma e realidade social. Tais estudos buscam sistematizar as reflexões sobre a efetividade das normas no mundo da *praxis*. Como visto no capítulo anterior, a necessidade de extrapolar a *letra da lei* se origina, entre outros motivos, da própria inserção no campo do direito de outras ciências (sociologia, antropologia, ciência política etc.), as quais propunham uma reflexão sobre o direito de forma interdisciplinar, crítica, problematizante, histórica e não-dogmática. Isso permitiu desencadear um processo de *estranhamento* das instituições jurídicas por meio de uma reflexão científica. Além disso, ainda se destaca, nesta mudança de paradigma, a perspectiva pós-positivista do direito, que busca inserir o debate sobre valores e princípios no campo do direito e incorporar aspectos axiológicos em seu interior.

No tocante à sociologia do direito, é possível dizer que busca originariamente analisar e esmiuçar problemas com relação à efetividade da norma estatal no seio social com vistas a responder à seguinte pergunta: em que medida as normas jurídicas recebem adesão dos atores em seu cotidiano? Posteriormente, com o incremento da pluralidade de fontes normativas não-estatais e com a constatação de diversos problemas referentes ao acesso à justiça, observa-se uma sociologia que se preocupa não somente com a efetividade da *norma já produzida*, mas também com os contextos da *norma em produção*. Esta compreensão não mais é baseada na adesão pura e simples dos atores à norma estatal, mas também nas condições de produção de normas estatais e não-estatais, que recebem influência direta de relações de poder. Neste sentido, a sociologia passa a não somente se preocupar com a efetividade da norma em particular (reflexão *post hoc*), mas também com os próprios contextos de produção da norma estatal (reflexão *ante hoc*) e de produção de normas não-estatais (reflexão *ad hoc*).

Para além das reflexões sobre as normas que são produzidas pelos indivíduos em sociedade, esse campo de saber ainda tem buscado, em certa medida, realizar o que se comumente denomina como *sociologia das instituições jurídicas*. Esta perspectiva busca realizar uma reflexão científica sobre os próprios pressupostos, ações e estratégias que são desenvolvidos no interior das instituições que o mundo do direito cria para lidar com os conflitos sociais. Tribunais,

promotorias, defensorias, e outros órgãos têm sido frequentemente objeto de estudo pelos cientistas sociais e juristas, alguns dos quais se dedicam à pesquisa e reflexão do que se denominou de *judicialização da política* e das *relações sociais*.

A expressão *judicialização da política* recebeu atenção não só no Brasil, mas também em todo o mundo. Apesar de se consolidar enquanto perspectiva teórica e analítica principalmente a partir da década de 1990 no Brasil, os estudos de judicialização da política demonstram que não se trata de um tema tão recente no mundo. Principalmente em países de tradição *common law*, em que o Judiciário possui um alto grau de possibilidade de influenciar na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, os estudos sistemáticos sobre a judicialização remontam ao início do século XX. No Brasil, tais estudos receberam amplo difusão a partir das pesquisas de Werneck Vianna *et al.* (1999), que buscaram, por meio de uma análise empírica, pensar as implicações deste processo no cenário de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas.

Apesar de se tratar de uma expressão que denota a ideia de interpenetração entre política e justiça, a perspectiva da *judicialização da política* não é homogênea. De fato, não há um consenso entre os autores em relação:

a) aos métodos e técnicas de investigação da interpenetração entre política e justiça;

b) aos pressupostos analíticos e categoriais de pesquisa e investigação empírica;

c) aos referenciais teóricos de coleta e análise dos dados;

d) ao grau e escala de investigação.

Na análise de Javier Couso (2004), a judicialização da política

> *é um fenômeno multifacetado e que reveste distintas significações, dependendo da modalidade de qual se trata, assim como do contexto em que se desenvolve. De fato, difere substancialmente dependendo do que se produz a propósito das cortes constitucionais que se dedicam ao desenho e implementação de políticas públicas (como nos Estados Unidos), ou ao propósito dos casos de persecução da corrupção política (como na Itália). Mesmo assim, a dinâmica da judicialização varia significativamente dependendo de se ocorrer no contexto de democracia consolidadas ou democracias emergentes (Couso, 2004, p. 30)*

Uma breve análise de alguns estudos que tomam como referencial a ideia de *judicialização da política* evidencia a heterogeneidade de perspectivas e correntes teóricas sobre o tema: Francisco Segado (1993) realiza uma análise his-

tórica e comparada deste fenômeno sob a perspectiva constitucional; Stone Sweet (1999) busca refletir sobre o movimento de judicialização e sua relação com a governança; Shalini Randeria (2007) busca, por meio de uma análise antropológica, pensar o fenômeno da judicialização numa escala nacional e trans-nacional; Ran Hirschl (2008) busca realizar uma análise internacional, partindo pressuposto de que não se trataria de um fenômeno puramente nacionalizado. São alguns exemplos que não esgotam o debate, tampouco são representativos do mesmo, mas evidenciam a pluralidade de perspectivas e enfoques de análise para a temática da judicialização.

No Brasil, também se observa essa heterogeneidade em relação aos quatro aspectos elencados acima. Luiz Werneck Vianna & Marcelo Burgos (2005) se apropriam dessa perspectiva para pensar as ações civis públicas propostas perante o Judiciário pelos diversos atores sociais e políticos; Ernani Carvalho (2004) e Vanessa Oliveira & Ernani Carvalho (2005) buscam realizar uma discussão teórica sobre os limites e possibilidades de se pensar o fenômeno no Brasil; Marcelo Mello & Delton Meirelles (2006) realizam uma análise empírica da cultura legal do cidadão do município de Niterói servindo-se da perspectiva da sociologia jurídica; Casagrande (2008) se serve da abordagem metodológica de Werneck Vianna & Burgos para pensar o papel do MP a partir de alguns casos específicos de judicialização da política. Além disso, uma análise minuciosa sobre algumas dessas pesquisas foi realizada em estudo recente de Werneck Vianna, Burgos e Salles (2006) sobre os dezessete anos de judicialização da política no Brasil, que deu continuidade ao trabalho inaugurado por Werneck Vianna *et al.* (1997) e consubstanciou perspectivas teóricas e análises empíricas relevantes para pensar a temática no país.

A despeito das variações de perspectivas e pressupostos metodológicos de investigação da ideia de judicialização, é possível delinear alguns atributos que permeiam, em alguma medida, os diversos aportes aqui brevemente esboçados. Em linhas gerais, o fenômeno traduz a assertiva de uma "invasão do Direito sobre o social" (Werneck Vianna, Burgos e Salles, 2006, p. 3), ou seja, o surgimento do protagonismo do Judiciário na efetivação de direitos, principalmente de cunho social e coletivo. Uma vez que se encontra sem o referencial explícito das instituições políticas tradicionais — tais como os partidos políticos —, o cidadão se voltaria ao Judiciário como estratégia de mobilização de recursos e argumentos para a defesa e conquista de direitos. Com isso, "a nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle de constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do Judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou" (Idem, p. 4).

Um sentido bastante simples da ideia de judicialização da política diz respeito ao papel que o Judiciário passou a desempenhar nas sociedades contemporâneas como agente ativo na implementação de políticas públicas e efetivação de direitos. Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a ideia de Montesquieu de que o Judiciário seria apenas a "boca da lei", ou seja, sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito. Nesta perspectiva, a discussão sobre a legitimidade do direito enseja seu reconhecimento enquanto norma jurídica exterior aos indivíduos, mas que se encontra, em certa medida, obrigatória e construída *a priori* por eles como *leis entre partes*. Sendo uma lei entre partes previamente constituída, caberia ao Judiciário apenas expressar essa lei, sem qualquer prerrogativa de mudança de seu conteúdo ou ampliação de sua titularidade a outros indivíduos.

Essa visão de um Judiciário *passivo* e *mudo* foi objeto de críticas teóricas e empíricas, que foram recebendo ampla adesão ao longo do século XX. No cenário contemporâneo, o que se observa é a transformação de "Poder 'mudo' a Terceiro Gigante"[40] (Werneck Vianna *et al.*, 1997, p. 39), sobretudo a partir da mútua influência entre direito e política, que foi possível em razão de uma série de fatores. Principalmente pelos mecanismos de controle de constitucionalidade de leis, o Judiciário passou a fazer parte da formulação das mesmas juntamente ao Legislativo e, com a ampliação dos instrumentos processuais — tais como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade —, passou a exercer controle direto nas ações do Executivo e exercer papel

40 Na análise de Luiz Werneck Vianna *et al.*, "neste meio século que nos distancia do último conflito mundial, os três poderes da conceituação clássica de Montesquieu se têm sucedido, sintomaticamente, na preferência bibliográfica e da opinião pública: à prevalência do tema do Executivo, instância da qual dependia a reconstrução do mundo arrasado pela guerra, e que trouxe centralidade aos estudos sobre a burocracia, as elites políticas e a máquina governamental, seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, pelo chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida — Justiça" (Werneck Vianna *et al.*, 1997, p. 24). A respeito do tema, Giselle Cittadino afirma: "a ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas" (Cittadino, 2003, p. 17). Ao refletir sobre o protagonismo do Judiciário, Matthew Taylor sustentou: "é amplamente reconhecido que, embora o Judiciário não possua 'nem a bolsa nem a espada' —, ou seja, nem os poderes orçamentários do Legislativo nem os poderes coercitivos do Executivo —, ele tem um considerável poder político como depositário da fé pública nas regras do jogo. O Judiciário desempenha um papel central na determinação e aplicação de princípios tanto constitucionais quanto ideais, tais como o Rechstaat ou état de droit" (Taylor, 2007, p. 248).

proeminente na efetivação de direitos. Com isso, a política passou a fazer parte do mundo do direito, o que ensejou transformações consideráveis nos sentidos, ações, competências e atribuições das instituições jurídicas. No contexto brasileiro, a leitura de Werneck Vianna *et al.*, por exemplo, denota que o protagonismo do Judiciário é "menos o resultado desejado por esse Poder, e mais um efeito inesperado da transição para democracia, sob a circunstância geral [...] de uma reestruturação das relações entre o Estado e a sociedade" (Idem, p. 12).

Não obstante, a relevância institucional do Judiciário no Brasil e, por consequência, na saúde, não se reduz ao âmbito da política. Num contexto *welfareano* em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, impor um dever de agir ao Executivo, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado para resolver conflitos, efetivar direitos e implementar políticas públicas. A ideia de neutralidade — associada à timidez institucional que o Judiciário expressava nos contextos anteriores — passou a ser questionada em prol de uma atuação pró-ativa. O resultado desse processo se expressa na ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais que lhes foram atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei.

Nesse contexto, em que a sociedade civil desempenha papel cada vez mais fundamental na mobilização destas instituições, sobretudo na saúde, tem ocorrido, o que Werneck Vianna *et al*. denominaram de *judicialização das relações sociais*[41]. Nesta linha, os autores denominam como *judicialização* o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito, dos conflitos político-sociais. Parte-se do princípio de que o Judiciário, "provocado adequadamente, pode ser um instrumento de formação de políticas públicas" (Dallari *et al*, 1996), o que confere a esta instituição centralidade no âmbito da garantia de direitos. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam a via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*. Os autores salientam que essa perspectiva consiste num

41 Sob a perspectiva de Werneck Vianna, "como reação aos efeitos do estreitamento da esfera pública por onde deveria transitar a formação da soberania popular, de um lado, e da primazia do Executivo concedida à esfera sistêmica da economia, de outro, tem-se observado um movimento crescente por parte da sociedade civil, das minorias políticas, das organizações sociais, quando não de simples cidadãos, no sentido de recorrerem ao Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões quanto a práticas que dela seria legítimo esperar, originárias tanto do Executivo quanto do Legislativo" (Werneck Vianna, 2003, p. 10).

> *conjunto de práticas e de novos direitos, além de um continente de personagens e temas até recentemente pouco divisável pelos sistemas jurídicos [...], os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça. É, enfim, a essa crescente invasão do direito na organização da vida social que se convencionou chamar de judicialização das relações sociais (Werneck Vianna et al., 1999, p. 149)*

Mas, de fato, ao que alguns estudiosos da judicialização atribuem essa transformação do Judiciário no mundo contemporâneo? Quais são os fatores associados à judicialização da vida atualmente e quais os limites e desafios que se apresentam diante desse processo, principalmente na saúde? Neal Tate e Tobjorn Vallinder (1995) dedicam algumas páginas ao tema. O fenômeno da judicialização da política, na visão dos autores, pressuporia a existência de algumas condições, quais sejam:

a) a existência de um ambiente fortemente democrático e, como desdobramento deste;

b) a separação dos Poderes estatais;

c) a política de direitos dos cidadãos;

d) o uso das cortes pelos grupos de interesses;

e) o uso das cortes pelas oposições;

f) as instituições majoritárias não-efetivas;

g) a legitimação do Judiciário enquanto uma instituição *policy-maker*;

h) a delegação (consciente ou não) das instituições majoritárias ao Judiciário.

Nesse sentido, a condição *sine quad non* para a formação e intensificação da judicialização da política e das relações sociais seria a presença de um ambiente democrático em que as instituições do Estado Democrático de Direito, apesar de separadas e mantidas em sua autonomia administrativa, funcional e política, criam seus próprios mecanismos de interpenetração e controle mútuos.

Diante dessas condições, John Ferejohn (2002) busca refletir sobre os elementos sociopolíticos que explicam, em algum grau, a proeminência do Judiciário nesse contexto. Na análise do autor:

a) o Judiciário se tem visto cada vez mais apto a limitar e regular o exercício do Legislativo, principalmente ao impor limites importantes ao poder das instituições parlamentares;

b) cada vez mais o Judiciário tem sido o lugar de onde surgem decisões e políticas significativas na efetivação de direitos e implementação de políticas públicas;

c) os juízes têm se apresentado mais dispostos a regularem a conduta da atividade política.

Num cenário em que se observa a limitação ao poder de legislar em virtude de sua fragmentação em diversas instituições, o que se verifica no contexto de judicialização é a discussão da política sob o prisma do direito ou, mais propriamente, a transformação das questões políticas em questões jurídicas, a tensão entre a Constituição material e a Constituição formal.

Matthew Taylor dedicou especial atenção às possibilidades e estratégias de ação do Judiciário no contexto de judicialização da política brasileiro. Na perspectiva do autor, os tribunais podem agir de acordo com três dimensões: a *hobbesiana*, a *smithiana* e a *madisoniana*. Tais dimensões encontram-se associadas, respectivamente, ao monopólio da violência pelo Estado, às regras de funcionamento da economia e à relação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O autor destaca, em seu estudo, principalmente a terceira dimensão, ao observar os impactos que os tribunais podem produzir na formulação de políticas públicas pelo Executivo e Legislativo[42].

Casagrande (2008), por fim, também produziu uma relevante sistematização da temática da judicialização. Partindo da ideia de que, no Brasil, ocorreu uma transição do que se chama *debilidade do judiciarismo* — situação na qual o Judiciário, historicamente, permaneceu em alguma medida submetido política ou administrativamente aos outros poderes —, Casagrande sustenta que o cenário atual é de *judicialização dos política*. Com isso, o autor salienta que esse fenômeno pode ser lido a partir de dois pontos de vista: da teoria do direito e da ciência política.

Sob o primeiro ponto de vista da teoria do direito, isso reflete a necessidade de criação do direito, que deriva de duas circunstâncias: de um lado, da própria impossibilidade dos ordenamentos jurídicos regularem e normatizarem todas as condutas e, de outro, da própria mutabilidade das ações e condutas da vida social, sob o argumento de que *a sociedade muda mais rapidamente e frequentemen-*

42 Interessante, na análise de Taylor, é a pesquisa comparativa que realizou em relação ao controle de constitucionalidade em alguns países. Segundo o autor, "em termos comparados, a atuação do Judiciário brasileiro é significativa. Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF — somente por meio do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade — Adin — concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a Adin, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas (Taylor, no prelo). Mesmo no governo Fernando Henrique Cardoso — um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista —, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso" (Taylor, 2007, p. 236).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 85 19/10/11 10:33

te que a lei. Sob o ponto de vista da ciência política, observa-se uma mitigação da ideia de que somente o parlamento pode legislar a partir da constituição de mecanismos de *desbalanceamento* e *reequilíbrio* entre os poderes.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições, tais como o Ministério Público, é apresentado como um agente proponente de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, talvez haja outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetam necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais. Reside, aqui, uma outra forma de pensar as instituições jurídicas que busca extrapolar o raciocínio juiz-centrado de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, de modo a pensar em outras práticas desenvolvidas pelas instituições jurídicas. Portanto, é fundamental refletir sobre os limites do referencial judicial para, então, constituir outras formas de atuação das instituições jurídicas.

*****

As concepções do pós-positivismo e dos estudos de judicialização possuem um ponto em comum: a centralidade do juiz na efetivação dos direitos. Tais concepções vão além ao estabelecerem que, metodologicamente, as pesquisas realizadas no campo do direito também devem seguir o referencial judicial, o que alça o Judiciário a um verdadeiro *lugar privilegiado* de discussão de acadêmicos, profissionais do direito e atores políticos.

Deste modo, é importante salientar que as concepções construídas pelo pós-positivismo e pelos estudos de judicialização podem possuir limitações de diversas naturezas. A assunção do juiz como um ator essencial na aplicação e interpretação do direito — realizada pelo pós-positivismo —, e a assunção do juiz como a instituição jurídica primaz na efetivação do direito — realizada pelos estudos de judicialização —, propicia a supervalorização da dinâmica judicial. Inclusive, o direito é frequentemente relacionado à instituição judicial. Tal valorização tem sido operada em detrimento de reflexões sobre outras formas jurídicas e não-jurídicas de aplicação e efetivação de direitos.

Nesta seara, é possível elencar duas limitações que concernem à centralidade do juiz na compreensão do direito contemporâneo, sobretudo quando se considera a interface com a sociedade e a política. Os *limites teóricos* dizem

respeito aos desafios e insuficiências relacionados à reflexão sobre o direito no mundo contemporâneo, que assume o Judiciário como central para a efetivação dos direitos e, inclusive, para a atuação das demais instituições jurídicas. Os *limites metodológicos*, que, em muitos casos, estão diretamente associados aos limites teóricos, dizem respeito aos desafios que se apresentam às pesquisas sobre as instituições jurídicas, sobretudo em função da primazia que conferem às ações judiciais na efetivação de direitos.

Os *limites teóricos* exprimem os desafios e insuficiências relacionados à reflexão sobre o direito no mundo contemporâneo, pois assumem o Judiciário como central para a efetivação dos direitos e, inclusive, para a atuação das demais instituições jurídicas. É possível elencar três limites elementares:

a) o modelo adversarial da dinâmica judicial, associado ao princípio da inércia da jurisdição;

b) a reflexão do juiz como um órgão decisor individual e solitário, sem dedicar especial atenção às decisões coletivas de colegiados;

c) a ênfase no momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não-postos e vigentes no âmbito societário

No que concerne ao primeiro limite, o Judiciário tradicionalmente se constituiu a partir de um modelo adversarial, que pressupõe, em seu desenvolvimento, o princípio da inércia da jurisdição. A lógica jurídica pressupõe o modelo liberal clássico, em que o juiz é o centro no qual gravitam as duas partes. Bourdieu descreve adequadamente este cenário ao ressaltar que o campo jurídico representa a

> *confrontação de pontos de vista singulares, ao mesmo tempo cognitivos e avaliativos, que é resolvida pelo veredicto solenemente enunciado de uma "autoridade" socialmente mandatada, o pleito representa uma encenação paradigmática da luta simbólica que tem lugar no mundo social: nesta luta em que se defrontam visões do mundo diferentes, e até mesmo antagonistas, que, à medida de sua autoridade, pretendem impor-se ao reconhecimento, e, deste modo, realizar-se, está em jogo o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social, o nomos como princípio universal de visão e de divisão (nemo significa separar, dividir, distribuir), portanto, de distribuição legítima (Bourdieu, 2000, p. 236)*

Como desdobramento, em função da inércia da jurisdição, o Judiciário somente pode agir para a concretização de direitos mediante provocação de

quem se sentir lesado pela ação ou omissão de outrem, de modo a adotar uma postura estática enquanto não for chamado à resolução de um litígio, num contexto adversarial.

Porém, observam-se limites em relação a este modelo adversarial. Primeiramente, este modelo parte do princípio de que as partes são antagonistas e, portanto, deve haver um órgão decisório com a possibilidade de definir qual delas será bem sucedida e qual sucumbirá. Em segundo lugar, este modelo confere pouco destaque à formação de consenso, apesar de algumas estratégias de conciliação, tendo em vista a própria necessidade jurídica de definir um "vencedor". Em terceiro lugar, este modelo estático retira do Judiciário a possibilidade de agir voluntariamente na efetivação de direitos explicitamente desrespeitados, a não ser quando ativado pelas partes. Os problemas sociais, apesar de jurídicos, podem não ser levados ao Judiciário por uma série de razões culturais, econômicas e institucionais[43]. Por fim, esta estática abre a possibilidade de se pensar em instituições dinâmicas que não se encontram submetidas à inércia, sobretudo as que compõem as funções essenciais da justiça, tais como o Ministério Público e Defensoria Pública, pois podem agir independentemente de provocação.

No que concerne ao segundo limite, observa-se uma sobrevalorização da aplicação do direito por um juiz individual e solitário, sem dedicar especial atenção às decisões coletivas de colegiados de magistrados. Os autores que se dedicaram a pensar o momento da aplicação do direito não assumiram a aplicação também por órgãos colegiados, mas tão somente por juízes singulares. Dentre os diversos autores, é possível destacar os seguintes: Kelsen (2000), Hart (2001), Dworkin (1986), Canotilho (1994), Häberle (1997), Cappeletti (1999), Garapon (1996), Posner (1990; 2008), Bourdieu (2000), Ross (2004) e Barroso (2009). Em todos eles observa-se um fio condutor analítico: o juiz, e não o colegiado de juízes. Alguns dedicam-se de forma mais aprofundada aos mecanismos formais de aplicação, tais como Kelsen e Dworkin, ao passo que outros se dedicam a mecanismos substantivos, tais como Garapon e Barroso. Porém, em todos os casos, observa-se a figura do juiz singular como objeto analítico. Seja inserido em molduras formais em que possui relativa autonomia para julgar, seja orientado por princípios e valores compartilhados pela sociedade em que se insere, o juiz apresentado por estes teóricos caracteriza-se por ser um decisor solitário, isolado, que se encontra recluso em seu gabinete e

43 Para uma análise dos desafios culturais, econômicos e jurídicos de proposição de demandas pelos cidadãos ao Judiciário, ver Santos (1999).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 88 19/10/11 10:33

cuja decisão é fortemente orientada por fatores externos, tais como princípios, regras, entendimentos jurisprudenciais, consciência, crenças etc.

As insuficiências de uma abordagem desta natureza podem se traduzir pelo menos em dois aspectos. Primeiramente, esta abordagem confere destaque à racionalidade do magistrado sob o pressuposto do conhecimento absoluto das leis, jurisprudência e da sociedade em que vive. Trata-se de uma suposição frágil, na medida em que podem haver elementos impremeditados da ação (Giddens, 2003) que influenciem diretamente no resultado da decisão judicial. Por isso, não é raro observar o surgimento em alguns espaços acadêmicos de reflexões sobre a análise econômica das decisões, consequencialismo decisional etc. A racionalidade não é passível de controle analítico absoluto, pois a existência de elementos locucionários, ilocucionários e perlocucionários (Habermas, 1987) problematizam o que efetivamente se pensou racionalmente pelo magistrado e as consequências racionais de suas ações. Da mesma forma, sobretudo num contexto fortemente dinâmico em que o direito se transforma por meio de normas, leis, entendimentos dos tribunais, princípios e concepções construídas socialmente, é absolutamente ilusório pressupor que o magistrado possui conhecimento absoluto e incontroverso das leis, jurisprudência e da sociedade em que vive. Diversas são as pesquisas que evidenciam a seletividade do processo de recrutamento de magistrados no Brasil, que possuem características sociais e peculiaridades no processo de socialização bastante próprias. Recebe destaque a pesquisa de Werneck Vianna *et al.* (1997) sobre o perfil social do magistrado brasileiro, das suas opiniões e atitudes, sua trajetória profissional, e seu processo de recrutamento, assim como sobre a relação entre magistrado, Estado e sociedade. Trata-se de um trabalho pioneiro e fundamental, que analisa cerca de quatro mil questionários respondidos por juízes de todas as instâncias e regiões do paíEm segundo lugar, esta abordagem que parte da premissa do juiz singular e solitário desconsidera a possibilidade de construção de consensos e/ou novas concepções a partir do embate argumentativo típico do colegiado. Segundo Bourdieu,

> *a interpretação da lei nunca é o ato solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha, pelo menos em sua gênese, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra, como julga Gadamer, ou que atuaria como lógico agarrado ao rigor dedutivo de seu 'método de realização', como queria Motulsky. Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis,*

> *pela exploração das 'regras possíveis', e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar sua causa; o efeito jurídico da regra, quer dizer, sua significação real, determina-se na relação de força específica entre os profissionais, podendo-se pensar que essa relação tende a corresponder [...] à relação de força entre os que estão sujeitos à jurisdição respectiva (Bourdieu, 2000, pp. 224-225)*

Num contexto de debates e discussões, o magistrado deve considerar sempre a possibilidade real de contestação presencial e simultânea de suas ideias, de modo que deve qualificar melhor suas teses e decisões, além de estabelecer um contexto argumentativo que permita aos demais magistrados aderirem tais teses e decisões. Da mesma forma, o contexto colegiado de formação de consensos pode ampliar as possibilidades do magistrado qualificar seu argumento e, até mesmo, de identificar limites e problemas a serem modificados e sanados.

No que concerne ao terceiro limite, as reflexões do pós-positivismo e dos estudos de judicialização demonstram uma forte preocupação com o momento da aplicação do direito posto, deixando em segundo plano a construção e reconhecimento de novos direitos pelo juiz e também a construção de direitos não postos, mas vigentes, no âmbito societário. Trata-se, então, de uma sobrevalorização da decisão judicial, em detrimento de outros processos, como o de formação de consenso e o estabelecimento de estratégias extrajudiciais.

Numa chave pluralista, observa-se a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Em outros casos, observa-se a construção de novas interpretações sobre o direito vigente, que não necessariamente remetem à interpretação oficial (e judicial). Situado no interior das contradições sociais, o direito espelha a estrutura social existente. De fato, as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Neste sentido, o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para sua efetivação. O momento da aplicação do direito pelo juiz, portanto, é apenas um dos múltiplos processos existentes de efetivação do direito posto e de construção de novas concepções e direitos. Subvalorizar ou negligenciar tal multiplicidade de processos implica inequivocamente num reducionismo analítico.

No que concerne aos *limites metodológicos*, observa-se uma subvalorização do Judiciário em relação às demais instituições jurídicas e sociais, tais como Ministério Público, Defensoria Pública e Conselhos participativos etc. Tais instituições figuram, em boa parte das pesquisas, como meros proponentes de ações judiciais. Seu potencial extrajudicial de resolução de conflitos e, por conseguinte, as suas estratégias que evitam a judicialização, passam a não ser captados, analisados e compreendidos a partir de pesquisas que privilegiam a reflexão sobre as ações judiciais.

Mais precisamente, não é raro observar pesquisas sobre concepções de tribunais acerca de determinada matéria, ou então pesquisas que adotam contraposições de entendimentos entre tribunais e, até mesmo, pesquisas que investigam quantitativamente o número de ações judiciais propostas. Além disso, as pesquisas que buscam refletir sobre as demais instituições jurídicas, em geral, as assumem como proponentes de ações judiciais, tais como as pesquisas sobre o número de ações civis públicas propostas pelo Ministério Público ou o número de atendimentos judiciais realizados pelas Defensorias Públicas.

Tais pesquisas adotam o Judiciário como central no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições se reduz à mera proposição de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Porém, existem outras formas de atuação das instituições jurídicas que não remetem necessariamente a um processo de judicialização, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre os conflitos e as relações sociais, o que revela um movimento de *juridicização da política e das relações sociais.* De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja proeminência, verdadeiramente, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos. Porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas e sociais que não necessariamente ensejam a *judicialização* dos conflitos. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização* e chama atenção, de forma bastante clara, para as atuações extrajudiciais. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação dos direitos.

2.5. Indo além da judicialização

As pesquisas que vem sendo desenvolvidas no Brasil sobre a temática da judicialização buscam, em larga medida, compreender o novo papel desempenhado pelo Judiciário no contexto contemporâneo. Buscam, ainda, refletir sobre os desafios e estratégias que se apresentam a este Poder para a efetivação de direitos e implementação de políticas públicas. Além disso, tais pesquisas têm se debruçado sobre o perfil dos atores que apresentam ao Judiciário as suas demandas, constituindo um cenário complexo que conta com a participação de partidos políticos, entidades associativas e, principalmente, outras instituições jurídicas. Dentre tais instituições, como previamente analisado, coube ao Ministério Público um papel fundamental na efetivação dos direitos sociais, notadamente no que concerne àqueles direitos que exigem maior esforço e canalização de recursos por parte do poder público.

No período pós-constituinte, que cristalizou as mudanças institucionais pelas quais passou o MP no Brasil, observa-se um crescimento considerável de pesquisas que buscam analisar seu novo papel nesse contexto de judicialização. Dentre essas pesquisas, é possível destacar três publicações, já mencionadas, que possuem significativo valor no campo das ciências sociais e do direito. Primeiramente, a obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, de Werneck Vianna *et al*. (1999); após, a obra *Ministério Público e política no Brasil*, de Arantes (2002); e, por fim, a obra *Ministério Público e a judicialização da política*, de Casagrande (2008). As três obras buscam refletir, em ampla medida, sobre a atuação do MP nesse contexto de judicialização e as estratégias adotadas por essa instituição jurídica no cotidiano de suas práticas, o que reforça uma peculiaridade deste fenômeno no Brasil. Segundo Casagrande,

> *A judicialização, no caso brasileiro, conta ainda com uma particularidade institucional que singulariza o caso nacional, e que é o que nos interessa mais de perto: a concepção de um Ministério Público como órgão de defesa da cidadania e do interesse público, constituído como órgão estatal independente dos demais poderes políticos — embora sujeitos aos rigores do sistema de freios e contrapesos (Casagrande, 2008, p. 20)*

A dinamicidade dos meios processuais de atuação, como foi visto, é um elemento essencial à atuação do MP. Antes de discorrer sobre os dois principais meios de atuação (Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta), é preciso realizar uma breve digressão sobre os instrumentos formais de atuação

do MP, que se revela relevante para se pensar a judicialização no Brasil. As atribuições institucionais do MP no Brasil estão elencadas na Lei Complementar nº 75/93, cujas principais para a saúde são:

> *Art. 6º Compete ao Ministério Público da União***:**
> *I — promover a ação direta de inconstitucionalidade e o respectivo pedido de medida cautelar;*
> *II — promover a ação direta de inconstitucionalidade por omissão;*
> *III — promover a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição Federal;*
> *IV — promover a representação para intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal; [...]*
> *VII — promover o inquérito civil e a ação pública [...]*
> *VIII — promover outras ações, nelas incluído o mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, quando difusos os interesses a serem protegidos; [...]*
> *XIV — promover outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...]*
> *XV — manifestar-se em qualquer fase dos processos, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse em causa que justifique a intervenção; [...]*
> *XX — expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.*

Diante de tais atribuições, o MP possui alguns instrumentos formais que ampliam a capilaridade de suas ações. O *inquérito civil* consiste numa investigação administrativa prévia realizada pelos membros do Ministério Público, cujo objetivo principal é coletar elementos de formação de convencimento para a propositura da ação civil pública. A *recomendação* consiste na possibilidade do Ministério Público recomendar a órgãos e entidades, de modo a solicitar a adoção de medidas dirigidas à adequada prestação dos serviços públicos e ao respeito a interesses e direitos dos cidadãos. As *audiências públicas* consistem num mecanismo por meio do qual o cidadão e a sociedade civil podem colaborar com o MP no exercício de suas finalidades institucionais e participar do desenvolvimento de suas atribuições, pois nelas o MP coleta informações, depoimentos e opiniões, sugestões, críticas e propostas de ação institucional. Tais

instrumentos formais permitem ao membro do MP realizar ações integradas com a sociedade civil e as demais formas organizativas na efetivação do direito à saúde.

Uma vez realizada essa breve incursão sobre os instrumentos formais do MP, voltemos, de forma mais aprofundada, aos dois principais meios de atuação. As pesquisas de Werneck Vianna *et al.*, Arantes e Casagrande evidenciam que o Ministério Público tem utilizado, principalmente, dois instrumentos formais e não excludentes para a efetivação dos direitos: a Ação Civil Pública (ACP) e o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC).

A ACP[44] se trata de uma ação judicial que o MP pode propor ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado, e consiste num dos mais importantes instrumentos processuais de judicialização da política no Brasil. A relevância que a ACP adquiriu no ordenamento jurídico brasileiro se deve a algumas razões, tais como:

a) seu extenso rol de legitimados (MP, Defensoria Pública, Administração Pública direta e indireta e associações) para propor a ação no Judiciário;

b) a relevância na tutela de direitos difusos e coletivos (saúde, meio-ambiente, consumidor, ordem urbanística etc.).

Na perspectiva de Casagrande,

> *aceitando-se a premissa de que a ação civil pública vem efetivamente se transformando em verdadeira ação de defesa de direitos sociais constitucionais, estaríamos diante de uma posição de relevância do Ministério Público como intérprete privilegiado da Constituição, dentro de uma comunidade de intérpretes, ou seja, um desequilíbrio a favor do Ministério Público em detrimento de outros grupos (cidadãos, associações, Judiciário etc.) (Casagrande, 2002, p. 28)*

O TAC, por sua vez, como o próprio nome sugere, visa garantir um direito ou um serviço público que se encontra insuficientemente satisfeito. Mais propriamente, este instrumento consiste num compromisso firmado entre o Ministério Público e o gestor municipal, estadual ou federal para que este realize alterações necessárias para o exercício de um determinado direito, visando corrigir uma situação débil.

44 A Ação Civil Pública é disciplinada pela Lei nº 7347/85. Ressalte-se, ainda, a Lei Complementar nº 75/93, que disciplina o regime jurídico do MP e prevê expressamente a legitimidade para a propositura de ACP para a proteção de direitos constitucionais, tais como o direito à saúde.

No caso da saúde, a eleição de um ou outro instrumento não é trivial. Os membros do MP, ao compreenderem que as decisões em saúde devem primar pela celeridade, estabelecem expedientes e estratégias distintas para a utilização do TAC. A título de exemplos comuns na saúde, é possível destacar os seguintes:

a) no caso da estrutura do hospital que não tem leitos suficientes, faz-se um TAC por meio do qual o gestor se compromete a, em um período de tempo, prover o número de leitos correspondente à demanda do hospital;

b) no caso de um posto de saúde que apresenta falta de medicamentos, faz-se um TAC por meio do qual o gestor se compromete a, num determinado prazo, obter uma quantidade de remédios suficiente.

O Termo de Ajustamento de Conduta ainda goza de força de *título executivo*, ou seja, caso não seja cumprido no prazo determinado pelo gestor, o Ministério Público pode propor uma ação no Judiciário na fase de execução, o que demanda consideravelmente menos tempo do que uma ação comum, pois dispensa a constituição de provas, as audiências para instrução do processo, a sentença de mérito etc.

De fato, os mecanismos processuais de que dispõem os membros do MP para operacionalizar suas estratégias são elementos definidores da relevância institucional que adquiriu o *Parquet* com a Constituição. Certamente, o reconhecimento legal de direitos sociais e coletivos possui uma implicação essencial: a possibilidade de judicialização de conflitos político-sociais. Na perspectiva de Arantes, o que caracteriza o cenário atual é a possibilidade dos conflitos, "antes restritos à esfera política, ganharem foro judicial e receberem solução mediante a aplicação técnica do direito" (Arantes, 1999). A este novo encaminhamento de conflitos de interesse, da política para a Justiça, como visto, é que se denominou como judicialização da política. Nesse sentido, as perspectivas de judicialização trabalham numa lógica de um MP proponente e um Judiciário centralizado, pois preconiza o estabelecimento de uma "conexão do cidadão e de suas associações com o Poder Judiciário e que é capaz de atuar sobre o poder político" (Werneck Vianna, 2003, p. 11).

Com essa perspectiva, o papel do MP é situado enquanto mera parte figurante no processo judicial, apesar das próprias pesquisas sobre judicialização apontarem, sem conferirem muita atenção, algumas tendências diversas. São exemplos das referidas pesquisas que findam por indicar caminhos de superação da ideia de judicialização os seguintes: Arantes observa uma relação de conflito entre Judiciário e MP, e sustenta que "muitas vezes os promotores e procuradores evitam tomar o caminho dos tribunais, buscando meios alternativos ao

processo judicial" (Arantes, 2002, p. 146). Werneck Vianna & Burgos afirmam que, "se o Judiciário é chamado, em geral, para resolver situações em que o dano já ocorreu, e nas quais os direitos já foram feridos, pode-se dizer que uma vocação importante do Ministério Público tem sido a de atuar preventivamente", o que lhe conferiria um "papel complementar e não concorrente em relação ao Judiciário" (Werneck Vianna & Burgos, 2003, p. 444). Casagrande, por fim, sustenta que "a própria Procuradora percebe esta limitação à atuação do Ministério Público em juízo, pois de forma geral vem privilegiando a assinatura de termos de ajustamento de conduta" (Casagrande, 2008, p. 226).

Com isso, num contexto em que o Judiciário adquire proeminência, o MP tem sido um verdadeiro *ator de bastidores*, que auxilia aquele poder no momento de produção da decisão. Mas seria o MP um mero *figurante* nesse *teatro* da judicialização? Não haveria algum outro processo desencadeado pelo próprio MP que se distingue da ideia de *judicialização da política e das relações sociais*?

Como visto, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja proeminência, de fato, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos. Porém, é preciso considerar que há outras formas de envolvimento de instituições jurídicas que não necessariamente ensejam a *judicialização* de conflitos.

Considerando que a estratégia privilegiada do MP é o diálogo — tanto nas pesquisas dos "estudiosos da judicialização" e dos "pesquisadores da judicialização" (com a ressalva de qualquer reducionismo em relação ao enquadramento desses numa ou outra classificação) —, podemos observar que as relações sociais podem sofrer muito mais uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré-processuais pelo MP) do que uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas (MP, Defensoria Pública etc.) que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações[45], observa-se um contexto que em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário, isto é, evita-se a *judicialização* do conflito.

45 Em decorrência disto, o MP é referido por alguns autores como um "Ministério Social", pois "representa a sociedade político-juridicamente organizada no Estado, mas não a pessoa jurídica desse" (Ferreira, 1982, pp. 17-18).

A crítica travada ao Judiciário pelos membros do MP, em geral, sugere os seguintes aspectos:

a) haveria juízes com receio de julgar ações coletivas;

b) haveria tribunais relutantes em julgar ações coletivas de forma não-conservadora;

c) haveria pouca sensibilidade à especificidade dos direitos sociais, tais como o direito à saúde.

Deste modo, temos um cenário em que o Judiciário passa a ter desafios ao lidar com tais demandas, principalmente no caso da saúde, que exige conhecimentos técnicos, organizacionais e estruturais de uma série de questões específicas. Assim, outros espaços têm sido adotados como esferas de resolução de conflitos que visam, em maior ou menor grau, se afastarem de uma estrutura de funcionamento similar à do Judiciário. Tais espaços têm adotado, por vezes, estratégias de mediação, pactuação e negociação fundamentalmente céleres e que visam, em certa medida, atuar na efetivação de direitos existentes e na construção de novos direitos. No âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na *juridicização* da saúde, o Ministério Público desempenha papel fundamental pelo menos em cinco dimensões:

— se num contexto de *judicialização* o Judiciário é chamado a *decidir de forma polarizada* no sentido da resolução definitiva de um determinado conflito (Tate e Vallinder, 1995: 15); num contexto de *juridicização* predomina a ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a ênfase num processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente;

— o que está em pauta num contexto de *judicialização* é o monopólio do poder de legislar (Ferejohn, 2002, p. 17-18); ao passo que num contexto de *juridicização* também se objetiva estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado;

— a *judicialização* da política possibilita a proeminência do Judiciário na definição de direitos sem incorporar critérios sociais substantivos, pois pode configurar uma relação entre Judiciário e Estado de moldes providenciais (Werneck Vianna *et al*, 1999, p. 43); ao passo que na perspectiva de *juridicização* a incorporação da sociedade civil se constitui como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais;

— num contexto de *judicialização* da política, cujo principal indicador no Brasil é o controle de constitucionalidade, há uma ampliação da comunidade

de intérpretes, porém ainda muito restrita aos órgãos de cúpula, tais como o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores (Idem, p. 47); ao passo que num contexto de *juridicização* se observa uma maior porosidade à pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal;

— num contexto de *judicialização*, se observam demandas que chegam a um Judiciário sob forte influência do princípio da separação de poderes e da adesão ao direito sob forma de códigos (Werneck Vianna *et al*, 1997, p. 12); ao passo que num contexto de *juridicização* se observa um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas.

Assim, é esta possibilidade de atuar de forma independente ao Judiciário que pode permitir a proeminência e o destaque do MP na efetivação de direitos sociais e coletivos que exigem rápida prestação, tais como a saúde, ganhando relevo os instrumentos extrajudiciais, a exemplo do TAC. Tão importante quanto o estudo dos *fins* de uma ação judicial é o dos *meios* utilizados pelas diversas instituições para efetivar direitos. O estudo da experiência de Porto Alegre, a seguir, pode oferecer subsídios para pensar uma nova forma de atuação do MP que vai além da mera judicialização, o que permite ampliar ainda mais as reflexões sobre o protagonismo deste ator no tocante à efetivação de direitos e implementação de políticas públicas. Talvez, assim seja possível compreender uma nova forma de atuação das instituições jurídicas.

CAPÍTULO III

Desafios e estratégias: a experiência de Porto Alegre

3.1. Escopo da pesquisa

A escolha do tema desta obra não é trivial. Durante os anos de 2005 a 2010, tive a oportunidade de integrar a equipe do projeto "Integralidade: saberes e práticas no cotidiano das instituições de saúde". Este projeto se insere no âmbito das pesquisas do "Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde" (LAPPIS), sob coordenação de Roseni Pinheiro — professora adjunta do Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) —, que consiste num programa de estudos composto por um colegiado de pesquisadores de diversas instituições, que atuam na identificação, investigação e construção de práticas de atenção integral à saúde.

Ao longo das pesquisas desenvolvidas no interior deste projeto, pude me aproximar de alguns temas importantes das ciências sociais e do direito, tais como as formas de acesso aos serviços de saúde, as formas de participação popular na formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas e a atuação das instituições jurídicas na efetivação de direitos. Os debates, pesquisas e estudos travados no interior do projeto propiciaram reflexões acerca da garantia e efetivação do direito à saúde e sua relação com os princípios constitucionais no que tange à saúde como um direito fundamental. Seguramente, percebi que este direito possui peculiaridades no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, procurei aprofundar minhas discussões no que concerne às repercussões e os efeitos sociais, políticos, culturais e jurídicos presentes na interface entre Estado, sociedade e instituições jurídicas.

Neste contexto, atuei no projeto "Estudo multicêntrico sobre o direito à saúde: as relações entre espaços públicos, sociedade e Ministério Público", apoiado pelo CNPQ. Este projeto teve por objetivo realizar um estudo multicêntrico das relações entre os usuários do Sistema Único de Saúde, membros dos Conselhos de Saúde, da gestão municipal e estadual de saúde e dos Ministérios Públicos (Estadual e Federal) no que concerne à utilização de dispositivos institucionais e jurídico-legais para a construção e efetivação do direito à saúde

nos municípios de Aracaju (SE), Belo Horizonte (BH), Piraí (RJ) e Porto Alegre (RS). O projeto visou, ainda, a sistematização, produção e disseminação de informações sobre os avanços e desafios jurídico-normativos relacionados ao exercício daquele direito, buscando alternativas operacionais nas relações entre poderes públicos e sociedade.

De fato, a pesquisa não buscou realizar uma análise comparativa entre esses municípios, tampouco de hierarquizar as experiências que lhes são peculiares. Buscou-se tão somente pontuar os arranjos institucionais específicos a cada localidade que permitiram um impacto positivo nas políticas de saúde *a seu modo*, sem qualquer pretensão de formular regras ou modelos gerais de organização do sistema de saúde no Brasil. Tais experiências possuem um grande potencial de contribuição e exemplaridade para o processo de construção do direito à saúde no âmbito do SUS, pois têm apresentado elementos para a constituição de uma *gestão compartilhada em saúde*, servindo-se de referência a outros municípios do Brasil.

Durante a pesquisa, no que concerne à relação entre sociedade e instituições jurídicas, observei que uma parte significativa das demandas em saúde originárias da sociedade civil é apresentada ao Ministério Público. Em muitos casos, tais demandas são construídas a partir das estratégias dos movimentos sociais ou dos próprios Conselhos de Saúde, que são instâncias de participação da sociedade civil e que encontram previsão legal para sua existência. Entendo que tais demandas — construídas na interface entre a sociedade civil, Estado e instituições jurídicas — permitem o reconhecimento e constituição de novas estratégias de efetivação, de modo a criar leituras alternativas sobre os direitos. Tais leituras se fundamentam na perspectiva da cidadania, adquirindo cada vez mais um caráter *horizontal* do ponto de vista dos atores que atuam em sua garantia.

Por outro lado, tenho percebido que o caminho para essa garantia enseja um desafio às próprias instituições jurídicas, que, em virtude de sua atuação voltada para as peculiaridades e elementos do campo do direito, por vezes possuem dificuldades em lidar com certas demandas que se reconfiguram no cotidiano das práticas dos atores sociais. De forma constante, os membros do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública etc., se deparam com temáticas e assuntos específicos da saúde que, em virtude de sua formação, não possuem proximidade, o que enseja desafios relevantes no tocante à adoção de estratégias para a efetivação de direitos. Isto implica entender que o direto à saúde não se reduz à garantia de direitos já assegurados, mas fomenta, principalmente, a possibilidade de construção de sentidos de novos direitos.

Ao longo dos capítulos anteriores, buscou-se refletir sobre como o direito à saúde foi construído no Brasil até se tornar um direito fundamental positivado

na Constituição de 1988, bem como os avanços e novos desafios surgidos para sua garantia e concretização enquanto direito social fundamental. Além disso, buscou-se discutir a importância do MP para a manutenção do Estado Democrático de Direito, sobretudo por sua atitude pró-ativa em relação à implementação de direitos sociais. O eixo de discussão girou em torno da possibilidade do MP criar um *espaço de diálogos*, de modo a possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. Isso oferece alternativas à ideia de *judicialização da política e das relações sociais*, na medida em que esses novos arranjos institucionais têm permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada na figura do juiz e propor novas estratégias de atuação.

Assim, é fundamental realizar uma reflexão empírica sobre esses arranjos, ou seja, sobre os desafios e estratégias que se apresentam ao MP no cotidiano de suas ações, no sentido de contribuir para uma perspectiva de *juridicização.* Parte-se do pressuposto de que o processo de efetivação de direitos sociais, com especial enfoque para o direito à saúde, é permeado por lutas, resistências e conflitos de diferentes ordens (políticas, sociais, econômicas, culturais etc.). Em contrapartida, muito embora haja instrumentos eficazes que garantam a participação da sociedade na saúde, é frequente que, na prática, a saúde ainda seja vista como um *favor* ou como um *serviço* prestado pelo Estado. O desenvolvimento do SUS tem evidenciado a diversidade de atores e a forma por meio da qual a pluralidade de práticas por eles desenvolvidas contribui para seu amadurecimento, principalmente a partir dos limites, possibilidades e desafios que se impõem à sua consolidação.

Em função das possibilidades criadas por esses arranjos institucionais, principalmente com a proeminência das instituições jurídicas nesse processo, a integração e convívio entre as diversas instituições que participam da arena de construção da política de saúde e seus diversos interesses indicam os caminhos e desafios para a resolução de conflitos e construção de direitos e, em especial, do direito à saúde. Principalmente num contexto de pluralidades de saberes de práticas do Estado, sociedade e instituições jurídicas, o contexto de efetivação do direito à saúde se torna extremamente heterogêneo e multifacetado.

3.2. Estratégia metodológica

A pesquisa empírica foi realizada no município de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul. Como se tratou de uma pesquisa realizada no âmbito de um projeto mais amplo, como visto acima, a estratégia metodológica de inves-

tigação incorporou diversas técnicas, abordagens e formas de identificação de dados empíricos.

A primeira etapa da pesquisa consistiu na realização de uma revisão bibliográfica a respeito do assunto "direito à saúde" e seus subtemas. Percebi uma ausência de discussão sobre este assunto no campo das ciências sociais e do direito, sobretudo no que concerne às estratégias e desafios de sua efetivação. Esta etapa da pesquisa foi realizada, fundamentalmente, em bases bibliográficas digitais (Bireme, Capes e Scielo) e acervos (Ministério da Saúde e Ministério Público). Em relação ao campo jurídico propriamente dito, foram encontradas dificuldades relacionadas à bibliografia. Constatei que pouco se produziu pelos juristas sobre o direito à saúde especificamente[46]. Geralmente duas ou três páginas são destinadas ao tema e são, ainda assim, sempre pequenas variações do artigo 196 da Constituição, que é o dispositivo que consagra a saúde como um *direito* de todos e *dever* do Estado[47].

Definitivamente, o campo do direito não discute a saúde para além do fato dela ser mais um direito fundamental positivado na Constituição. A eficácia das estratégias de efetivação deste direito são praticamente inexistentes. Neste livro, compreendo a saúde como um direito *sui generis*, na medida em que apresenta facetas individuais, sociais, e de cidadania, o que torna ainda mais complexa sua efetivação. Com este trabalho, busco contribuir para o preenchimento de uma lacuna existente tanto nas ciências sociais quanto no direito a partir de uma abordagem multidisciplinar que considere as especificidades do objeto em discussão, de modo a constituir arranjos metodológicos e teóricos que permitam sua investigação empírica e a construção de novas formas de efetivação.

A etapa seguinte da pesquisa consistiu na elaboração dos roteiros semiestruturados de entrevista baseando-se na pesquisa bibliográfica e nos relatórios das atas do Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul entre o período 2000-2004, que se encontram disponibilizadas em sua página virtual. A leitura destas atas possibilitou organizar um quadro inicial da relação entre os Conselhos, o MP e a gestão. A partir deste quadro, foi possível identificar as questões

46 Interessante notar que as referências jurídicas sobre o direito à saúde, em sua grande parte, encontram-se dispostas em manuais e livros de Direito Constitucional, razão pela qual não se aprofunda a reflexão sobre o tema. Em sua maioria, nessas publicações sequer é enunciada a existência de Conselhos de Saúde. Em 2008, o livro organizado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (2008) trouxe alguns artigos que visam refletir sobre desafios e estratégias de efetivação do direito à saúde, o que aponta para a tendência dessa temática receber maior atenção dos juristas nos próximos anos, sobretudo considerando a Recomendação nº 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

47 Segundo o artigo 196 da Constituição, a "saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação" (Brasil, 1988).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 102 19/10/11 10:33

mais debatidas e os pontos de conflito, divergências, consensos e ambiguidades, que serviram de base para a montagem do roteiro de entrevistas, que se encontra em anexo.

Na terceira etapa, foram selecionados os principais atores envolvidos no tema estudado, que foram contatados por telefone[48] para que se realizasse o trabalho de campo e a coleta de dados. O trabalho de campo foi realizado no período compreendido entre janeiro e dezembro de 2005, num primeiro momento, e em 2007, num segundo momento, com uma atualização dos dados em 2009 e em 2010. No primeiro momento, houve duas idas de permanência de uma semana; e, no segundo momento, foi realizada uma oficina para discussão dos resultados de pesquisa com os membros do Ministério Público que atuam em Porto Alegre na saúde.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, tornou-se necessário apreender a dinâmica da arena política desenvolvida em Porto Alegre, na qual participam gestores públicos, trabalhadores de saúde, sociedade civil e instituições jurídicas por meio de uma diversidade de arranjos, saberes, práticas e estratégias. No decorrer da investigação, pude perceber que a atuação do MP na área da saúde é relativamente recente. Em Porto Alegre, começou a ser mais sistemática a partir de 2000, com a criação no Ministério Público do Estado da Promotoria de Direitos Humanos. No Ministério Público Federal, a atuação ocorre por meio das respectivas Procuradorias de Direitos do Cidadão (com procuradores especializados na área da saúde), que são previstas na Lei Orgânica desta instituição.

A pesquisa teve como base um desenho metodológico a partir de três eixos analíticos: o primeiro, conceitual, que trata da construção de categorias (direito, cidadania, saúde etc.) na perspectiva dos atores envolvidos; o segundo, que analisa a forma pela qual os atores lidam em suas práticas com essas categorias assim construídas; e, o terceiro, que se destina a examinar os pontos de interseção, divergências, concordâncias, discordâncias, contradições e conflitos entre as propostas, projetos e práticas no município de Porto Alegre.

O último passo consistiu na análise do material coletado, a qual será apresentada neste livro. Foram realizadas, em Porto Alegre, sete entrevistas com membros da gestão municipal e quatro entrevistas com representantes do MP (Procuradores da República e Promotores de Justiça[49]), além da coleta de mate-

48 Os contatos com os membros do MP foram realizados diretamente com o gabinete dos promotores e procuradores, ao passo que o contato com os membros da gestão municipal foi realizado pelas respectivas unidades de saúde.

49 *Promotor de Justiça* é um termo designado ao membro do Ministério Público do Estado, ao passo que *Procurador da República* é um termo designado ao membro do Ministério Público Federal. Nesta dissertação, será usado o termo *promotor* de forma indiscriminada.

rial documental de ambos os atores, tais como termos de compromisso, ações judiciais etc. Para atingirmos os objetivos propostos, foi configurada uma metodologia de pesquisa qualitativa de natureza empírico-analítica, de caráter exploratório, que se destinou a examinar os pontos de interseção, divergências, concordâncias, discordâncias, contradições e conflitos nas práticas dos atores desta localidade. Além disso, os resultados da análise foram validados por meio da oficina realizada no início de 2007, que contou com a participação dos membros do MP que atuam na efetivação do direito à saúde em Porto Alegre.

Deste modo, o campo de análise se concentrou nas transformações e desafios inerentes à efetivação do direito à saúde a partir da interlocução entre Ministério Público, Estado e sociedade civil no âmbito da saúde em Porto Alegre, de modo a identificar tensões, contradições e ambiguidades que porventura possam advir de suas práticas. Com essa discussão, busca-se extrapolar as questões empíricas presentes neste município para refletir sobre questões mais amplas, que se refiram às novas metodologias e marcos teóricos de investigação da atuação das instituições jurídicas na efetivação de direitos sociais. Por isso, o trabalho tem como orientação os seguintes objetivos específicos:

— Analisar os sentidos atribuídos pelos atores no tocante ao direito à saúde e as implicações desses sentidos no cotidiano de suas práticas, tanto do ponto de vista de suas ações quanto dos seus discursos;

— Mapear os conflitos, pactos e negociações entre as instâncias públicas participação, gestão municipal e as instituições jurídicas — com especial enfoque no Ministério Público — para a garantia do direito à saúde e os desdobramentos da adoção de determinadas estratégias que atuam nessa efetivação.

A relevância acadêmica deste estudo se encontra ancorada na necessidade de identificação e formulação de estratégias para a organização do sistema de saúde no Brasil, de modo a evidenciar que a concretização do direito à saúde passa, principalmente, pela ação conjunta dos diversos atores sociais que fazem parte de seu processo de formulação, promoção e fiscalização, com especial destaque para a relação entre MP e membros da gestão pública de saúde.

Na interface com os membros do MP, a sociedade civil e a gestão na efetivação do direito à saúde, observam-se quatro questões que se apresentam de forma recorrente no tocante à sua atuação, quais sejam:

a) os desafios para a manutenção da continuidade supragovernamental das políticas públicas, sobretudo diante do impasse entre direitos garantidos de forma absoluta na Constituição e a escassez de recursos do Estado para sua plena efetivação;

b) os limites relacionados à formação jurídica dos promotores no ato de pensar as especificidades dos direitos à luz de modelos abstratos;

c) como decorrência, a aproximação entre MP e Conselhos de Saúde para potencializar as ações e estratégias de ambos na concretização de direitos;

d) os instrumentos e ações do MP no cotidiano de suas práticas, que permitem apontar para uma ideia de *juridicização*, que possui pressupostos distintos da ideia de *judicialização*.

3.3. A continuidade das políticas públicas

As instituições jurídicas têm cada vez mais se demonstrado atuantes no campo da garantia e concretização do direito à saúde, esfera que tem possibilitado um arranjo institucional específico em que se formulam estratégias de aproximação entre os direitos constitucionais e as práticas sociais concretas. O arcabouço jurídico-institucional que foi constituído na área da saúde permite, dentre os diversos direitos sociais, uma proeminência nos processos e estratégias de efetivação no âmbito das políticas públicas e no espaço da micropolítica.

Primeiramente, deve-se observar que a atuação do MP em Porto Alegre tem se debruçado principalmente sobre as políticas de saúde, isto é, os membros do MP buscam enfatizar em suas ações que o direito não se esgota na norma e que as políticas públicas devem ter continuidade, configurando-se como políticas de Estado. Questões relacionadas à política de tratamento de HIV, câncer e campanhas de vacinação, por exemplo, são temas recorrentes nas ações dos membros do MP. Entretanto, isso não quer dizer que sua atuação também não se desenvolva no âmbito da micropolítica[50], que é um espaço muito discutido e criticado por usuários e conselheiros, pois diz respeito às mazelas e desafios presentes no cotidiano dos serviços de saúde. Tais mazelas podem dizer respeito à ausência de profissionais, problemas de relação entre usuários e profissionais, falta de material de biossegurança etc.

No que concerne ao sentido da saúde como *direito*, pode-se supor que a percepção dos membros do Ministério Público se encontrou relacionada não somente à garantia constitucional de que dispõe na Constituição de 1988. Antes de tudo, o sentido da saúde como direito se apresenta associado aos seguintes atributos: regularidade, continuidade e qualidade. Os membros do MP

50 A escolha da subdivisão entre micropolítica e política atende ao seguinte critério: a dimensão política diz respeito à ação dos atores no âmbito da efetivação de direitos em nível estrutural, consubstanciada tal ação ao desenvolvimento, aperfeiçoamento e incremento das políticas de saúde. A dimensão micropolítica, por sua vez, diz respeito aos saberes e práticas que os atores utilizam no cotidiano de suas ações e nos contextos de operacionalização dos direitos garantidos constitucionalmente.

entendem por *regularidade* a necessidade dos serviços de saúde serem realizados num mesmo patamar de recorrência, sem desníveis de acordo com a região ou a forma de acesso ao serviço. A regularidade, assim, estaria relacionada ao serviço propriamente dito, que é prestado pelos profissionais de saúde e membros da gestão em saúde. Os membros do MP entendem por *continuidade* o dever que o Estado possui de garantir a saúde de forma integral, tanto no nível da micropolítica quanto no nível das políticas públicas. Nesta linha, os promotores defendem que as políticas de saúde devam ser de Estado, e não de Governo, o que aponta para a defesa de que a continuidade deva existir também entre os mandatos dos governos, conforme reiteradamente foi sustentado nos relatos dos entrevistados. Os membros do MP entendem por *qualidade* o direito do usuário de receber um atendimento digno, de ser escutado, considerado e respeitado em sua demanda, sob o resguardo de que possui a titularidade do direito à saúde.

Indo além, é possível supor um avanço no tocante à atuação do MP, que não se concentra somente na interpretação do sentido da norma constitucional, mas promove um movimento de socialização e contextualização do direito à saúde a partir das práticas sociais. Partindo do princípio de que a saúde é um "direito de todos e dever do Estado", os membros do MP de Porto Alegre privilegiam observar o *direito vivo* na prática muito mais do que meramente o *direito positivo*.

Neste sentido, o debate sobre as políticas públicas ensejou a diferenciação entre *políticas de Estado* e *políticas de Governo*. A primeira exprimiria a ideia de compromissos que extrapolam mandatos eleitorais, buscando englobar pactos e consensos democráticos que permitam constituir políticas duradouras, resistentes aos governos e, por isso, *de Estado*. A segunda exprimiria justamente os programas estabelecidos para vigerem durante o mandato eleitoral, isto é, sem qualquer pretensão ou vinculação explícita de continuidade duradoura, constituindo-se como *de Governo*. As passagens abaixo são reveladoras do debate:

> *Então estas são dificuldades que são enfrentadas. Outra delas é a questão da mudança de governos: nós não temos ainda uma política de Estado com relação à saúde pública né. Esses planos de saúde eles estão sendo construídos com muita dificuldade também, esses planos quinquenais ou o plurianual. Há dificuldades na construção desses planos e portanto no acompanhamento de políticas públicas ao longo do prazo. Ou seja, muda um governo, muda a cartilha né, aí já rasga a cartilha anterior e nós vamos começar a praticar uma outra saúde pública né. (Membro do MP/RS)*

Então o que eu mais critico na questão da saúde é isso: a possibilidade que existe dos gestores de pegarem o que já aconteceu, colocarem fora, e criarem uma outra coisa porque a ideia é diferente. Ah! Vamos combinar. As ideias não podem ser tão diferentes assim, mesmo porque, ainda que sejam diferentes, vamos respeitar o que já aconteceu em prol do usuário (Membro do MP/RS)

Implementa o que tá aqui, e no decorrer do tempo vai acertando o que tá errado. Mas implementa o que tá aqui tá. Se daqui a um ano precisa mudar alguma coisa, tudo bem, muda aqui e vai pra lá. É aquela coisa do "no decorrer da caminhada as abóboras se acertam na carroça". Vamos respeitar isso, porque se agente passar mais um ou dois anos discutindo aquilo que já tinha sido feito... não dá pra botar trabalho feito fora. (Membro do MP/RS)

A minha ideia agora, por exemplo, que a gente tá trabalhando com os colegas aqui é buscar construir Compromissos de Ajustamento que tenha prazos, inclusive, além dos prazos de governo. Ou seja, fazer Compromissos com o Estado do Rio Grande do Sul para além dos governos. Porque que eu não posso fazer um Compromisso de orçamento por cinco anos? Pra cinco anos? Em que no primeiro ano faz isso, no segundo faz aquilo, no terceiro aquilo, no quarto... Aí ele me diz: "não, mas aí eu num sei se sou governo". Aí é que tá, eu acho que a gente tem que começar a trabalhar essa questão. Do meu ponto de vista o Compromisso de orçamento tem que virar um Plano de Política Pública. Claro que discutido de forma democrática, com várias entidades, com os atores sociais. Então chama uma audiência pública, delibera, assim: "o que nós precisamos fazer pra melhorar a saúde mental no Estado? Ah! Precisamos criar tantos PAC's, precisamos criar tantos leitos psiquiátricos. Como nós vamos fazer isso? Ah! No primeiro ano é assim, no segundo é assim, no terceiro é aquilo". É construir de modo que o novo governo que entre já esteja comprometido com aquelas metas que se conseguiu com o Compromisso de ajustamento. É isso que a gente tá tentando agora: trazer as bases teóricas (Membro do MP/RS)

Os membros do MP que foram entrevistados trouxeram diferentes aspectos sobre o tema, os quais convergem para a ideia de perenidade das políticas. Observa-se a ênfase na continuidade das políticas, entendo-se por continuidade o dever do Estado de garantir a saúde de forma integral, tanto no nível da micropolítica quanto no nível das políticas. Deste modo, houve uma crítica às campanhas, que seriam muito pontuais e pouco eficazes em longo prazo.

O desafio referente à mudança de governos é central na atuação dos membros do MP em Porto Alegre. A pesquisa permite identificar a defesa, por parte dos membros do MP, da continuidade das políticas públicas entre os próprios governos. Daí, justifica-se o foco do MP nas políticas de saúde, e não somente

no espaço da micropolítica. Sensível às especificidades em saúde e aos próprios desafios que se impõem à sua continuidade enquanto política, o membro do MP busca estabelecer estratégias supragovernamentais de ação. Tais estratégias são diversas, pois variam desde pactuações com governos sucessores para que seja mantida alguma política de saúde até responsabilizações judiciais e extrajudiciais na manutenção da continuidade das políticas. A assertiva de que "as abóboras se ajeitam no andar da carruagem" revela tal perspectiva ao evidenciar um MP que se debruça sobre a construção de políticas de Estado. Associada a isso, a assertiva "vamos respeitar o que já aconteceu em prol do usuário" revela o que as pesquisas de Arantes e Casagrande já apontavam: a ideia de um MP que compartilha, entre os seus membros, a perspectiva de defensor privilegiado da sociedade.

Na concepção dos promotores, observa-se a ênfase no direito à saúde como atributo de relevância pública, que extrapola um mandato eleitoral e, em virtude de sua peculiaridade, apresenta caracteres de perenidade e continuidade. Com isso, a saúde exigiria o compromisso explícito por parte dos governos em tratá-la como política de Estado. A partir desta concepção de saúde, que preza pela continuidade, regularidade e qualidade no atendimento e nas políticas, observa-se uma maior capilaridade das ações dos membros do MP, no sentido de enfatizar as políticas de saúde como políticas de Estado, e não de governo. O SUS é entendido como a principal política pública para o setor de saúde e o projeto maior do movimento sanitário brasileiro. Assim, observa-se um compartilhamento de que isso enseja (re)significar o SUS como expressão do diálogo entre Estado/sociedade, que seja imune em seus fundamentos às alternâncias de poder.

Associada a essa diferenciação entre políticas de Estado e de Governo, os membros do MP trouxeram à tona o debate sobre o que poderia ser caracterizado como direito à saúde. Durante os relatos, observa-se uma concepção ampla sobre este direito, o que se configura como decisivo na configuração dos limites e possibilidades de suas ações. As passagens a seguir são exemplificativas:

> *E entendendo a saúde como esse conceito mais amplo, da organização mundial né, que é um estado de completo bem estar físico, mental e social, ou seja, a partir do momento em que você tá promovendo saúde você tá promovendo, na verdade, a felicidade, o bem estar pra população (Membro do MP/RS)*

> *A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Recomendação — MP/RS)*

Nesta perspectiva, a saúde se apresenta de forma multifacetada, na medida em que passa a comportar critérios sociais, políticos, jurídicos e, até mesmo, psicológicos. A compreensão do que seria a saúde como um direito para os membros do MP permite, em suas concepções, a definição de estratégias específicas para a efetivação de cada dimensão deste direito. Os membros do MP de Porto Alegre sustentam que a saúde não se reduz à mera ausência de doença, pois envolve aspectos psicológicos, políticos, sociais e jurídicos que se encontram relacionados ao bem-estar físico, mental e social. De fato, esta concepção torna ainda mais complexo o que seria uma política de saúde e quais os desafios para sua continuidade.

A necessidade de políticas se reforça pela própria ideia — compartilhada nos relatos — de que a saúde possui uma dimensão jurídica de direito de todos e dever do Estado, o que revela o aspecto republicano deste direito, que se apresenta, também, enquanto dever. Como visto no primeiro capítulo, a compreensão de um direito de todos impõe ao Estado um *agir em saúde*, que não se reduz à mera formulação de políticas, na medida em que, na compreensão dos membros do MP, deve incorporar as instituições jurídicas e a sociedade civil no processo decisório.

Além disso, os membros do MP de Porto Alegre apresentam uma concepção de que se deve afastar uma perspectiva restrita ao aspecto curativo para também valorizar o aspecto preventivo das ações em saúde, o qual ocorreria, principalmente, por meio da educação em saúde. As transcrições abaixo são exemplificativas:

> *A grande maioria das ações são curativas. Há uma abordagem da medicina eminentemente curativa, e não de prevenção como a construção do que deva ser né com prioridades para ação de prevenção. E acho que a prevenção deve se fazer a partir da educação, principalmente quando nós vemos assim que crianças são os grandes multiplicadores de ideias né, de ideias positivas, muda, ele consegue mudar o que acontece dentro de sua casa. Ele é sensibilizado para essa questão dentro da escola né (Membro do MP/RS)*

> *A atuação do Poder Público na saúde se dá a partir do SUS — Sistema Único de Saúde — de forma articulada e coordenada, com divisão de competências, mas de forma controlada e suplementada, numa estrutura de mútua dependência cooperação, como também de fiscalização recíproca e prestação de contas de forma transparente, com participação da sociedade com papel deliberativo e fiscalizador (Ação Civil Pública — MP/RS)*

Nesta linha, a pesquisa permite supor que os membros do MP consideram importante o caráter de relevância pública da saúde no ordenamento jurídico

brasileiro, que não se reduz às meras políticas curativas. A ideia de prevenção, em certa medida, traduz a compreensão já mencionada de políticas de Estado, que não se reduzem à ausência de doença, uma vez que, segundo os relatos, devem buscar o bem-estar físico, mental e social. Mais uma vez o conteúdo do direito à saúde, seja traduzido sob a forma individual (bem-estar), seja sob a forma social (políticas), apresenta-se de forma complexa e, por isso, ensejando múltiplas estratégias por parte dos membros do MP.

Neste sentido, uma das principais estratégias adotadas, segundo os resultados da pesquisa, consiste na criação de um sistema *controle* e *efetivação* que permita às políticas públicas de saúde tornarem-se cada vez mais estatais e cada vez menos governamentais. Isso permite intensificar os caracteres de longevidade das políticas públicas de forma articulada a compromissos explícitos supragovernamentais em conjugação com as instituições jurídicas e a sociedade civil. Assim, a atividade de governo passa a ser uma atividade em constante problematização, pois abre e amplia o debate sobre a adequação entre meios e fins de ação a partir da inserção de diversos saberes e práticas em seu interior.

Os ideais e estratégias de governo se encontram intrinsecamente ligados aos problemas e desafios que surgem no curso do mandato, de modo que o estabelecimento de *programas* seja uma medida privilegiada de composição destes saberes e práticas no momento da definição sobre como articular de forma mais eficaz os meios e fins. Neste contexto de contingência dos programas e da necessidade de estabelecer prioridades de ação no âmbito do governo, os membros da gestão de saúde em Porto Alegre apresentaram uma compressão do direito à saúde como condicionado aos limites financeiros fáticos para sua completa efetivação, a exemplo das seguintes passagens:

> *Olha, o que eu considero por direito à saúde né, eu acho que é o cidadão poder utilizar recursos disponíveis pra tudo que ele precisar né. Qual é o papel do gestor? É garantir isso, não tem recursos pra isso né. Então a questão da equidade eu acho que é o conceito mais fundamental nesse momento, a gente conseguir trabalhar com a garantia de direitos né (Membro da gestão/RS)*

> *Eu não tô dizendo que não tenha direito, o direito tem, mas quando eu me programo, eu me programo para atender prioritariamente aquele, e eu vou atrás daquele, eu busco aquele, eu gasto recurso mais com aquele, porque eu priorizo aquele, porque eu sei que não vem, que vai adoecer mais do que o que tem informação, que tem outros recursos, que tem outros acessos (Membro da gestão/RS)*

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 110 19/10/11 10:33

Nesta linha, a pesquisa evidencia que a ideia de recursos econômicos escassos emerge como fator relevante na garantia de direitos constitucionais, principalmente os de dimensão social, a exemplo da saúde. No âmbito das práticas em saúde, observou-se que, em geral, os gestores têm enfatizado a incapacidade do Estado de garantir plenamente tal direito sob a alegação de escassez de recursos. Tais recursos, segundo os relatos dos gestores, devem ser alocados de acordo com prioridades definidas pelo critério técnico ou político do membro da gestão, e o exercício pleno do direito à saúde passa a ser condicionado à capacidade do Estado de custear sua efetivação. O direito, portanto, passa não mais a ser visto de forma absoluta, podendo ser relativizado sob o argumento da insuficiência de recursos. De acordo com os relatos, há um fator limitante para a garantia do direito à saúde, que concerne à escassez de recursos econômicos, que se traduzem nas seguintes passagens:

> *Se a gente consegue identificar aqueles que têm mais dificuldade de acessar os serviços a gente consegue, pra esses, criar estratégias, criar políticas específicas pra esses grupos né mais vulneráveis ou com menos acesso mesmo de qualquer tipo, às vezes não sabem nem aonde tem, nem que tem, nem que existe determinado recurso, determinada solução pra sua vida. (Membro da Gestão/RS)*

> *É isso que a gente briga entendeu, essa é uma dificuldade muito grande: esse conceito de direito, ele tem que estar no contraponto da equidade, senão a gente não tem recursos pra isso, o recurso é finito. (Membro da Gestão/RS)*

Mas não se trata de um argumento meramente restritivo, sem qualquer preocupação com a efetivação mínima do direito à saúde. Os relatos dos membros da gestão trazem como critério relevante para a alocação dos recursos o *princípio da equidade*, que é um princípio garantido constitucionalmente na saúde. Como restou analisado no primeiro capítulo, a equidade expressa a ideia de justiça social distributiva, uma vez que busca reduzir as desigualdades entre os titulares do direito à saúde. Isto significaria adotar uma postura de tratar desigualmente os desiguais, investindo mais recursos públicos nos contextos em que a carência e as deficiências no sistema público de saúde são maiores. Com isso, este princípio surge como critério de alocação dos recursos finitos em saúde no âmbito da gestão em Porto Alegre.

Seguramente, tal limitação econômica tem exigido uma atuação do MP no sentido de elaborar outros critérios para a alocação de recursos públicos em saúde. Mais precisamente, os membros do MP de Porto Alegre sustentam que o direito à saúde engloba duas dimensões fundamentais:

a) *ações em saúde*, que são o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público;

b) *condicionantes da saúde*, que, segundo o art. 3º da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), são a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Observa-se uma reivindicação relevante veiculada nos relatos dos promotores, que preconizam que o orçamento das ações em saúde não deve se confundir com o orçamento dos condicionantes da saúde. Entretanto, isto não quer dizer que o direito à saúde não englobe os condicionantes, pois estes envolvem, necessariamente, a constituição do bem-estar físico, mental e social. Deste modo, o orçamento que engloba o direito à saúde envolveria tanto as ações em saúde quanto os condicionantes da saúde. Trata-se, inclusive, de uma concepção presente no Manual de atuação do MPF em defesa da saúde, a exemplo da seguinte citação:

> *Também não se pode considerar como* ações e serviços públicos de saúde *os gastos públicos com os chamados* fatores determinantes e condicionantes *da saúde pelo art. 3º da Lei 8080/90, pois se* condicionam *a saúde com ela não se confundem. Ademais, prevalecendo o entendimento de que tais fatores se confundem com ações e serviços públicos de saúde para fins de implementação da Emenda Constitucional n. 29/00, haverá um completo esvaziamento da reserva constitucional estabelecida em favor do direito à saúde, pois dentre os fatores condicionantes encontram-se praticamente todos os direitos sociais, de modo que o orçamento destinado à saúde serviria, a prevalecer tal entendimento, a todas as políticas sociais do governo. (MPF, 2005, p. 42)*

Observa-se, então, que o direito à saúde recebeu uma ampliação em seu sentido com a Lei Orgânica da Saúde, principalmente porque o orçamento para sua concretização é dual (envolve tanto as ações quanto os condicionantes). Segundo os membros do MP, a não aplicação de recursos em moradia ou em transporte, por exemplo, também enseja uma infração ao direito à saúde, o que amplia consideravelmente os conflitos que podem ser passíveis de juridicização Para os membros do MP, o argumento da escassez de recursos não pode ser aplicado, já que o direito à saúde é de titularidade de todos e dever do Estado. Porém, sensível às limitações concretas que o Estado brasileiro enfrenta, os pro-

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 112 19/10/11 10:33

motores admitem que seja alegada a insuficiência, desde que seja garantido o investimento no mínimo constitucional exigido.

De fato, parafraseando a perspectiva da *governamentalidade*, que será tratada no próximo capítulo, apesar de se viver num *mundo de programas*, não se trata de um *mundo programado*. O mundo dos programas é sempre um mundo prognóstico, do *vir-a-ser*, daquilo que ainda será realizado e, portanto, do que será governado. Numa perspectiva de programas, os direitos passam a ser objeto dos próprios conflitos e desafios inerentes à sua formulação, o que implica deslocar a ideia de direitos absolutos — típica de um contexto de soberania — para a de direitos passíveis de redefinição a partir de programas de governo. Os programas complexificam o real, então as soluções para um programa tendem a ser problemas para outro, e o MP insere-se nessa lógica de efetivar os programas de Governo e, simultaneamente, constituir políticas de Estado.

Os membros do MP em Porto Alegre inserem-se numa lógica em que não basta somente enfatizar o fim de uma política — ou seja, a efetivação do direito à saúde —, mas também os meios mais adequados a serem utilizados para atuar nessa concretização. Deste modo, a eleição dos instrumentos processuais — tais como a Ação Civil Pública, Termos de Ajustamento de Conduta, Recomendações etc. — torna-se uma operação complexa e, por isso, que não é trivial. Além disso, uma estratégia amplamente adotada pelos membros do MP, segundo os relatos, seria o diálogo. A pesquisa permite supor, como será analisado nas seções seguintes, que o fio condutor da atuação do promotor — e que pauta todas as outras formas de atuação — é justamente o diálogo.

De uma maneira geral, observa-se que o MP tem a capacidade institucional de criar um *espaço de diálogos*, pois possibilita a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A partir do diálogo, procura-se resolver alguma deficiência no sistema de saúde por intermédio de meios não-formais e que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado, de modo a estabelecer mecanismos de responsabilização dos membros da gestão e de incorporação de conteúdos participativo-societários nos consensos que são estabelecidos.

3.4. Formação jurídica e efetivação do direito à saúde

No âmbito de suas ações, os membros do MP têm enfrentado alguns desafios que dizem respeito à sua própria atuação em temas e assuntos que não são, *a priori*, comuns e próximos do saber jurídico. Os promotores, afinal, possuem formação em direito e, em larga escala, salientam que não estabeleceram uma

relação próxima durante sua vida pessoal ou profissional com o Sistema Único de Saúde e as suas questões correlatas, sobretudo porque as normas que regulamentam o sistema de saúde brasileiro foram emanadas na recente década de 1990. Deste modo, observa-se a presença de um potencial efetivador do direito à saúde — o MP — que, entretanto, possui desafios inerentes à própria formação acadêmica de seus membros, fundamentalmente embebida do ensino jurídico tradicional, que se constitui comumente como avesso às peculiaridades e especificidades de cada direito ou de suas estratégias próprias de efetivação.

De fato, durante sua formação jurídica, o promotor estabelece pouco contato com os assuntos específicos da gestão da saúde, principalmente no tocante aos arranjos participativos que lhes são constitutivos. A reduzida existência de disciplinas jurídicas que se destinam a fazer uma reflexão sobre os direitos sociais e, em especial, o direito à saúde, para além do que é garantido constitucionalmente, segundo os relatos, produziu um relativo afastamento da reflexão sobre as implicações jurídicas de haver um sistema público de saúde ou espaços públicos de participação. Nesta linha, de acordo com os membros do MP que foram entrevistados,

> *A outra dificuldade é o fato de que nós da área do Direito não somos formados pra atuar na área de políticas públicas. A nossa formação jurídica — a lógica do direito é uma lógica binária — é a lógica do "tem direito ou não tem direito". Na saúde pública, assim como outras áreas de políticas públicas, a lógica é outra: é a lógica de buscar a melhor solução dentro do que está disponível do ponto de vista técnico, financeiro, de recursos humanos — é buscar este possível (Membro do MP/RS)*

> *Não se encontra muito assim doutrina, não tem muito né direito sanitário. Mas o que tem eu tô sempre procurando (Membro do MP/RS)*

> *Eu mesma procurei conseguir tempo e fazer meu mestrado que é direcionado à área de direitos fundamentais né. O meu, especificamente, é relacionado à área da saúde. Então nós procuramos espontaneamente essa qualificação, realizamos encontros bastante contínuos assim nessa área, nos aproximamos de auditores, de médicos, então essa capacitação ela é contínua (Membro do MP/RS)*

Os entrevistados demonstraram que, quando o promotor passa a trabalhar com a tutela coletiva da saúde, não se encontra profundamente familiarizado com os temas específicos atinentes à sua efetivação, o que demanda grande esforço pessoal de aprendizado. Ao se deparar com o ofício de promotor, o jurista se vê inserido num "mundo a conhecer", na medida em que tem que

aplicar os conhecimentos jurídicos apreendidos a temas que soam estranhos e distantes e, em alguns casos, que requerem conhecimento específico de gestão em saúde, medicina, epidemiologia, saúde coletiva, psicologia etc. Assim, a atividade de tutela coletiva do direito à saúde se apresenta como um verdadeiro desafio de superação do promotor, que, ao "tatear" tais especificidades, busca enfaticamente extrapolar seu campo de saber originário com vistas a atingir um conhecimento novo e multidisciplinar.

Mas os desafios que se apresentam na atuação dos membros do MP na saúde também são de outra ordem, esta de caráter institucional. Tal desafio diz respeito ao próprio ofício de promotor, ou seja, ao cotidiano de suas ações no âmbito da efetivação de direitos, principalmente no tocante à atuação nas promotorias do interior do Estado. Vale, aqui, considerar a análise de Aida Silva sobre o Estado de São Paulo, que permite elucidar o trajeto institucional de um membro do MP, cujo raciocínio pode ser também aplicado ao contexto do Estado do Rio Grande do Sul. Ao obter aprovação no concurso público, o promotor realiza o seguinte trajeto institucional:

> *Todos os promotores são recrutados por meio de concursos públicos, iniciando a carreira como* substitutos *e permanecendo obrigatoriamente nesta função por dois anos. Nesta fase, não gozam de* vitaliciedade *e são enviados para onde houver necessidade de substituição de promotores de justiça. Passado este período e sendo efetivamente integrados à carreira, os promotores assumem o trabalho em pequenas* comarcas*. Em função da existência de vagas e também de acordo com seus interesses, eles vão sendo promovidos para comarcas maiores, que exigem um trabalho cada vez mais especializado. Primeiramente, o promotor assume* comarcas de primeira entrância*, no interior do estado, geralmente localizadas em cidades de pequeno porte, atuando na chamada "clínica geral", isto é, cuidando de processos relacionados a todas as áreas, pois geralmente é o único promotor. O passo seguinte na carreira consiste em assumir* comarcas de segunda entrância*, localizadas em cidades maiores. Nestas, o promotor geralmente trabalha ao lado de colegas e inicia-se em áreas jurídicas mais especializadas. As* comarcas de terceira entrância*, por sua vez, estão localizadas em cidades de grande porte do interior, litoral e região da Grande São Paulo. Nestas comarcas, dependendo do número de colegas que possui, o promotor pode assumir uma, duas ou, até mesmo, três áreas de especialização. A seguir, o promotor pode assumir um cargo na única* comarca de entrância especial*, localizada na capital do estado. Na comarca de entrância especial, o promotor tem a chance de se candidatar aos cargos mais especializados do Ministério Público paulista e de "perseguir promoções" até ter condições de galgar o último degrau da carreira, tornando-se* procurador de justiça*. Os membros do Ministério*

> *Público são promovidos na carreira mediante critérios de* antiguidade *e de* merecimento *(Silva, 2001)*

Portanto, o que se denomina como "fazer Ministério Público no interior" tem um significado bastante peculiar para os promotores. O interior, nos relatos, é associado a uma verdadeira escola, pois permite ao promotor a aproximação com diversos temas relevantes para a *juridicização* dos conflitos e lhe confere experiências e habilidades para lidar com os desafios que surgem no cotidiano. Com isso, o interior permite ao promotor se aproximar de diversas legislações, áreas de especialização e formas de efetivar os mais variados direitos. Além disso, o interior permite ao membro do MP estabelecer maior contato e diálogo com prefeitos, vereadores e demais políticos da localidade.

Por outro lado, a generalidade da atuação do interior afasta o promotor de alguns desafios específicos à garantia dos direitos e, logicamente, à garantia do direito à saúde. A *clínica geral* — associada ao próprio volume de trabalho do promotor que se divide nos diversos direitos que são de sua atribuição — pode impedir que o promotor se debruce mais especificamente nos assuntos peculiares a cada um desses direitos. No caso da saúde, uma estratégia desenvolvida pelo MPE/RS para suprir em parte a dificuldade que se apresenta ao ofício no interior foi a produção de um CD-ROM com exemplos e modelos de inquéritos, ações, recomendações e termos de ajustamento no que concerne à efetivação do direito à saúde:

> *Nós aqui na Promotoria fizemos um CD-ROM [...] que nós fizemos para os nossos colegas: sete inquéritos civis, com início meio e fim, ou seja, modelo de ofício, número de portaria, tudo pronto, modelo de Compromisso de Ajustamento, modelo de Ação Civil Pública, se for necessário, modelo de Recomendação, tudo pra sete assuntos. [...]. Porque eu sei que os meus colegas do interior tão com júri, com crime, réu preso, menor, cível, família, tão com tudo. A última coisa que eles vão ver é essa reestruturação da saúde (Membro do MP/RS)*

> *E eu compreendo a situação deles [promotores do interior] porque eles trabalham com tudo. Eles são "clínicos gerais" né. E nesse sentido a minha preocupação é fazer uma coisa muito clara, objetiva, concreta de forma que o colega possa simplesmente abrir o Word, trocar o nome dele, e imprimir (Membro do MP/RS)*

> *Agora, a minha ideia é, esse ano, viajar pro interior, principalmente para cidadezinhas pequenininhas, pra convencer mais os colegas a brigarem. Fa-*

> *zer esse contato, esse diálogo mais próximo com os colegas pra que eles efetivamente usem esse material e passem a fazer isso. No momento em que eu tiver cada município com atendimento básico, bom, nos municípios sede de região, o atendimento de média complexidade, bom, eu com certeza vou diminuir o número de atendimentos na emergência de Porto Alegre (Membro do MP/RS)*

Este CD-ROM, na análise dos membros do MP, produziu resultados positivos no tocante à efetivação do direito à saúde no interior do Estado. Em virtude do compartilhamento de informações, estratégias, saberes e formas específicas de atuação que já vinham sendo realizadas pelos promotores de Porto Alegre, a atuação dos membros do MP no interior se reforçou e, com isso, o direito à saúde passou a receber um maior grau de efetivação.

Deste modo, a pesquisa permite observar duas implicações já no início da carreira de promotor: primeiramente, o promotor atua como um "clínico geral" e, portanto, não é especializado na área da saúde. Por outro lado, a experiência no interior possibilita ao promotor conviver com gestores, políticos e pessoas que influenciam direta e indiretamente as políticas públicas. Ao estabelecer aproximações, diálogos e formas de atuação no interior em conjunto com os diversos atores, o promotor se insere num contexto de *iniciação às práticas de juridicização de conflitos*. Com isso, os profissionais do MP, ao se depararem com um contexto novo de atuação na efetivação de direitos, como é o caso da saúde e suas questões correlatas, são induzidos a repensar sua própria prática jurídica.

Em Porto Alegre, compreendendo a complexidade da demanda em saúde, os membros do MPE realizaram uma especialização de sua atribuição. Nesta instituição, foi designado que dois promotores da Promotoria dos Direitos do Cidadão ficariam responsáveis especificamente pela tutela coletiva da saúde. No MPF, a atuação é atribuída às Procuradorias de Direitos do Cidadão, em que alguns procuradores atuam de forma especializada na saúde. Deste modo, foi a especificidade da demanda em saúde que ensejou a forma de atuação e especialização do MP, conforme se observa no seguinte relato:

> *Isso foi uma decisão da promotoria. Nós entendemos que as demandas em saúde têm uma complexidade própria e que hoje tu tendes de procurar em se especializar (Membro do MP/RS)*

Além disso, a pesquisa permite supor que uma estratégia comum dos membros do MP para reduzir esses desafios de superação tem sido a realização de encontros, fóruns de discussão, palestras e diálogos interinstitucionais,

de modo a trocar experiências, estabelecer estratégias e otimizar resultados. Destaca-se, aqui, a realização do *Curso de Especialização à distância em Direito Sanitário para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal*, pela Universidade de Brasília, em 2003, de caráter nacional, que buscou discutir os desafios de efetivação do direito à saúde e as diversas formas de atuação do MP para sua garantia[51].

Além disso, merece destaque o *Manual de Atuação do Ministério Público Federal em defesa do direito à saúde*, de autoria da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, que visa padronizar e orientar a atuação dos membros do MP brasileiro na saúde e ampliar as suas possibilidades de ação. Os promotores reconhecem a necessidade de uma maior aproximação com os assuntos e temas específicos da saúde. Para isso, promovem diversas estratégias, dentre as quais é possível destacar:

a) no âmbito das relações internas, promovem discussões, mesas e debates com os demais membros da instituição, com o intuito de trocar experiências e compartilhar estratégias de efetivação;

b) no âmbito das relações externas, promovem discussões com outros atores envolvidos na saúde, como as associações civis, os Conselhos de Saúde e os profissionais de saúde;

c) no âmbito das relações institucionais, promovem cursos de capacitação e fóruns de discussão entre os próprios membros da instituição.

Para além dessas relações, os promotores ainda promovem o esforço hercúleo de estudarem e se familiarizarem com o Sistema Único de Saúde, os medicamentos e suas nomenclaturas e efeitos, as estruturas hospitalares, os níveis de atenção, as instâncias de participação e gestão, a hierarquia funcional, dados epidemiológicos etc.

Como fruto da constatação da necessidade de estreitamento entre o campo da saúde e o campo do direito, foi criada a *Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde* (AMPASA)[52], com sede na capital do Estado a que pertencer seu presidente. Esta Associação, que já realizou cinco encontros nacionais, tem produzido resultados bastante positivos. Exemplo disso é a possibilidade aberta de defesa — por parte dos participantes dos encontros, que variam desde acadêmicos, profissionais de saúde e os próprios membros do MP

51 Todos os participantes deste curso de capacitação escreveram monografias, as quais estão disponibilizadas no página virtual da Procuradoria Geral da República: www.pgr.mpf.gov.br. Alguns desses participantes, inclusive, participaram das entrevistas em Porto Alegre.

52 Página virtual da AMPASA: http://www.ampasa.org.br.

— de teses que, se forem aprovadas pelo plenário do encontro, são adotadas como políticas de ação do MP nas diversas cidades brasileiras.

Deste modo, há um desafio que se apresenta à atuação do MP em razão do próprio distanciamento tradicional da formação jurídica às questões específicas da saúde. Além disso, há um desafio de outra ordem, que importa no debate acerca da própria legitimidade social do papel do MP na saúde. Em linhas gerais, os membros do MP de Porto Alegre compartilham da perspectiva de que boa parte da sociedade ainda não conhece a existência do MP ou, se conhece, não tem a exata compreensão de seu papel enquanto efetivador de direitos sociais, a exemplo da seguinte passagem:

> *Uma coisa que eu posso te dizer com relação a isso assim é que muitas vezes o Ministério Público ainda é visto só como órgão repressor né. O Promotor ou o Procurador da Republica é aquele que ajuíza a Ação Penal, é aquele que ajuíza a Ação por Improbidade Administrativa. E esse lado do Ministério Público como advogado da sociedade eu acho que ainda não é bem difundido (Membro do MP/RS)*

Uma estratégia tem sido importante para atenuar essa questão: a aproximação com os Conselhos de Saúde. A pesquisa permite supor que os membros do MP têm buscado ampliar a legitimidade social de suas ações por meio da articulação com instâncias de participação institucionalizadas, o que possibilita uma ação integrada e, ao mesmo tempo, social e juridicamente respaldada. A articulação entre essas instituições se apresenta como um verdadeiro avanço político e social, e ainda se apresenta como uma forma dos membros do MP reduzirem seu distanciamento nas questões específicas de saúde. A partir da aproximação com realidades e concepções diversas que compõem os Conselhos, o promotor adquire uma sensibilização a situações que, inicialmente, "soavam" distantes de sua realidade, ampliando ainda mais seu potencial para a construção e garantia de direitos.

3.5. Ministério Público e Sociedade Civil

O pioneirismo da saúde no campo das políticas sociais brasileiras repousa fundamentalmente nos seus princípios constitucionais, dentre os quais recebe destaque a *participação da sociedade civil,* que se desenvolve, como mencionado, sobretudo no espaço institucional dos Conselhos de Saúde[53]. Um assun-

53 Para uma análise da relação entre MP e Conselhos de saúde, ver Machado (2006).

to constante nos relatórios das Conferências Nacionais de Saúde consiste na necessidade de apoio das instituições jurídicas aos Conselhos de Saúde, que seriam o principal espaço de organização social na luta e melhoria da saúde. A aproximação ocorrida entre o MP e os Conselhos em Porto Alegre se apresentou de forma recorrente, o que representa avanços no exercício da cidadania e na efetivação de direitos sociais.

O MP iniciou a formulação de suas estratégias de atuação no Rio Grande do Sul por meio da realização de diversas audiências públicas por todo o Estado. Tais audiências tiveram por finalidade criar um quadro das demandas em saúde mais comuns da população para, então, estabelecer estratégias de atuação. Além da criação deste quadro, o estabelecimento do diálogo e parceria entre MP, sociedade civil e membros da gestão alimentou a própria capacitação *na prática* dos membros do MP. De fato, os relatos apontam que a interlocução entre os saberes e práticas desenvolvidos no interior do MP, gestão e Conselhos permitiu a ampliação das estratégias de efetivação do direito à saúde em Porto Alegre. Destaca-se, assim, a seguinte transcrição acerca de um membro do MP:

> *Nós iniciamos um processo de realização de audiência públicas em todo Estado do RS para ouvir da sociedade civil como elas viam o SUS, quais eram os principais problemas que poderiam merecer uma atuação do MP nessa área da saúde e também para uma própria capacitação dos procuradores com atuação no interior do Estado que não tinham então nenhum contato com essa área e consequentemente nenhuma atuação na área de saúde pública. Então nós promovemos diversas audiências públicas no estado do RS, em várias cidades em conjunto com os procuradores do interior, eram audiências públicas muito grandes. Eu lembro que tinham audiências com 200, 300 pessoas. E interessante, a partir dessas audiências públicas se estabeleceu um referencial do MPF na área de saúde. Então diversos colegas hoje dizem que começaram a trabalhar com saúde porque essas audiências públicas foram realizadas. Então estabeleceu ali um contato entre MP, sociedade, é... isso perdura até hoje no estado do RS (Membro do MP/RS)*

Tais audiências, que foram organizadas de forma conjunta entre MPF e MPE, possibilitaram o encontro entre os diversos atores envolvidos no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde. Além da participação dos membros do MP, estiveram presentes nesses encontros os membros da sociedade civil, da gestão, profissionais de saúde e usuários do SUS, cuja intenção, conforme destacado pelos próprios organizadores das audiências, consistiria em *ouvir* a população. Na avaliação de um membro do MP,

> *Qual foi o nosso primeiro passo aqui quando eu e meus demais colegas assumimos esta promotoria? Primeiro passo foi: nessa área da saúde começar a conversar (Membro do MP/RS)*

> *esse processo que era o interessante, de ouvir o que as pessoas falavam, inclusive num certo momento você é cobrado de eventuais omissões a questões de saúde. Enfim, nós anotávamos, e essas informações acabavam sendo, digamos assim, o procurador podia a partir disso estabelecer um projeto inicial de atuação na área de saúde pública. Esse era o patamar inicial de onde nós partíamos, e principalmente com o estabelecimento das relações. O procurador que não conhecia o CMS passava a conhecer o Conselho conhecia o procurador, com o secretário municipal de saúde, enfim, as demandas foram criadas a partir desse processo (Membro do MP/RS)*

Interessante notar que a simples possibilidade jurídica da demanda que chega ao MP pela via da sociedade civil não enseja necessariamente a atuação do MP. Ou seja, não basta que a demanda seja possível no mundo do direito, pois os promotores apresentam uma preocupação com relação à sua legitimidade e veracidade. Deste modo, segundo os relatos, os membros do MP buscam incorporar critérios sociais substanciais em suas ações, como mostram as seguintes passagens:

> *Toda a manifestação popular que represente uma demanda cidadã ela é bem vinda, aí na prática isso se constrói na medida em que o caso se apresenta (Membro do MP/RS)*

> *Nós vamos ver esse aspecto que eu coloquei pra ti né, que é a questão de se atribuir ao Ministério Público alguma perseguição, então a gente procura sempre que seja demandado (Membro do MP/RS)*

O cuidado em não ser visto como perseguidor ou como ilegítimo faz com que o Ministério Público procure atuar de forma conjunta ao demandante, seja ele individual ou coletivo. Essa atuação conjunta reforça o canal de diálogo que os membros do MP estabelecem com a sociedade civil e, simultaneamente, amplia as possibilidades de incorporação de suas demandas na resolução de conflitos e na efetivação do direito à saúde.

Em Porto Alegre, observou-se uma ação integrada de ambos os Ministérios Públicos (MPE e MPF) no que concerne à tutela coletiva da saúde. A pesquisa revelou que um exemplo de cooperação interessante que se opera neste município consiste no revezamento entre os membros destas instituições nas reuniões

dos Conselhos. A cada reunião do Conselho de Saúde comparece um membro do MP, sendo este responsável pelo envio de um breve relatório do que ocorreu e do que restou decidido aos outros membros do MP. Isso permite a ampliação do diálogo entre o MP e as instâncias de participação e entre os próprios Ministérios Públicos. Sustentando a ideia de defesa da sociedade, os membros do MP compartilham, nos relatos, que sua atuação seja

> *no sentido de que este acesso seja cada vez mais democrático. Nós entendemos, ou eu entendo — falo aqui por mim né — o SUS como o sistema mais democrático que existe no país, pois qualquer cidadão pode, ou mesmo qualquer pessoa que esteja dentro do Brasil e que não seja brasileiro, mesmo esse tem acesso ao serviço de saúde se dele precisar. (Membro do MP/RS)*

> *Mas o Ministério Público tem, ele no interior e na capital, mantido contato com os Conselhos. Há 10 anos atrás nós tínhamos uma situação completamente diferente de hoje, os promotores de justiça promoveram no interior, nas cidades do interior, pra que os Conselhos de Saúde fossem criados né, os Conselhos Municipais, que é a representação do cidadão dentro do sistema (Membro do MP/RS)*

> *A própria parceria com o Conselho é excelente [...] A gente se dividiu... as três promotoras que atuam na saúde do Estado [...]tem plenárias acho que a cada quinze dias do Conselho, todo ano. A gente fez um calendário que também é impossível passar a tarde inteira, uma quinta sim e uma não, lá né. Que além desse meu trabalho na saúde, eu trabalho com previdência, assistência, e tem também a distribuição judicial, os processos judiciais também para parecer. Então realmente fica muito pesado. Então em função disso a gente dividiu o numero de plenárias entre cinco e cada um participou de umas quatro ou cinco reuniões. Foi super produtivo assim porque a gente passava o relato pros demais, foi muito produtivo (Membro do MP/RS)*

Nesse caso específico, é importante lembrar que a intensa participação e articulação entre as instituições não é algo recente. Sobretudo na experiência de Porto Alegre, esta aproximação se deve à própria constituição da cultura política local, que mobilizou grande parte da sociedade. Isso explica a força política e social que o Conselho de Saúde — reconhecidos pelos outros Conselhos do Brasil como os mais avançados do País —, obteve neste município. O avanço em termos de lutas e conquistas não se restringe apenas aos Conselhos, pois a própria atuação dos membros do MP, em termos comparativos, também é considerada avançada em relação a outras regiões, a exemplo da seguinte passagem:

> *Com isso, eu considero que o Município de Porto Alegre é, dentro do Brasil e de notícias do que eu sei... Ás vezes eu converso com colegas do Norte, por exemplo, e comento com eles que aqui estou discutindo a implementação do PSF agora e eu quero aumentar as equipes de PSF em Porto Alegre. Aí eles dizem: o quê? Na minha cidade, na minha Capital, eu to discutindo vacina. Os caras discutem vacina né! E a gente sabe que realmente o Estado do Rio Grande do Sul é avançado nesta implementação. Acho que o Ministério Público contribui bastante com isso em função dessa relação de parceria né (Membro do MP/RS)*

Percebe-se, ao longo dos relatos, que os Conselhos de Saúde apresentam-se como um dos principais parceiros na atuação do MP em Porto Alegre. Logicamente, surgem benefícios e vantagens para ambos derivadas dessa associação: ao mesmo tempo em que se enriquece de recursos jurídicos e institucionais a atuação dos Conselhos, estes legitimam socialmente a ação do MP na tutela coletiva da saúde. A associação entre Conselhos de Saúde e o MP tem sido, por esta razão, uma prática cada vez mais recorrente nesta localidade. Os membros do MP justificam esta aproximação, nos relatos, pelo interesse do MP em entender mais adequadamente as necessidades da sociedade para que se tornem mais receptivos e porosos às suas demandas. Mais uma vez, observa-se a compreensão de que o MP, antes de tudo, tem a sua razão de existir na defesa da sociedade.

Esta aproximação implica ao MP um conhecimento não apenas teórico sobre a matéria da saúde e suas questões correlatas, mas principalmente o conhecimento do contexto em que esse direito se concretiza enquanto *direito vivo*. A atuação conjunta entre membros do MP e da sociedade civil potencializa o papel constitucional dos Conselhos de Saúde. Além disso, esse espaço de encontro ampliou a substância democrática das ações do MP, conforme se observa:

> *Há uma dificuldade nossa de comunicação com a sociedade. Como é que nós vamos nos comunicar a partir desse mundo que nós temos, um mundo jurídico, um mundo técnico, como é que nós vamos conseguir sair disso pra ir pra sociedade? (Membro do MP/RS)*

> *Não adianta o gestor, o Conselho, ou o Ministério Público ser forte se nós não temos participação popular, se não temos os cidadãos cobrando dos gestores, se organizando né, pra poder pleitear esses direitos. Eu acho que é definitiva a importância do movimento social (Membro do MP/RS)*

Neste sentido, os relatos apontam que os membros do MP — no bojo do reconhecimento da distância entre o mundo das regras jurídicas e a prática

social cotidiana — têm se debruçado e problematizado o processo de formação de seu próprio saber, que seria tradicionalmente apegado a aspectos técnico-jurídicos. Os canais de diálogo criados a partir dessa interface têm possibilitado novas formas e mecanismos de negociação e pactuação entre as diferentes esferas dos poderes públicos e sua relação com a sociedade. Com isso, o MP tem sido um grande entusiasta da *relativização das formalidades* ao compreender a necessidade de que as decisões e problemas em saúde sejam resolvidos de forma célere, eficaz e com participação social. Os relatos apontam a busca, por parte dos membros do MP, de evitar a via judicial para que, por meio do diálogo, se chegue a uma decisão pactuada com o gestor e, muitas vezes, com o Conselho de Saúde. Diante deste cenário e arranjos institucionais específicos de Porto Alegre, a eleição dos instrumentos e formas de atuação para a efetivação do direito à saúde não é trivial, tampouco irrelevante.

3.6. Formas de atuação do Ministério Público

A pesquisa permite sustentar que, em Porto Alegre, os canais de diálogo criados no interior do MP se apresentam como espaços que articulam práticas relacionadas à gestão de políticas públicas, já que neles os principais atores que compõem o processo de formulação, execução e fiscalização das políticas públicas se encontram implicados. Como visto, a atuação do MP em Porto Alegre tem possibilitado novas formas e mecanismos de negociação e pactuação entre as diferentes esferas dos poderes públicos em sua relação com a sociedade. Durante a pesquisa, observou-se que as atividades do MP para a concretização do direito à saúde se pautam, principalmente, pela fiscalização do gestor e dos prestadores de serviços. Para tal, o MP tem atuado por meio de duas formas genéricas: por meio de trabalho "de gabinete" ou por meio de visitas *in loci*.

A primeira forma — o trabalho "de gabinete" — é realizada no âmbito do próprio espaço físico do MPE e do MPF. O membro do MP age de acordo com as demandas em saúde que lhes são apresentadas por jornais, pelas ouvidorias (tanto as do SUS quanto as do MP), ou por representação social. Em todos os casos, a demanda passa por um crivo de veracidade para que sua atuação não seja despropositada, desmedida ou infundada. As passagens abaixo são exemplificativas:

> *A gente toma muito cuidado pra isso não acontecer. Nós vamos ver esse aspecto que eu coloquei pra ti né, que é a questão de se atribuir ao Ministério Público alguma perseguição, então a gente procura sempre que seja demandado. Às vezes, por exemplo, uma pessoa liga, faz um telefonema pra cá, "olha, tá acontecendo isso". "O senhor por favor, envie uma correspondência,*

> *ou então venha até aqui, assine essa documentação". Até porque a gente sabe que muitas denúncias ou algumas delas também são falsas né. Às vezes as pessoas procuram prejudicar alguém em função de sei lá de vingança etc., então a gente tem que tomar cuidado para que isso fique bem documentado. (Membro do MP/RS)*

> *Então grande parte da nossa atuação é em função de demandas individuais, vamos dizer assim, mas sempre a gente dá abrangência geral, a gente nunca atua em favor de uma pessoa né, sempre geral. E tem muita coisa também que chega até nós por meio de órgãos públicos, por exemplo, a auditoria do SUS, tribunais de contas. Tem alguma demanda também que a gente, no trabalho diário, percebe alguma coisa que poderia ser melhorada e, então, de ofício se instaura (Membro do MP/RS)*

> *Mas aí a gente verifica claro que no conjunto — quando tem mais de uma reclamação — [...] aí tu vais tomar uma providência em termos coletivos pra prevenir que aquele tipo de problema não volte a acontecer. (Membro do MP/RS)*

No caso dos jornais, o membro do MP formula sua intervenção e estabelece as estratégias de atuação por meio do estudo da regularidade e da importância social, política, econômica e jurídica da notícia. Ou seja, na medida em que o caso noticiado se apresenta como relevante, o promotor inicia sua atuação no sentido da concretização do direito que esteja insuficientemente satisfeito.

No caso da ouvidoria, os relatos apontam que, em geral, é o cidadão comum que a utiliza para demandar direitos que se encontram violados. Esta demanda individual é registrada no Ministério Público, pois, caso seja repetida por outras pessoas ou, desde já, possua repercussão social, configura um direito essencialmente coletivo, o que enseja sua atuação. Uma questão individual pode potencialmente demonstrar que um determinado serviço não está sendo executado concretamente num determinado local ou que uma política pública encontra-se deficiente. Partindo dessa compreensão, os membros do MP sustentam que se poderia estabelecer um *olhar coletivo* a partir de uma questão aparentemente individual.

No caso da representação social, o MP recebe a denúncia diretamente por parte da sociedade civil organizada, tais como associações civis, representações profissionais, Conselhos de Saúde etc. Procura-se, assim, agir de forma conjunta à sociedade civil de modo que ambos atuem na efetivação do direito à saúde. Em Porto Alegre, como foi analisado, esta articulação é valorizada para que a atuação do MP, além de juridicamente possível, tenha uma legitimidade advinda da própria sociedade civil.

Para além dessas possibilidades de atuação do Promotor "no gabinete", há outras formas mais dinâmicas, que, segundo os resultados da pesquisa, se baseiam fundamentalmente no diálogo. Em Porto Alegre, os membros do MP têm adotado como estratégia a atuação em fases pré-judiciais, visando estabelecer compromissos e acordos extrajudiciais entre os diversos atores, de modo a evitar os problemas típicos de um processo judicial, tais como a morosidade na resolução do conflito, a incerteza da decisão etc. Sensíveis à peculiaridade da saúde no Brasil, os membros do MP têm a praxe de recorrer, sempre que possível, a pactos, estratégias e ações informais e extrajudiciais, valendo-se, sobretudo de sua influência e autoridade simbólica.

Assim, em Porto Alegre, tem sido frequente a *saída do gabinete* pelos membros do MP. A ideia compartilhada por estes consiste em estabelecer um contato direto com a sociedade a fim de conhecer suas carências e atuarem de forma efetiva na concretização de direitos. Essa postura implica estabelecer o contato e aproximação com novos saberes distintos do saber jurídico tradicional e criar alternativas por meio de um diálogo constante. Ou seja, a pesquisa permite supor que os promotores têm buscado superar o imaginário relativamente compartilhado, sobretudo por gestores, de que "o Ministério Público é o órgão antipático por excelência; é aquele sujeito que é pago pelo Estado para falar mal dele" (Membro do MP/RS).

Neste contexto, e até como forma de reduzir essa aparente antipatia institucional, as visitas *in loci* — nos locais — têm se mostrado um instrumento eficaz para estabelecer novas estratégias. O hábito dos membros do MP de irem ao local problemático para observarem diretamente a controvérsia, deficiência ou problema tem se apresentado como uma forma recorrente de atuação no que concerne ao direito à saúde. Deste modo, o promotor torna-se não somente aquele que defende o direito da sociedade, mas também aquele que fiscaliza diretamente o que eventualmente não está sendo feito e pactua estratégias para sua efetivação. Tenta-se, a partir da visita nos locais, dialogar com os próprios atores sociais (profissionais de saúde, membros da gestão, usuários etc.) para se chegar a maneiras de solucionar a questão em conjunto, sem necessariamente *judicializá-la*.

Por isso, o que confere dinamicidade às ações do MP são as suas formas de atuação na efetivação do direito à saúde. A possibilidade de enumerá-las de maneira exaustiva é inviável, pois um simples telefonema do promotor ao hospital ou uma simples visita ao local pode resolver o problema ou sanar a deficiência de alguma política. Pode-se, então, sustentar que o fio condutor da atuação do promotor na localidade estudada — e que pauta as outras formas

de atuação — é o diálogo. A partir do diálogo, procura-se resolver o problema por intermédio de meios alternativos que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado ou célere. O Judiciário, por exemplo, levaria anos para resolver um problema com relação à gestão de um hospital ou com relação às licitações de medicamentos, sendo que, enquanto não resolve, muitas pessoas permanecem prejudicadas em seu direito à saúde. Neste contexto, busca-se evitar a *judicialização* da demanda em saúde, o que não quer dizer que esta não seja *juridicizada*, ou seja, discutida nos termos e sob o prisma do direito.

O promotor, segundo os resultados da pesquisa, compreende seu papel como agente responsável na resolução de problemas sociais e efetivação de direitos coletivos, procurando evitar a via judicial não só pela lentidão e incerteza das respostas do Judiciário, mas também por compreender sua atuação como desvinculada e independente deste Poder para efetivar o direito à saúde. Isso reforça sobremaneira sua relevância no âmbito da efetivação de direitos, que se cristaliza na própria verbalização de Habermas como um autor-referencial para o estabelecimento de estratégias de atuação. Segundo um membro do MP/RS,

> *O nosso objetivo primeiro é sempre buscar o consenso. É por isso que Habermas pra mim é um ídolo do diálogo. Então buscar o diálogo, buscar o consenso, buscar o que é possível agora, criar condições para que aquele outro possível se concretize em um momento mais próximo, mas assim, sempre numa visão de futuro. (Membro do MP/RS)*

Esta preocupação de alcance do consenso, de considerar o outro, de ampliar e incorporar critérios substanciais da sociedade etc., tem sido estratégia comum em Porto Alegre. Inclusive, essa postura do MP na saúde recebeu elogios dos próprios membros da gestão deste município, o que permite afirmar a existência de um caráter dialógico no processo de construção e garantia do direito à saúde. A passagem abaixo é ilustrativa do diagnóstico dos membros da gestão de saúde em Porto Alegre:

> *Porque o Ministério Público, nesse papel, ele também escuta o gestor, ele também olha o limite que a gente tem às vezes que dar conta de determinada coisa em um determinado tempo né. Então ele negocia prazo, mas ele monitora, fica no pé, e ele vai pressionando. E a gente é obrigado a fazer coisa, porque se não fosse por isso não faria muitas vezes, se acomodaria, não faria, parará. Ele também faz esse papel de intermediação que é fundamental. Muita coisa que a gente andou aqui e organizou eu tenho certeza que o Ministério Público e o povo estavam no pé (Membro da gestão/RS)*

> *Eu acho que inclusive é esse [o papel do MP], de mediar esse processo de qualificação da gestão. Porque o Ministério Público, nesse papel, ele também escuta o gestor, ele também olha o limite que a gente tem às vezes que dar conta de determinada coisa em um determinado tempo né (Membro da gestão/RS)*

> *Qual é o meu projeto? Qual é a minha proposta? Em quanto tempo vou poder fazer? E porque não tem entendimento? Em quantos minutos vocês tão levando em média? Eles [membros do MP] vão lá e monitoram, e olham o sistema montado e pede relatório, fiscaliza, e eu acho que isso é muito bom, até porque cria cultura sabe. Cria cultura de avaliar, de monitorar, de acompanhar (Membro da gestão/RS)*

As transcrições acima permitem identificar algumas ideias relevantes. Primeiramente, observa-se a contraposição entre um Judiciário passivo, pouco propositivo, e um MP pró-ativo. E isso ocorre, segundo os gestores, principalmente pela insensibilidade que o Judiciário possuiria em relação à falta de recursos econômicos que a área da saúde apresenta. Em segundo lugar, observa-se que o MP não é visto meramente como uma instituição punitiva ou acusatória, mas sim como uma instituição aberta ao diálogo e à construção de consensos e pactuações, de modo a valorizar as ações e as práticas sociais com vistas ao exercício concreto do direito à saúde. Em terceiro lugar, os gestores indicam que essa atuação do MP possibilita não somente a fiscalização, como também o incentivo à cultura de avaliação e monitoramento, o que aponta para o MP enquanto instituidor de novas práticas de avaliação e gestão em saúde. Por consequência, é possível afirmar que o MP é respeitado e considerado na medida em que atua em conjunto os membros da gestão, razão pela qual as suas demandas recebem um "status" especial no momento da resolução e apreciação:

> *Eu me lembro que aqui muitas vezes "ó, isso é demanda do Ministério Público", aí o troço andava, andava rapidinho sabe, desburocratizava, é bom. (Membro da gestão/RS)*

Este depoimento permite afirmar a ideia de que as demandas do MP recebem destaque por parte da gestão em saúde, possibilitando, inclusive, uma eventual desburocratização de sua satisfação e atendimento. Isso demonstra que a relação entre os membros do MP e da gestão não é de conflito, mas de composição. Isso ocorre, principalmente, por meio de uma postura não baseada no simples interesse ou na divergência de saberes e práticas, a ponto do MP receber um número elevado de respostas junto aos gestores com relação às suas solicitações.

Daí decorre a ideia de que a Ação Civil Pública (ACP), segundo os relatos, seria um "último recurso" a ser utilizado pelo promotor, pois consiste numa ação proposta pelo MP ao Judiciário para a garantia de um direito que se encontra violado. Este tipo de ação, como é proposto perante o Judiciário, demanda considerável tempo para ser solucionada. Portanto, nos assuntos relacionados à saúde — que, em geral, precisam de rapidez nas decisões —, a Ação Civil Pública não se configura como instrumento eficaz e célere de resolução. Isso permite supor, em ampla medida, que o MP busca evitar a *judicialização* dos conflitos e demandas da saúde.

Por meio do recurso ao diálogo, tem se desenvolvido uma outra estratégia, que preserva a juridicidade da saúde sem necessariamente discuti-la no âmbito judicial. Tal estratégia permite que os diferentes atores sociais extrapolem a perspectiva formalista calcada na letra da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Este espaço de diálogo é o espaço da *autocomposição social*, preconizando que as formas extrajudiciais de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada que comporte três aspectos:

a) evitar que um terceiro (o Judiciário) seja o mediador do conflito, de modo que não haja um veredicto, ou seja, não haja um terceiro que dirá qual parte detém a verdade;

b) estabelecer como objetivo não o alcance de uma *verdade*, mas sim de uma *solução* consensual para casos concretos;

c) permitir que os próprios atores realizem a resolução do conflito, de modo a ampliar a celeridade nas decisões.

Por essa razão, a experiência de Porto Alegre tem demonstrado que MP busca *juridicizar* os conflitos, sem necessariamente *judicializá-los*. Uma breve análise das Ações Civis Públicas propostas pelo MPE, por exemplo, evidencia a relevância institucional da estratégia juridicizante. Segundo relato de um membro do MPE, entre os anos de 2000 a 2006, somente duas Ações Civis Públicas haviam sido propostas perante o Judiciário, ambas contra o Governo do Estado, e que contou com a participação de MPE e do MPF, bem como do Conselho Estadual de Saúde.

Uma ação, no ano de 2005, buscou a condenação do Estado para depositar no Fundo Estadual de Saúde o mínimo de R$ 326.856.482, de modo a atingir o percentual mínimo de 12% incidente sobre a receita líquida de impostos e transferências no ano de 2004, sob pena de retenção dos recursos atribuídos ao Estado por força do previsto no inciso II do art. 160, na reda-

ção dada pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 29/2000. Esta ação ainda buscou exigir a aplicação em ações e serviços públicos de saúde, no exercício financeiro de 2005, em não havendo mudança nos atuais dispositivos constitucionais e legais, o mínimo de 12% da Receita Líquida de Impostos e Transferências, na forma prevista no inciso III do art. 77 do ADCT; depositando todos os recursos próprios destinados à Secretaria Estadual da Saúde na conta corrente do Fundo Estadual de Saúde, a fim de possibilitar o acompanhamento e fiscalização pelo Conselho Estadual de Saúde, sem prejuízo da fiscalização por parte do Tribunal de Constas da União, conforme estabelece o § 3º do art. 77 do ADCT.

A outra ação, em 2006, buscou a condenação do Estado para depositar recursos próprios na conta corrente do Fundo Estadual de Saúde, a fim de possibilitar o acompanhamento e fiscalização pelo Conselho Estadual da Saúde, consistentes no valor mínimo de R$ 668, 792 milhões, de modo a atingir o percentual mínimo de 12% incidente sobre a receita líquida de impostos e transferências do ano de 2005, sob pena de retenção dos recursos atribuídos ao Estado por força do previsto no inciso II do art. 160, na redação dada pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº 29/2000.

No âmbito do MPF, a recorrência de ações civis públicas é maior, mas mesmo assim a estratégia do diálogo é adotada como principal. A passagem abaixo é reveladora:

> *Com certeza a nossa relação é muito boa. O Conselho Estadual de Saúde até o ano passado eu participava das reuniões, das plenárias deles. Muito boa a relação! Também se recebe representações, se atua também em função de representações deles, como foi o caso de uma ação que nós ajuizamos ano passado pedindo seiscentos e poucos milhões de reais do Estado pra saúde, porque o Estado não ta cumprindo a Emenda Constitucional 29, e isso foi tudo a partir de uma representação do Conselho Estadual de Saúde. Nossa relação com eles é bem produtiva. (Membro do MP/RS)*

De resto, as estratégias e atuações do MP na tutela coletiva da saúde têm se concentrado, majoritariamente, em pactos, negociações e consensos extrajudiciais. Inclusive, os próprios membros do MP reconhecem que, na área da saúde, a rapidez na solução dos problemas está diretamente relacionada à dinamicidade e à maleabilidade dos instrumentos de concretização de direitos. As seguintes passagens são ilustrativas no tocante à inexistência de ações judiciais contra o município de Porto Alegre:

Um dos motivos de orgulho aqui na Promotoria é que nós, nesses quatro anos, em relação à saúde, eu acho que nós entramos com Duas Ações Civis Públicas. Isso significa o que? Que o Município de Porto Alegre sempre fez o ajuste de conduta conosco (Membro do MP/RS)

O que a gente mais brigava era tempo. Porque eles sempre entenderam que eles também tinham que fazer etc. e tal, então nunca houve oposição né, em relação a isso. Até o momento sempre tivemos muita tranquilidade para trabalhar sobre esse aspecto: você chamava o Município, ajustava, e eles sempre cumpriram, deu tudo sempre certo né conforme o que a gente tava buscando. A maioria mesmo teve vários trabalhos com a SAMU, aí houve cumprimento e tal. Então, não tivemos nenhuma ação judicial nesses quatro anos em relação a saúde no Município de Porto Alegre, porque tudo foi resolvido com o Compromisso de Ajustamento. (Membro do MP/RS)

Muitas coisas a gente resolve na maioria dos nossos expedientes... a grande maioria não é resolvida via judicial. São resolvidos extrajudicialmente por Termo de Ajustamento de Conduta. Muitas vezes em reuniões se resolve alguma coisa... ofícios... se pede né! Se menciona aos órgãos públicos pra implementarem tal política pública. E a gente vai cobrando, vai gestionando. E a maioria das coisas se resolve por aí; são poucos os casos que a gente tem que judicializar mesmo. Isso realmente é uma minoria (Membro do MP/RS)

Assim, não adianta eu querer ir prum lugar e querer que fique tudo maravilhoso em um ano. Então eu vejo: o que é prioritário? o que é mais importante aqui? O que tem que ser feito agora? Eu tenho alguns Compromissos, por exemplo, em que no Hospital X tinha cinquenta itens, aí eu chamava a vigilância sanitária: "me dá aqui os quinze mais importantes. Para estes quinze mais importantes: três meses. "Me dá os outros quinze mais ou menos. Pra esses: seis meses ou um ano. E quais são assim os que dá pra deixar pra lá... mais um pouquinho? Ah! São esses. Então pra esses: um ano e meio ou dois" (Membro do MP/RS)

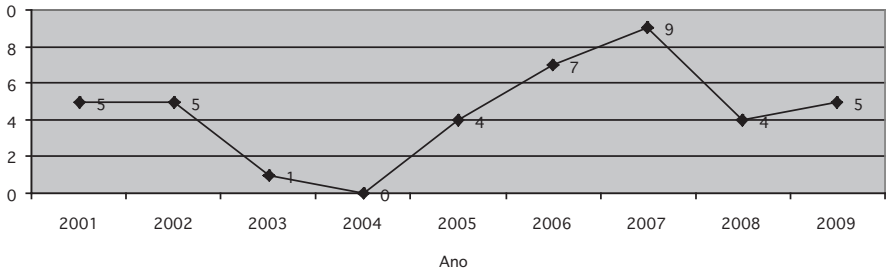
Diante deste cenário, a utilização do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) tem sido preferível à da Ação Civil Pública. O TAC consiste num compromisso ajustado entre o membro do MP e o da gestão, de modo que se corrija uma situação débil ou se satisfaça alguma política de saúde. Neste sentido, o TAC permite:

a) a *previsão* de quando será solucionado o problema (a partir de um prazo);

b) o conhecimento de *quem* o solucionará (por meio de quem assinou o termo);

c) a definição de *como* solucionará (medidas a serem tomadas no prazo para solucionar).

Portanto, a segurança de que o problema será resolvido, conjugada à rapidez do processo decisório, propicia ao TAC o "status" de estratégia formal mais recorrente de atuação do Ministério Público, pois confere maior certeza à garantia de um direito. No âmbito da saúde, o TAC reforça um novo tipo de responsabilidade, que consiste na *responsabilidade sanitária*, que se baseia fundamentalmente em estratégias dialógicas de efetivação do direito. O reduzido número de Ações Civis Públicas propostas pelo MPE/RS evidencia que o TAC tem sido uma das estratégias adotadas para potencializar a efetivação do direito à saúde. Em Porto Alegre, entre os anos de 2001 e 2009, foram firmados 40 Termos de Ajustamento, conforme o gráfico abaixo:



Além destes termos de ajustamento, foram constituídos outros instrumentos extrajudiciais de atuação do MP, tais como as recomendações e os inquéritos, calcados numa perspectiva dialógica. Observe, por meio dos seguintes relatos, como a estratégia do diálogo é utilizada por um membro do MP/RS no âmbito dos instrumentos extrajudiciais:

> *Mas deve haver um canal de dialogo, nós construímos esse canal de dialogo pra que nem todas as demandas, como eu havia te dito, tenham de ser canalizadas pela via judicial. É necessário que haja, pra que o sistema funcione, sob pena de não se conseguir nenhum resultado sob uma ação judicial (Membro do MP/RS)*

> *E, assim, por exemplo, no hospital verificava, junto com a vigilância sanitária, que era preciso arrumar 30 ou 40 itens, então tá. Qual é o prazo que vocês têm? Qual é o prazo que vocês querem pra acertar isso aqui? Aí o cara: dois anos. Aí eu: não, dois anos não te dou. Te dou um ano e meio. Aí assina o compromisso, espera o tempo, vai lá verifica... se cumprido, encerrou o assunto [...] Foi assim que a gente conseguiu (Membro do MP/RS)*

> *A gente não tem possibilidade, o Ministério Público não pode abrir mão do cumprimento da lei, mas pelo Termo de Ajustamento de Conduta ele pode adequar gradativamente, ele pode negociar o cumprimento da norma, como vai ser feito o prazo do cumprimento da norma (Membro do MP/RS)*

> *Até porque o nível de demandas é muito grande né, então se tu formalizar tudo né... então tu procura resolver, e se não há resolução por contato informal, nós formalizamos por meio do inquérito civil, que muitas vezes resolve (Membro do MP/RS)*

Em Porto Alegre — inspirados numa perspectiva de preservação da continuidade das políticas públicas —, os promotores têm procurado vincular os efeitos do não cumprimento do TAC à pessoa do gestor, e não à administração pública em geral, o que amplia consideravelmente as possibilidades de seu cumprimento. Trata-se da obrigação do membro da gestão de reparar outrem, seja moralmente, seja patrimonialmente, por danos causados a este em virtude de sua ação ou omissão. Com isso, ao buscar vincular os efeitos do descumprimento do TAC ao membro da gestão, os promotores buscam reforçar a *responsabilidade sanitária* que aquele tem em relação à efetivação do direito à saúde e à implementação de políticas públicas.

Da parte do membro da gestão, a assinatura do TAC demonstra sua vontade política para resolver uma determinada deficiência ou insuficiência no sistema público de saúde. Caso não assinasse — e tem a possibilidade de não assinar, pois se trata de ato discricionário —, a ACP demandaria muito mais tempo e, por vezes, quando é decidida, o próprio gestor já não se encontra mais em seu cargo, o que retiraria a possibilidade de sua responsabilização. Neste sentido, o gestor que assina o TAC demonstra, simbolicamente, que não pretende se utilizar da lentidão do Judiciário para não implementar uma política de saúde. Assina o TAC, deste modo, mediante prazo fixado e responsabilização certa, com consequências institucionais e jurídicas definidas.

A gestão construída a partir da autocomposição busca uma visão construcionista de conceber novos saberes e práticas em saúde: uma visão compartilhada entre sujeitos, seja na adoção, seja na criação de novas tecnologias de gestão da saúde sob uma perspectiva de *gestão compartilhada*. Tal perspectiva diz respeito muito mais a uma finalidade ético-política do sistema de saúde do que propriamente às suas ações específicas; ao invés de se limitar à prestação de assistência médica, a pesquisa demonstra a compreensão dos membros da gestão e do MP de que a política de saúde deve contribuir para o desenvolvimento de sujeitos autônomos e livres. Consequentemente, esta forma de gestão

contribui decisivamente para a superação da tradição brasileira de normatização e implementação vertical das políticas de saúde, produzindo propostas pautadas num processo dialógico/horizontal entre instituições jurídicas, sociedade civil e gestores. Na avaliação de um membro da gestão de Porto Alegre,

> *O Judiciário atrapalha nesse sentido, porque ele atropela, ele não quer saber, ele não entra no diálogo, ele não faz o diálogo. O Ministério Público aqui até em algumas circunstancias tem sido parceiro, ele vai, acompanha determinadas polemicas, e faz esse contraponto e media. Mas o poder judiciário, esse puro e simples, — a instancia jurídica lá — quando o cara acessa lá "eu quero processar, eu quero entrar com uma ação, eu quero requerer" não tem conversa. (Membro da gestão/RS)*

Mais ainda, este tipo de gestão auxilia na criação de sinergias e ambientes propícios no sentido da definição de prioridades para as soluções dos principais problemas de saúde, sem perder o foco da *juridicização*. Os resultados da pesquisa permitem supor que a *juridicização da saúde* propicia a constituição de respostas concretas às necessidades deste direito por intermédio de uma *vontade comum*, que é pactuada com a convergência de diversos saberes e práticas. Esta *cogestão* se apresenta, por consequência, como um modo de gestão em equipe, próprio das sociedades democráticas, no qual o poder é compartilhado por meio de avaliações e decisões conjuntas, de modo a envolver os diferentes atores sociais que participam do processo. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização da política* e chama atenção, de forma bastante clara, para as atuações extrajudiciais. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos sociais. Talvez, se for possível caracterizar algum tipo de ideologia do Ministério Público em Porto Alegre no âmbito da saúde, a extrajudicialidade se apresenta como atributo central.

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 134 19/10/11 10:33

CAPÍTULO IV

Legitimidade, pluralismo e governamentalidade na juridicização da saúde

O direito à saúde no Brasil, mesmo após duas décadas de sua universalização e adoção de princípios constitucionais basilares, ainda enfrenta diversos desafios de diversas naturezas no âmbito de sua efetivação, os quais remetem a uma série de fatores sociais, estruturais, políticos, culturais etc. Os desafios e debates sobre a garantia de tal direito não se encontram esgotados, abrindo espaço para novas concepções, sentidos, investigações e reflexões sobre a forma por meio da qual se pode torná-lo efetivo.

Principalmente num contexto de ampliação de instituições e práticas democráticas no Brasil, o surgimento de novos atores implicados diretamente no processo de efetivação do direito à saúde complexifica as suas estratégias e limites. Dentre as mais variadas dessas instituições e suas práticas correlatas, é possível destacar a valorização do poder fiscalizador e executor dos Conselhos de Saúde, que são instituições decisivas na incorporação de demandas sociais nas políticas públicas. Articulando-se aos Conselhos, os próprios usuários do sistema de saúde reforçaram suas associações para a efetivação do direito, ganhando relevo o surgimento de núcleos associativos de portadores de HIV, câncer, doenças renais etc.

Uma outra prática democrática se refere à reconfiguração das funções e poderes das instituições jurídicas: o Judiciário passou a exercer papel decisivo na resolução de conflitos, em particular na saúde, e na definição de políticas públicas em geral, o que vem ensejando a *judicialização da política e das relações sociais*. É possível atribuir a essa relevância institucional alguns elementos, dentre os quais se destacam:

a) a ampliação da possibilidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental etc.) e pela via difusa (por meio incidentes processuais a serem julgados por de juízes monocráticos e tribunais);

b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública etc.);

c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juízes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros etc.).

Tais fatores permitem reconhecer um reforço do papel institucional do Judiciário em tornar os direitos expressos formalmente em efetivamente exercidos pelos seus titulares.

Além disso, no âmbito do direito, outras instituições foram alçadas ao papel de defensoras da sociedade, com especial destaque para o Ministério Público, o que ensejou, conforme os argumentos expostos no capítulo anterior, a *juridicização da política e das relações sociais*. A experiência de Porto Alegre indica que a principal estratégia de atuação do MP é a extrajudicialidade. Com isso, observa-se que as relações sociais podem sofrer muito mais uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos pré-processuais pelo MP) do que uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação civil pública ou algum outro instrumento processual).

Como visto, no âmbito dessas novas esferas estatais, sobretudo na saúde, a juridicização desenvolvida pelo Ministério Público desempenha papel fundamental pelo menos em cinco dimensões:

a) na ênfase da ideia de *consenso pelo diálogo*, ou seja, a valorização do processo de negociação, pactuação e concessão recíproca entre os diversos atores cujo resultado é construído consensualmente;

b) a tentativa de estabelecer estratégias de execução pró-ativa de políticas públicas, de modo a consolidar recursos, diretrizes e compromissos a serem implementados num dado tempo pactuado;

c) a incorporação da sociedade civil como pressuposto para a formulação de consensos que sejam efetivamente plurais;

d) a pluralidade de atores e instituições no processo de interpretação constitucional, que não se restringe somente à interpretação oficial, geral ou abstrata de um tribunal;

e) a constituição de um cenário que busca, por princípio, considerar as especificidades dos contextos em que as demandas estão inseridas para estabelecer estratégias mais efetivas para a satisfação de tais demandas.

Diante da configuração constitucional delineada no Brasil, o MP passou a atuar como um agente que também interfere na produção, fiscalização e execução das políticas públicas em saúde. Como visto no capítulo anterior, em Porto Alegre, o MP exerce papel fundamental na consolidação de práticas democráticas por meio de uma perspectiva dialógica, o que reforça sua proeminência na definição das ações em saúde.

Com a Carta Constitucional de 1988 e as normas que lhes são posteriores, a saúde recebeu, dentre outros elementos,:

a) múltiplas dimensões do ponto de vista de seu conteúdo (ex.: individual, social, de cidadania etc.);

b) regras e princípios específicos de sua estruturação (ex.: Lei 8080/90, Lei 8142/90, Normas Operacionais Básicas etc.);

c) um arcabouço jurídico-institucional relevante para sua efetivação (ex.: formas de participação social, regras de distribuição de recursos etc.).

Nesse contexto, o estabelecimento de estratégias para a garantia e efetivação do direito à saúde passou a exigir a compreensão da própria especificidade deste direito no ordenamento jurídico brasileiro, que se irradia sob múltiplos aspectos. Associados à ampliação do papel das instituições jurídicas, os processos de efetivação do direito à saúde têm ensejado discussões sobre:

a) o que seria legítimo enquanto demanda em saúde ou, mais especificamente, o que seria legítimo pleitear enquanto direito à saúde de todos e dever do Estado;

b) os pressupostos sociais e políticos para a configuração dos sentidos do direito à saúde que extrapolem o sentido oficial estatal;

c) diante da existência de uma pluralidade de direitos sociais que exigem a prestação positiva do Estado, o enfrentamento dos desafios acerca do aporte de recursos econômicos para sua plena efetivação, o que amplia as práticas de governar direitos.

A fim sobre refletir sobre tais questões, proceder-se-á nas próximas páginas uma discussão sobre:

a) a perspectiva habermasiana acerca da legitimidade do direito;

b) a análise da perspectiva pluralista do direito;

c) os pressupostos da ideia foucaultiana de governamentalidade.

Com isso, a partir dos resultados da pesquisa empírica, que foram analisados no capítulo anterior, busca-se realizar uma análise a partir dos pressupostos e elementos teóricos oferecidos pelo *procedimentalismo,* pelo *pluralismo jurídico* e pela *governamentalidade*. O objetivo consiste tão somente em pensar em que medida as três perspectivas propiciam elementos teóricos para se pensar o processo de juridicização do direito à saúde em Porto Alegre, além de refletir sobre os seus limites para pensar a juridicização. O intuito não seria de estabelecer congruências ou aproximações necessárias entre tais correntes, mas sim de oferecer ao leitor três formas de pensar a experiência deste município. Mais ainda, seria de mostrar em que medida tais correntes podem contribuir para uma interpretação sociojurídica da experiência estudada, bem como suas limitações epistemológicas, sem necessariamente estabelecer uma filiação a qualquer delas ou hierarquizá-las.

4.1. A dimensão dialógica do direito e a legitimidade

4.1.1. Habermas e o mundo da vida

Um conceito central na teoria de Habermas é o *mundo da vida* (*lebenswelt*), que foi originariamente cunhado por Edmund Husserl (1970). Habermas caracteriza o mundo da vida como o *locus* privilegiado de desenvolvimento das práticas sociais. Deste modo, busca estabelecer uma abordagem acerca do pluralismo presente nas práticas desenvolvidas pelos atores em seu cotidiano e como tais práticas se transformam em direito. Como pressuposto analítico, Habermas admite que, "após a virada linguística, a concepção mentalista de razão de sujeito-centrado foi substituída pelo conceito descentralizado de razão situada, configurando o cenário de uma crítica pós-clássica da modernidade" (Habermas, 2001, p. 149). Constituiu-se, então, um ambiente propício à reflexão sobre a pluralidade de formas e relações societárias.

Na medida em que a razão se encontra situada, as formas societárias não são mais vistas, neste modelo teórico, como universais ou uniformes, uma vez que é preciso considerá-las inseridas na dinâmica do espaço-tempo do atores sociais. Neste sentido, a razão comunicativa que se estabelece intersubjetivamente entre esses atores também é relacionada aos contextos de diferentes formas de vida, de modo que

> *cada mundo da vida provê aos seus membros uma bagagem cultural comum de conhecimento, padrões de socialização, valores e normas. O mundo da vida pode ser pensado como uma força estimulante das condições da ação comunicativa, por cuja mediação, por sua vez, o mundo da vida deve ser reproduzido. Mas as estruturas simbólicas do mundo da vida preservam uma relação com a ação comunicativa, na qual os atores em seu cotidiano das práticas interagem enquanto eles evidenciam critérios de validade e respondem a eles com um 'sim' ou 'não' (Idem, p. 152)*

Nesta concepção, o mundo da vida se configura não somente como um espaço convergente de pluralidades, mas também como um verdadeiro referencial normativo de critérios de validade para a ação[54]. O pressuposto é que a ordem das coisas encontrada no próprio mundo, ou que foi projetada pelo sujeito, ou que surgiu a partir do processo autoformativo do espírito, não mais é vista como racional. Ao invés, "o que é visto como racional é resolver problemas de forma bem sucedida por meio de posturas procedimentalmente ajustáveis à realidade" (Habermas, 1992b p. 35). O procedimento, nesta linha, permite o trajeto rumo à unidade destas pluralidades endogenamente constituídas a partir das práticas sociais, que se desenvolvem em diferentes mundos da vida. Isso confere um caráter consideravelmente dinâmico às transformações sociais, já que envolve um processo circular "entre o mundo da vida enquanto fonte por meio da qual a ação comunicativa surge, e o mundo da vida enquanto produto dessa ação" (Idem, p. 43). Ou seja, conforme William Rehg, as sociedades modernas testemunham uma crescente variedade de grupos e subgrupos, cada qual com suas próprias tradições, valores e visões de mundo. Como resultado,

> *mais e mais conflitos devem ser inseridos na busca de acordos explícitos numa seara de diversos problemas contestáveis, sob condições nas quais a base compartilhada para alcançar tal acordo tem diminuído. Áreas da vida em que a facticidade e a validade foram uma vez fundidas passam por um escrutínio crítico crescente — a facticidade e a validade crescentemente se separam — desencadeando um processo de racionalização societária (Rehg, 1999, pp. 17-18)*

54 Conforme sustenta Antonio Maia, no mundo "reproduzem-se dimensões cruciais da vida humana dadas pela socialização própria a indivíduos dotados de competência comunicativa. Gestada na intersubjetividade aberta pela linguagem, a individuação de sujeitos autônomos se realiza em um horizonte definitivamente marcado por referências histórico-culturais" (Maia, 2008, p. 168). Segundo Cittadino, "Habermas parte do pressuposto de que os sujeitos capazes de linguagem e ação estabelecem práticas argumentativas através das quais se asseguram de que, intersubjetivamente, compartilham de um contexto comum, de um mundo da vida" (Cittadino, 1999, p. 108). Para um aprofundamento acerca da teoria da ação comunicativa e a questão do pluralismo do mundo da vida, ver Habermas (1987).

Mais precisamente, a pluralidade que se configurou com a perspectiva de uma *razão situada*, que admite "a desintegração das visões de mundo metafísicas e religiosas, no nível dos sistemas culturais sob os diversos aspectos da validade" (Habermas, 1992b p. 51), pode agora somente ser organizada no contexto experiencial das práticas do mundo da vida por meio de ações comunicativas delineadas por procedimentos racionalmente estabelecidos. Trata-se de uma perspectiva que, em múltiplos aspectos, enfatiza a possibilidade de alcance de um consenso, mesmo diante de situações claras de dissenso e diferença.

Este é o ponto de partida para se discutir a legitimidade do direito na interface entre a esfera pública e o Estado. Habermas, em múltiplos aspectos, refere-se criticamente aos paradigmas liberal e republicano do direito ao propor o paradigma procedimental. Ao inserir no campo do direito o elemento da democracia, Habermas retira o caráter privatista da produção jurídica e o substitui por um critério procedimental que não se aplica somente aos indivíduos isoladamente na esfera pública, mas à própria sociedade por meio da ação estatal. Por essa razão, o título de seu principal livro sobre o assunto — no alemão, *Faktizität und Geltung* — marca a distinção entre a dimensão factual e a dimensão normativa dos direitos. Respectivamente, compreende-se a facticidade como "a positividade, a certeza e a previsibilidade do direito, suas conexões institucionais e seu aparelho coercitivo" (Idem, p. 34); ao passo que sua validade é entendida como a "legitimidade (ideal) do direito e sua aceitabilidade racional" (Idem), uma vez que, "porque a modernidade compreende ela própria em oposição à tradição, ela procura um fundamento para ela própria, ou seja, a razão" (Habermas, 2001, p. 132). De fato, Habermas considera ambas as dimensões essenciais para a caracterização da legitimidade do direito.

O argumento habermasiano admite que, embora o Estado seja a forma por meio da qual o direito de impõe, é preciso um elemento procedimental que o legitime enquanto norma social, que seria, fundamentalmente, a soberania popular. O argumento de Habermas acerca da cooriginalidade entre a autonomia pública e privada permite sustentar, conforme um de seus próprios textos sugere como título, que a *soberania popular* é a base do *procedimento*. O sistema de direitos que se encontra fundado nessa relação entre a autonomia pública e privada, portanto, encontra conformação concreta enquanto direito legítimo porque seu processo de formulação é orientado de forma procedimental pela soberania popular.

De fato, o autor atrela a produção da legitimidade do direito ao princípio da soberania popular. O direito se apresenta, na análise de Luis Schuartz sobre a teoria habermasiana, como um "*medium* que está a serviço da integração social" (Schuartz,

2005, p. 256). Deste modo, as instituições jurídicas passam a servir "como um meio a partir do qual a sociedade e o Estado podem se comunicar", pois "permitem que os sistemas jurídico e social autorreferenciais mantenham-se abertos aos impulsos do mundo da vida, que é seu ambiente" (Howard, 1996, p. 1410).

Assim, Habermas sustenta que o ponto de partida para pensar a interface entre o mundo da vida e o direito é discutir, numa perspectiva comunicativa, a questão dos processos de formação de consenso que trazem em seu bojo a tensão explosiva entre facticidade e validade. Tais processos se desenvolvem no mundo da vida, porém se manifestam enquanto direito somente no âmbito do Estado, que é dotado de poder administrativo para fazer valer o direito, assim como de poder político para canalizar consensos emergentes do cotidiano dos atores em suas práticas sociais.

Logicamente, o Estado ganha relevo neste cenário. Situando-se como *locus* privilegiado da produção do direito legítimo, o Estado figura na teoria habermasiana como elemento central. Habermas associa direito e Estado que, numa conexão interna, representa a relação entre norma e poder político. Habermas parte do pressuposto de que, nas sociedades organizadas de forma estatal, constitui-se a necessidade de legitimação que não poderia ocorrer nas sociedades primitivas. Diferentemente das leis morais, que por si só preenchem a condição de livre-arbítrio que cada um tem para agir no mundo, "o direito positivo e seu potencial coercitivo precisam obter legitimidade por meio de um procedimento legislativo democrático" (Cittadino, 1999, p. 172). Com isso, ganha relevo, num primeiro momento, a relação entre direito e *praxis* comunicativa dos cidadãos, que se expressa no tocante à sua participação na esfera pública. Num segundo momento, recebe destaque a relação entre a produção da norma jurídica e o Estado.

A discussão sobre a legitimidade do direito em Habermas também nos remete a alguns pressupostos presentes em sua teoria, sendo decisiva a compreensão da relação entre esfera pública e Estado na construção desta legitimidade. Indiretamente, esta discussão nos permite raciocinar uma possível alternativa que Habermas visualizou a respeito da tensão entre pluralismo e consenso. A principal indagação consiste na seguinte: em que medida se constrói um direito legítimo que considere a pluralidade, sendo que os canais de produção de normas são convergentes no sentido de uma unidade?

4.1.2. Esfera pública e direito

Primeiramente, é preciso realizar uma reflexão a respeito da esfera pública na teoria habermasiana. Habermas estabelece como requisito fundamental para

o alcance de consensos no mundo da vida o compartilhamento, por parte dos atores sociais, de valores e critérios de validade comuns. Portanto, a chave argumentativa não é que a pluralidade leva à anomia ou à ausência de padrões comuns. Pelo contrário, Habermas sustenta que, diante do pluralismo nas sociedades contemporâneas, cada vez mais se procura identificar aspectos em comum aos indivíduos (critérios de validade) que se desenvolvam como parâmetros ético-políticos.

Mais propriamente, na medida em que as identidades coletivas podem se desenvolver "somente numa consciência pública descentrada, fragmentada, frágil, dinâmica e disforme, os discursos ético-políticos que alcançam profundidade se tornaram tanto possíveis quanto inevitáveis" (Habermas, 1999, p. 97). Todos agem coletivamente porque vivenciam a ação comunicativa em seu cotidiano, e agir coletivamente significa estabelecer critérios de validade comuns que estejam preenchidos por conteúdos discursivos de ordem ético-política. Nesta linha, a pluralidade habermasiana enseja a *necessidade* de associação entre os indivíduos com o fulcro de estabelecer critérios de conduta no mundo da vida em certa medida compartilhados, servindo-se como referenciais aos atores em suas ações. Na análise de Antônio Maia, o espaço público funciona como uma espécie de *caixa de ressonância* "na qual — a partir dos setores mais conscientes e perceptivos (e por vezes mobilizados) — os candentes dilemas enfrentados pelo mundo contemporâneo são problematizados na busca de formulação de estratégias para seu enfretamento" (Maia, 2008, p. 205).

A noção de esfera pública ganha relevo justamente no momento de *vocalização* desta diversidade e de *constituição* de uma identidade coletiva a partir de critérios comuns. Neste sentido, a "audiência pública possui a autoridade final, porque ela é constitutiva da estrutura interna e da reprodução da esfera pública, o único lugar onde os atores podem aparecer. Não pode haver esfera pública sem um público" (Habermas, 1999, p. 364). Os problemas vocalizados na esfera pública se tornam primeiramente visíveis quando são espelhados nas experiências de vida pessoais. Tal esfera tem o potencial de reunir, simultaneamente, a cultura, a sociedade e a personalidade, construindo um núcleo relevante de vocalização de opiniões, demandas e clamores por parte da sociedade civil. A esfera pública ainda consiste numa "estrutura intermediária entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e dos sistemas funcionais, de outro" (Idem, p. 373).

Além disso, um outro elemento deve ser considerado na teoria do discurso de Habermas: a relação entre direito e democracia sob a perspectiva do Estado. O Estado possui centralidade na argumentação habermasiana sobre o

direito, sobretudo porque o autor visa fundar as premissas da democracia primariamente nos princípios constitucionais alicerçados num sistema de direitos, embora o processo deliberativo que se encontra na gênese do direito moderno, como visto, também se desenvolva na esfera pública. O argumento é explícito no sentido de enfatizar que há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito. Neste sentido, o poder político-administrativo — entendido como capacidade de tomar e implementar decisões coletivamente vinculantes —, "somente pode estabilizar-se, i.e., tornar-se macrossocialmente relevante, se e enquanto aparecer na forma de poder *organizado*, o que requer, por sua vez, o direito como meio de organização" (Schuartz, 2005, p. 271).

De fato, porque os direitos requerem o Estado político, e o Estado requer o direito para sua legitimidade, observa-se uma conexão interna ente o direito e a política no âmbito estatal. Nas palavras de Habermas, observa-se um "poder político 'já pressuposto' [*always already*] no meio do direito, um poder para o qual a formulação e a aplicação do direito devem seu caráter vinculante" (Habermas, 1999, p. 132). O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção, de modo que:

a) toda produção de direito englobe, implicitamente, a presença de um Estado;

b) e que toda atuação do Estado esteja respaldada por um ordenamento jurídico legítimo[55].

Em ambos os casos, a soberania popular atua como fundamento dos direitos, que são constituídos a partir dos procedimentos legitimamente constituídos no âmbito do Estado.

Com isso, o direito e o poder político se apresentam como complementares do ponto de vista sistêmico, pois o direito "autoriza alguns exercícios de poder e desautoriza outros e, além disso, provê procedimentos e formas que definem

55 Interessante, nesse sentido, é a assertiva de Maus: "A forma legal é igualmente indispensável na concepção de Habermas, apesar das justificações teórico-discursivas não serem dadas por ela. Sem a forma do direito, nem o código legal nem o princípio da democracia poderiam se formar" (Maus, 1996, p. 847). Sensível a essa questão, Schuartz afirma que "o procedimento democrático ou, em termos mais gerais, a organização democrática dos processos de formação da opinião e da vontade políticas, tem a função de transportar e atualizar, macrossocialmente, potenciais de racionalidade comunicativa latentes, por assim dizer, no estoque de saber socialmente acumulado" (Schuartz, 2005, p. 285).

vários poderes governamentais e competências para se formar" (Rehg, 1999, p. 28). O poder político, por sua vez, "provê um acervo de sanções que torna o direito socialmente efetivo" (Idem, p. 28). Nestes termos, o poder político-administrativo do Estado não é externamente justaposto ao direito, mas é pressuposto pelo direito e estabelecido na forma do direito. Assim, segundo James Marsh, "não é a forma legal como tal que legitima o exercício do poder estatal, mas somente a ligação com o direito legitimamente constituído, que é racionalmente aceito por todos os cidadãos num processo discursivo de formação de opinião e vontade" (Marsh, 2001, p. 57).

Por outro lado, Habermas sofistica o argumento ao admitir que a conexão interna entre direito e Estado não é suficiente. O fato do Estado possuir o poder político-administrativo para aplicar o direito legítimo alicerçado em princípios constitucionais não basta se tal direito estiver fechado ao exercício e presença do poder comunicativo, que se expressa pela soberania popular. Com isso, "o poder comunicativo está na base tanto da legitimação do poder administrativo como da constituição do direito legítimo que responde imediatamente por tal legitimação" (Schuartz, 2005, p. 274). Segundo Ingebord Maus, o cuidado de Habermas é justamente em delimitar que "o aparato estatal possui o monopólio do poder e violência (Gewaltmonopol), mas ninguém pode efetivamente possuir o poder comunicativo" (Maus, 1996, p. 874), ganhando relevo o debate sobre os canais de legitimidade criados na esfera pública por meio da *vocalização* de demandas e *constituição* de espaços de sociabilidade de forma procedimental.

Se realizarmos um esforço reflexivo, é possível sustentar que a relação Estado/direito atua como um elemento fundamental na tensão anteriormente analisada entre a pluralidade das sociedades contemporâneas e a formação de consensos. Ao introduzir o Estado nesta relação, Habermas fornece subsídios para se pensar em mecanismos de estabilização de comportamentos por meio de uma autoridade vinculante, que, indiretamente, constrói critérios de validade comuns calcados nos princípios jurídicos e no sistema de direitos. Com efeito, Habermas diferencia, de um lado, "instituições arcaicas fundadas em visões de mundo fixadas em orientações de valores por meio de padrões de comunicação rígidos" e, de outro, o direito moderno, que "permite que as convicções sejam substituídas por sanções no sentido do cumprimento de regras" (Habermas, 1999, p. 37). Portanto, mais precisamente, como é possível caracterizar um direito legítimo nos termos habermasianos?

Hugh Baxter oferece alguns elementos relevantes sobre o tema. Segundo o autor, o direito legítimo, na visão de Habermas, é "tanto o resultado da produção democrática de direito quanto o mecanismo que define as estruturas do

comando e obediência oficiais que Habermas chama de 'poder administrativo" (Baxter, 2002, p. 62). Assim, o direito seria o mecanismo de efetivação e regulação do que Habermas denomina como *conversão do poder comunicativo em poder administrativo*, ou seja, entre o poder que emerge das dinâmicas societárias e o poder estatal. Craig Calhoun observa uma relação de tensão na tríade Esfera Pública/Estado/Mercado. O autor ressalta que

> *A importância da esfera pública reside em seu potencial como um modo de integração social. O discurso público (o que Habermas mais tarde e mais amplamente chama de ação comunicativa) é o modo possível de coordenação da vida humana, assim como são o poder estatal e as economias de mercado. Mas o dinheiro e o poder são modos não-discursivos de coordenação, tal como a teoria posterior de Habermas demonstra; eles não oferecem aberturas intrínsecas à identificação da razão e da vontade, e eles sofrem as tendências rumo à dominação e à reificação. O Estado e a economia são então tópicos cruciais rivais da esfera pública democrática (Calhoun, 1992, p. 6)*

Na análise de Calhoun, Habermas constrói um arranjo político-administrativo-econômico-comunicativo em que cada dimensão da realidade social seja, ela própria, a manifestação de processos discursivos de construção de legitimidade. Talvez, a maior contribuição de Calhoun seja conferir destaque ao lugar ocupado pela esfera pública como um componente essencial na produção do direito, tendo em vista que somente tal esfera teria poder comunicativo para influir nesta produção por meio de procedimentos discursivos. Dick Howard também busca refletir sobre a legitimidade do direito em Habermas resgatando a conversão do poder comunicativo em administrativo. Segundo sua concepção,

> *Na primeira instância, o direito terá que reconfigurar o centro ausente tomando o papel político-administrativo. Nesse sentido, o* sistema *político assume a responsabilidade do funcionamento da sociedade como um todo. Os indivíduos, cujas interações crescentemente complexas e diferenciadas ele regula, podem agora relacionarem-se a ele como se ele desse sentido às suas ações e interações. Mas eles também se relacionam com o sistema político estrategicamente tirando vantagem de sua forma universal de modo a reduzir a complexidade de suas decisões individuais. Aqui é onde um segundo parâmetro entra. O direito não é um fato que é imposto pela força; ele precisa ser entendido para ser legítimo. Para ser legítimo, o direito tem que estar baseado no consentimento que, nas condições da modernidade, significa que ele tem uma validade racional ou normativa. Aqui é onde o poder comunicativo entra. Esses dois parâmetros não são separados entre si assim como dois corpos de um rei; mas eles não estão fundidos imutavelmente; o Direito*

> *não sucumbe quando novos direitos são legislados tampouco o Reino quando morre o rei. A questão é sua relação legítima (Howard, 1996, p. 1405)*

O autor introduz um elemento essencial na compreensão da legitimidade do direito em Habermas: o entendimento dos que detém o poder comunicativo, ou seja, dos componentes da esfera pública. De fato, o direito é visto como legítimo não somente porque participa da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, tampouco porque recebe um aparato político-administrativo para seu cumprimento. Seria preciso que os componentes desta esfera pública tenham, de forma racional, o entendimento e compreensão de sua produção enquanto direito. Assim, segundo David Rasmussem, o direito é um instrumento coercitivo. Mas "a condição para a possibilidade de sua implementação coercitiva é válida. Para o direito ser válido deve derivar sua legitimidade daqueles para os quais é aplicado" (Rasmussem, 1996, p. 1068).

A discussão, então, retorna à esfera pública e busca refletir justamente sobre o percurso da transformação do poder comunicativo em poder administrativo, e o meio por meio do qual ocorre esta conversão é, mais uma vez, o *procedimento*[56], que, como visto, já faz parte das relações da esfera pública estabelecidas no mundo da vida.

Tal questão tem chamado atenção de diversos autores[57]. O cerne do argumento de Habermas consiste no seguinte: as normas jurídicas, em virtude de não terem como fundamento de validade o ponto de vista moral, possuem um caráter artificial, razão pela qual o "princípio da democracia tem que não somente estabelecer um procedimento de produção de direito legítimo, mas também conduzir a produção do próprio meio jurídico" (Habermas, 1999, p. 111). Mas a produção de direitos pela via procedimental não é trivial, e Habermas é atento a isso. Com efeito, nestes termos, a legitimidade do direito só é alcançada quando são consideradas as qualificações dos cidadãos para os

56 Para uma análise mais aprofundada desta conversão e da construção de procedimentos, é relevante a análise de Maus. Em seu estudo sobre Habermas, sustenta que "o direito recebe seu sentido normativo pleno não por si, nem pela sua forma, nem por um conteúdo moral a priori, mas pelo procedimento de produção do direito que clama por legitimidade" (Maus, 1996, p. 836).

57 Exemplo desta discussão é a de Jacques Lenoble. O argumento é que "o direito só é legítimo na medida em que seu desenvolvimento e elaboração resultam de uma participação igual de todos os cidadãos na discussão pública que leva à sua adoção pela política. O que segue de um compromisso de aplicar a democracia ao direito e à política é o princípio da discussão como uma precondição para a racionalidade de qualquer discussão objetivando chegar a um consenso sobre normas. Como preço de sua legitimidade, o direito moderno tem que assegurar o respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos. Essa é uma consequência do direito de participação no debate público sobre a justificação de normas, e dos princípios da liberdade e da igualdade que são os correlatos necessários ao direito fundamental de participação pública" (Lenoble, 1996, p. 942).

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 146 19/10/11 10:33

procedimentos de formação discursiva da soberania popular juridicamente institucionalizados. Por isso, seria preciso o engajamento dos cidadãos no processo de transformação das garantias formais em efetivamente exercidas no cotidiano das práticas; não se trataria mais de se *ter* o direito, mas de *exercê-lo*. Habermas, aqui, passa a refletir sobre o que denominou de *democracia radical*[58].

Habermas sustenta que o direito é legítimo "somente se os cidadãos engajados saírem do papel de sujeitos jurídicos privados e tomarem a perspectiva de participantes que estão engajados no processo de alcance de entendimento sobre as regras de sua vida em comum" (Idem, p. 461). Portanto, a *esfera pública* — espaço de vocalização participativa de demandas — não se confunde com o *público*, e o esforço normativo da teoria habermasiana consiste justamente em aproximar ao máximo ambas as dimensões. No texto traduzido para a língua portuguesa como *Soberania popular como procedimento*, o autor sistematiza as ideias mencionadas ao longo dessa seção. Numa das passagens, Habermas sustenta o seguinte:

> *Naturalmente, mesmo uma "soberania popular" procedimentalizada desta forma não pode operar sem o apoio de uma cultura política embasada, sem atitudes básicas mediadas pela tradição e socialização de uma população acostumada à liberdade política: a formação racional da vontade política não pode ocorrer a não ser que um mundo da vida racionalizado a encontre no meio do caminho (Idem, p. 487)*

O dilema da participação é, nesta concepção, o ponto crítico da teoria habermasiana acerca da legitimidade do direito. Uma vez que os cidadãos decidam se abster de participar e, por isso, de construir conjuntamente o direito na esfera pública, como é possível a constituição de uma legitimidade a partir de uma *esfera pública* que não comporta todos os *público*s ou de uma *soberania popular* que não comporta todos os *cidadãos*? A tensão passa a operar não somente na legitimidade do direito, mas na própria legitimidade do Estado.

4.1.3. O diálogo na saúde

No que concerne à experiência de Porto Alegre na saúde, a teoria de Habermas oferece alguns elementos relevantes de reflexão. A primeira observação se

58 A esse respeito, é relevante a análise de Cittadino: "A democracia radical, segundo Habermas, pressupõe uma cidadania ativa que está acostumada ao exercício da liberdade da deliberação na esfera pública política e não uma cidadania que atua apenas excepcionalmente em 'momentos de excitação político-constitucional', como supõe Ackerman" (Cittadino, 1999, p. 214).

refere à perspectiva de "razão situada". Em diversos momentos, observa-se a ideia relativamente compartilhada entre os membros do MP de considerar as especificidades do direito à saúde e, também, as especificidades dos contextos em que este direito é vivenciado. A perspectiva de um direito que ganha sentido enquanto inserido num mundo da vida específico permite supor que o primeiro caminho para sua legitimação no Estado encontra-se traçado. Como visto, a perspectiva situacional de razão assume que as formas societárias não são mais vistas como universais ou uniformes, uma vez que é preciso considerá-las inseridas na dinâmica do espaço-tempo do atores sociais. Os membros do MP ressaltam que a saúde possui características próprias, tais como a necessidade de celeridade das decisões, relevância pública, relação com direito à vida etc. Assim, busca-se, por meio da incorporação das demandas da sociedade civil, justamente constituir estratégias de ação e efetivação do direito à saúde que considerem tais especificidades, notadamente estratégias pautadas pelo diálogo.

Na saúde, o Ministério Público, os Conselhos e as Associações Civis desempenham relevante papel na *vocalização* desta diversidade e na *constituição* de uma identidade coletiva, sobretudo num contexto de polissemia de qual seria o conteúdo e o sentido do direito à saúde. A experiência de Porto Alegre aponta para uma perspectiva de que tais esferas públicas possibilitam a veiculação de demandas advindas da sociedade civil por meio do diálogo. Na leitura de Habermas, agir coletivamente na esfera pública significa estabelecer critérios de validade comuns que estejam preenchidos por conteúdos discursivos de ordem ético-política. Portanto, a pluralidade do mundo da vida passa a receber releituras com vistas a homogeneizá-la e organizá-la com critérios de validade comuns para fins de veiculação nas diversas esferas públicas.

Conforme analisado, o MP possui o potencial de identificar e vocalizar demandas sociais, de modo a se constituir como um *medium* entre a sociedade civil — porque compreende sua atuação como de defesa desta — e o Estado — porque está inserido na organização estatal. A partir dos mecanismos e estratégias de atuação desenvolvidos em seu interior, o MP assume a posição singular de uma instituição que se situa *dentro* e *fora* do Estado. O arcabouço jurídico-institucional constituído no Brasil permite pensar numa instituição jurídica estatal relevante na efetivação de direitos sociais. Porém, sua proeminência não reside na mera legitimidade racional-legal que lhe foi atribuída, mas, sobretudo, em sua possibilidade de servir como *eco* das demandas construídas na interface com a sociedade civil.

A ideia de instâncias de participação da sociedade civil constitui justamente a perspectiva de uma esfera pública intermediária entre o sistema político,

de um lado, e os setores privados do mundo da vida e dos sistemas funcionais, de outro. Ou seja, um verdadeiro meio pelo qual se veiculam demandas e se "oxigenam" as práticas estatais como práticas também sociais. Mas, em ampla medida, o Estado ainda ganha relevo no cenário habermasiano, seja no momento de reconhecimento de tais demandas, seja no momento de constituição do direito legítimo. Situando-se como *locus* privilegiado da produção do direito legítimo, as práticas sociais ainda dependeriam de sua incorporação enquanto práticas estatais para que se cristalizem como legítimas.

Em certa medida, a ideia de juridicização permite pensar em alternativas para a efetivação do direito que não necessariamente ensejam a proeminência da figura estatal clássica para a resolução de conflitos e implementação de políticas, isto é, o Judiciário. Discutir sob o ponto de vista do direito, de maneira dialógica, com foco no consenso, buscando estabelecer soluções, indica a possibilidade de construção de direitos e de novos sentidos que não se reduzem à mera atuação legislativa ou judicial. E a experiência do MP em Porto Alegre na saúde evidencia isso.

A conexão entre Estado e direito, conforme o próprio argumento de Habermas, não esgota a discussão sobre sua legitimidade no tocante ao direito à saúde. De fato, direito legítimo pressupõe poder comunicativo, consensos, discussões, diálogo e, principalmente, uma atitude ativa de seus titulares. Seria, então, preciso que os componentes desta esfera pública possuam o entendimento e compreensão de sua produção enquanto direito e, de outro lado, que incorporem nas instituições do Estado, especialmente as instituições jurídicas, as suas demandas por meio de procedimentos de participação. Nesse sentido, o direito para ser legítimo e, por isso, efetivado, necessitaria de algum tipo de mediação estatal.

A título de exemplo, a realização de audiências públicas pelo Executivo, consultas públicas pelo Judiciário ou inquéritos e demandas pelo Ministério Público têm possibilitado a ampliação da incorporação de sentidos construídos socialmente para o conteúdo do direito à saúde. A indeterminação do que significa saúde, associada à própria indeterminação dos parâmetros jurídicos[59]

59 A análise de Barroso (2008) é um exemplo que identifica a inexistência de parâmetros jurídicos para o deferimento de ações judiciais em saúde, principalmente no caso dos medicamentos. Souza Neto (2008), tendo identificado esta ausência, também se dedicou ao tema buscando constituir alguns parâmetros materiais e processuais no tocante aos direitos sociais em geral. Sarmento (2008), por sua vez, também busca realizar algumas reflexões sobre parâmetros ético-jurídicos para a sindicabilidade dos direitos sociais no Brasil. Segundo Sarmento, "já vencemos, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais. Já é chegada a hora de iniciarmos uma outra fase, de racionalização desse processo. Esta racionalização, de meu ponto de vista, passa por dois pontos principais: (a) a superação de uma certa "euforia judicialista" que tomou conta dos meios jurídicos brasileiros, com o

para definir tal conteúdo, permite a ampliação das possibilidades de discussão e vocalização de demandas e a construção democrática de estratégias de efetivação deste direito.

Tais mecanismos permitem a vocalização destas demandas e a cristalização das práticas sociais enquanto direito legítimo. Porém, no caso da saúde, não somente os mundos da vida, mas também as formas de veiculação de demandas são plurais, pois variam desde as audiências do Estado, ouvidorias, reuniões de Conselho, demandas do MP, até procedimentos formais clássicos, tais como o processo legislativo. Isso complexifica ainda mais a forma por meio da qual as demandas sociais se cristalizam enquanto direito legítimo e os processos de juridicização, sobretudo num contexto em que a sociedade civil brasileira enfrenta desafios relevantes no tocante ao participacionismo, conforme visto na seção desta obra em que se discutiu a relação entre cultura política e a ideia de *estadania*.

Habermas oferece algumas alternativas para se pensar, diante da pluralidade do mundo da vida, o modo de cristalizar direitos nas sociedades modernas. Associadas à esfera pública, tais como os Conselhos, as instituições jurídicas passam a servir como um meio por meio do qual a sociedade e o Estado podem estabelecer comunicação. Isso permite a articulação entre o sistema jurídico e o social, a exemplo da atuação do MP em Porto Alegre. As estratégias de diálogo e incorporação de demandas do MP nessa localidade permitem supor que os procedimentos extrajudiciais se constituem como forma privilegiada de cristalização de direitos. Porém, tais procedimentos não necessariamente passam pelos mecanismos clássicos de legitimação estatal, o que reforça a ideia de juridicização.

Na chave habermasiana, há uma relação necessária entre direito e Estado, de modo que não seria possível pensar a produção e aplicação de normas jurídicas sem um poder administrativo correspondente que, em virtude de sua legitimidade, tenha a possibilidade de efetivar o direito. O direito legitima o Estado por meio de princípios jurídicos, ao passo que o Estado legitima o direito por meio de procedimentos de produção. Porém, faria mais sentido, aqui, tratar-se de uma forma mais ampla de Estado, que não se reduz à organização e funcionamento dos três Poderes, pois incorpora as mais variadas instituições jurídicas não somente como árbitras de conflitos, mas, fundamentalmente, como reconhecedoras e legitimadoras de direitos construídos na interface da esfera pública.

---

reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância da sua função, não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais de políticas públicas implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil; (b) o traçado de parâmetros ético-jurídicos para as intervenções judiciais nesta seara" (Sarmento, 2008, p. 586).

Mesmo diante dessa questão, o argumento de Habermas ganha fôlego na medida em que assume que a conexão interna entre direito e Estado não seria suficiente. O fato do Estado possuir o poder político-administrativo para aplicar o direito legítimo alicerçado em princípios constitucionais não basta, sobretudo se tal direito estiver avesso ao exercício e influência do poder comunicativo. Com isso, o autor permite pensar a atuação de outras instituições, tais como o MP, na veiculação do poder comunicativo como direito.

A legitimidade do direito passa, então, a extrapolar a mera transformação do poder comunicativo em poder administrativo ou a mera existência de um aparato político-administrativo para seu cumprimento. Nesse tema, Habermas insere a questão da racionalidade no processo de transformação de demandas construídas pela soberania popular em direito: seria preciso que os componentes da esfera pública tenham a compreensão de sua produção enquanto direito. Aqui, a saúde enfrenta muitos desafios, tais como o problema da participação dos usuários, o conhecimento dos próprios direitos, a atuação na efetivação da saúde, a legitimidade das instituições jurídicas etc.

Considerando isso, faz sentido a preocupação dos membros do MP em atuar de forma conjunta à sociedade civil para reforço mútuo de ambas as esferas. Da mesma forma, ganha destaque a relação que se estabelece entre os membros do MP da capital e do interior na efetivação do direito à saúde. Compreender seu papel e sua relevância institucional na saúde é o primeiro passo para a efetivação deste direito e, além disso, para o processo de legitimação das próprias ações e estratégias.

O princípio da democracia, isto é, o princípio "D" apresentado por Habermas, se apresenta como essencial nesta seara. No que concerne à discussão acima, o princípio da democracia estabelece não somente um procedimento de produção de direito legítimo, mas conduz a produção do próprio meio jurídico. Isso permite afirmar que tal princípio orienta não somente o conteúdo dos direitos, mas também o processo de legitimação de novos direitos. No caso da saúde em Porto Alegre, é possível identificar sinais de uma democracia ativa, participativa, cidadã, que considera a pluralidade de atores envolvidos desde a formulação até a fiscalização das políticas de saúde. Assim, observam-se caminhos que potencializam a soberania popular enquanto vocalizadora de demandas nas mais diversas esferas públicas.

Ao assumir que a *esfera pública* — espaço de vocalização participativa de demandas — não se confunde com o *público*, Habermas chama atenção para os males da abstenção e da não participação. Em sua compreensão, é o cidadão comum que deve participar da esfera pública. A saúde permite pensar uma

pluralidade de tais esferas, tais como os Conselhos de Saúde, Associações Civis etc. Inclusive, conforme observado no capítulo anterior, em virtude da compreensão de defensor da sociedade e entusiasta da participação, o Ministério Público se apresenta muito mais como uma esfera pública do que apenas como uma instituição estatal.

A juridicização da saúde — que, numa abordagem habermasiana, se relaciona à multiplicidade de esferas públicas, à atuação de instituições jurídicas e à eleição do diálogo como estratégia de constituição da legitimidade do direito — pode receber uma outra perspectiva, que se associa à ideia pluralista do direito. Busca-se, com isso, pensar a produção de direito legítimo para além da presença ou atuação do Estado. É o que se pretende discutir a seguir.

4.2. A dimensão da prática do direito e o pluralismo

4.2.1. A perspectiva pluralista e o campo do direito

Como visto no capítulo acerca do Ministério Público, as reflexões contemporâneas no campo do direito têm se voltado para a relação que se estabelece entre norma e realidade social. O advento do pós-positivismo e a inserção de outras disciplinas permitiram desencadear um processo de *estranhamento* das instituições e normas jurídicas. No tocante à sociologia do direito, como visto, observou-se que busca analisar e esmiuçar problemas com relação à efetividade da norma estatal no seio social com vistas a responder à seguinte pergunta: em que medida as normas jurídicas recebem adesão dos atores em seu cotidiano? Posteriormente, com o incremento da pluralidade de fontes normativas não-estatais e com a constatação de diversos problemas referentes ao acesso à justiça, temos uma perspectiva que se preocupa não somente com a efetividade da *norma produzida*, mas também com a *norma em produção*. Esta compreensão não mais é baseada na adesão pura e simples dos atores à norma estatal, mas também nas condições de produção de normas estatais e não-estatais, que recebem influência direta de relações de poder. Neste sentido, a sociologia passa a não somente se preocupar com a efetividade da norma em particular (reflexão *post hoc*), mas também com os próprios contextos de produção da norma estatal (reflexão *ante hoc*) e de produção de normas não-estatais (reflexão *ad hoc*).

Dentre as perspectivas que se dedicam à reflexão *ad hoc*, a perspectiva pluralista do direito trouxe algumas contribuições para o campo do direito. De

início, deve-se dizer que não existe uma teoria única que englobe toda a perspectiva pluralista. De fato, há uma variedade de autores que buscam pensar o tema da pluralidade das sociedades contemporâneas a seu modo. Um dos nomes mais conhecidos que se dedicam em suas reflexões à perspectiva pluralista do direito é o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos (1974). Aqui, será concentrado o esforço reflexivo neste autor, cuja perspectiva, no âmbito do direito, tem se inclinado para a assunção do seguinte pressuposto teórico e analítico: existem outras fontes legítimas de produção de direito e novos sentidos para os direitos existentes que não necessariamente se confundem com o direito estatal, tampouco são emanadas de um órgão estatal. Nesta linha, o pluralismo jurídico assume que as práticas não-estatais podem interferir no processo de produção de sentidos de normas estatais, assim como podem não resguardar quaisquer relações com estas.

Trata-se de uma perspectiva central para a sociologia e antropologia jurídica dos anos 1960 e 1970, pois "questiona as assunções básicas da teoria política e da jurisprudência[60] liberais, especialmente no que diz respeito à congruência entre o território, o Estado e o direito" (Randeria, 2003, p. 467). Ao problematizar a associação clássica construída pelo liberalismo do século XVII entre Lei-Território-Estado, a concepção pluralista do direito inaugura um cenário em que nem toda lei que é produzida no interior de um território específico é emanada do Estado, questionando a "centralidade do direito elaborado pelo Estado e sua exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social" (Idem). As divergências com Habermas no tocante à legitimidade do direito são notórias.

Santos sintetiza o argumento de forma esclarecedora em seu estudo sobre as tensões entre sociedade civil e Estado. O autor é enfático na crítica às teorias que ignoram a dimensão societária da produção de direitos e de novos sentidos para os já existentes. Tal dimensão não necessariamente passa pelo crivo do Estado, sobretudo no que concerne à sua constituição enquanto direito legítimo. Ao admitir que a "'reemergência da sociedade civil' tem um núcleo que se traduz na reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjetividade, do comunitarismo e da organização autônoma dos interesses e dos modos de vida" (Santos, 1999, p. 124), Santos sustenta que "esse núcleo tende a ser omitido no discurso dominante ou apenas subscrito na medida em que corresponde às exigências do novo autoritarismo"[61] (Idem).

60 Aqui cabe destacar que a palavra "jurisprudência" possui sentido diverso no Brasil. Se no contexto inglês a palavra exprime o caráter científico do direito, ou seja, "ciência do direito", em português a palavra expressa a ideia de "decisões reiteradas dos tribunais acerca de uma determinada matéria".

61 Para uma análise aprofundada sobre o tema do pluralismo sob o ponto de vista epistemológico, ver também Santos (2004).

É possível sustentar que a temática do pluralismo jurídico possui seus fundamentos epistemológicos e metodológicos em momentos distintos do pensamento social e jurídico nacional e internacional. Apesar de se solidificar enquanto perspectiva teórica principalmente a partir das décadas de 1960 e 1970, não é incongruente observar algumas perspectivas analíticas do direito anteriores que, sobretudo por meio de uma abordagem sociológica, o situam numa perspectiva pluralista.

A reflexão *ad hoc*, nesta linha, estabelece o foco para a relação que se estabelece entre a produção endógena de direitos a partir das práticas sociais e as comunidades específicas nas quais incidem tais normas, que se configuram fundamentalmente não-estatais. A perspectiva pluralista — mais uma vez observando uma contraposição relevante à teoria habermasiana — sustenta a emergência de outros centros produtores de direito legítimo na sociedade moderna que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Além disso, admite que as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social.

Alguns autores tratam empiricamente desta temática, de modo a refletir sobre os contextos de produção de sentidos de direitos a partir de práticas sociais. Gislene Neder, por exemplo, sustenta que "o direito não deve ser simplesmente confundido com o Estado e/ou a ideologia dominante. Situado no interior das contradições sociais, espelha a estrutura social existente. Nem todo Direito é, portanto, Direito Estatal" (Neder, 1995: 80). Bobbio, por sua vez, na ocasião em que procurou definir o sentido e os pressupostos do conceito de *pluralismo*, sustentou que se trata de uma concepção "que propõe como modelo a sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de eliminar, o centro do poder dominante" (Bobbio, 2004, p. 928)

Pode-se, assim, afirmar que a noção de pluralismo jurídico traz consigo:

a) a ideia de os fatores sociais são determinantes na produção jurídica por meio de relações de poder;

b) o campo da produção jurídica envolve o embate e o conflito, o que pode levar a contradições dentro de um mesmo espaço territorial.

Neste sentido, esta concepção preconiza que o Estado seria apenas mais um centro de produção de direitos e seus sentidos, existindo esferas não-estatais que produzem outras concepções de direitos e conteúdos para a sua efetivação.

4.2.2. O pluralismo jurídico

A perspectiva pluralista sustenta a emergência de outros centros produtores de sentidos de direito legítimos que não se confundem com o Estado, revelando a complexidade das relações sociais. Como visto, as questões jurídicas não são questões descoladas da sociedade e, portanto, encontram-se amplamente relacionadas ao contexto social. Um dos principais pesquisadores sobre a temática do pluralismo e, em especial, do pluralismo jurídico, é Jean-Guy Belley. O autor realiza um estudo não somente sobre o percurso histórico da perspectiva jurídico-pluralista, mas também busca identificar os pressupostos sociológicos e jurídicos que lhe conferem fundamento.

A primeira questão tratada por Belley consiste justamente no ponto de apoio da teoria habermasiana: a relação entre Estado e direito. O autor observa que, ao longo do tempo, o Estado progressivamente tornou-se o centro da realidade social, de modo que a concepção de direito proposta pelos juristas se impôs no campo das reflexões sobre o direito. Assim, a "estatização do direito foi também uma estatização da concepção de direito dentro do universo intelectual" (Belley, 1986, p. 12), uma vez que toda e qualquer norma foi associada à figura estatal no tocante à sua legitimidade. Por outro lado, Belley identifica, simultaneamente, uma progressiva atenção dada aos momentos de produção de direito não-estatal, partindo do princípio de que a perspectiva estatizante e a pluralista são concomitantes: "a história do pluralismo jurídico desde o início do século atual [XX] é inseparável da história do direito estatal"[62] (Idem).

Neste sentido, seriam três as teses fundamentais que foram historicamente associadas à ideia de pluralismo jurídico:

1) o Estado não teria o monopólio do direito;

2) o direito não seria baseado numa abordagem estritamente racional;

62 Reforçando o argumento, Belley observa: "Elaborado em grande medida em oposição direta a essa concepção dogmática, a teoria sociológica do direito se baseia em três atitudes complementares: o antiestatalismo, o antiformalismo e o anti-individualismo. Às pretensões favoráveis à soberania jurídica do Estado, ela opõe a ideia de pluralismo jurídico" (Belley, 1986, p. 13). Esta constatação da relação entre direito e Estado, inclusive, encontra-se realizada também por Marx. Pogrebinschi, em análise minuciosa sobre Marx, salienta: "A história do direito é a história do Estado moderno, que por sua vez também é a história do modo de produção capitalista" (Pogrebinschi, 2007, p. 306). Em Marx, "Estado e o direito modernos se constituem em um único e mesmo movimento o qual, por sua vez, se identifica com o movimento de constituição do capitalismo. Neste movimento único, é natural que o direito siga ao Estado em sua separação da sociedade civil" (Idem). Com isso, "Estado e direito, portanto, fundam-se reciprocamente um no outro. Um serve de base ao que o outro lhe serve de garantia. Com isso, juridicizam-se os homens e suas relações. O direito passa a ser uma mediação entre o homem e ele mesmo, na medida em que o constitui em sujeito jurídico ou sujeito de direito. Passa também o direito a ser uma mediação entre os homens entre si, já que as relações entre um homem e outro se expressam juridicamente na forma de um contrato. É o contrato, afinal, a ilusão que permite que os homens se relacionem como sujeitos livres e iguais" (Idem, p. 308).

3) o fundamento do direito não seria a liberdade individual, mas a solidariedade social.

O autor observa que a noção de pluralismo jurídico "não tinha nada de essencial que não fosse a primeira dessas teses. Mas ela foi integrada a uma teoria sociológica que se preocupava não somente com o fenômeno da estatização do direito, mas também dos problemas de racionalização e socialização do direito" (Idem, p. 14). Diante dessa explicação, Belley sustenta que os primeiros enfoques sobre o tema do pluralismo no campo do direito foram realizados por autores europeus, principalmente de inspiração alemã, tais como Eugen Ehrlich (enfatizando a ideia de "direito vivo"), Georges Gurvitch (enfatizando a ideia durkheimiana de "solidariedade social") e, inclusive, Max Weber (enfatizando a ideia de "direito estatal pluralista"). Ehrlich, conforme argumentado no primeiro capítulo, propõe uma distinção entre o *direito positivo*, presente na norma jurídica, e o *direito vivo*, fruto da dinâmica social. O direito, portanto, seria maior do que a norma, e seria a partir de sua prática no cotidiano que se poderia observá-lo como dinâmica social. O estudo do *direito vivo* permitiria extrapolar o raciocínio calcado na lei e no Estado, pois assume o direito como um fenômeno social.

Na perspectiva de Gurvitch (1977), ganha relevo a ideia de solidariedade social, a coordenação coletiva de condutas no interior dos grupos sociais e a experiência coletiva de justiça, de modo que o direito se exprima fundamentalmente por uma experiência espontânea e intuitiva do sentimento de justiça. Ou seja, a racionalização desta "experiência jurídica sob a forma de regras abstratas e sua institucionalização nas superestruturas organizadas de tipo legislativo, judiciário ou repressivo, constituem apenas manifestações derivadas e superficiais da existência de uma ordem jurídica" (Belley, 1986, p. 14).

Weber (1991), que segundo Belley também seria um "pluralista", não compartilharia desta perspectiva que autonomiza a produção de direitos em relação ao Estado, porém inseriria no seio do Estado também uma concepção sobre o pluralismo. Na análise de Belley, o argumento de Weber é que "a estatização do direito não significa necessariamente o desaparecimento de todo pluralismo jurídico. Ela põe em evidência, com efeito, o desenvolvimento dos direitos especiais reconhecidos pelo Estado"[63] (Belley, 1986, p. 17).

Seguramente, é na perspectiva de Santos que o pluralismo recebeu contemporaneamente sua versão mais aprimorada no campo do direito. Em Santos, a

63 De fato, trata-se de uma perspectiva semelhante à desenvolvida por Habermas nas décadas posteriores no tocante à relação entre Estado e direito. Para uma análise que buscar articular o pensamento de Weber e Habermas, ver Yves Sintomer (1999).

perspectiva de pluralismo jurídico parte do princípio de que existem outras fontes de produção de direito legítimo que não se confundem necessariamente com o direito estatal. O autor chega a definir as situações em que se configura o pluralismo jurídico, quais sejam: "sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica" (Santos, 1980, p. 87). Tal pluralidade normativa pode receber diversos fundamentos, que variam desde o econômico e alcançam o étnico, profissional, religioso etc. Além disso, "pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária" (Idem) ou, no caso de seu conhecido estudo sobre favelas no Brasil, pode ainda resultar "da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social — neste caso a habitação" (Idem). Ganha relevo a tese de doutorado de Santos defendida na Universidade de Yale sobre o pluralismo jurídico na favela, na década de 1970. A pesquisa empírica foi desenvolvida na favela do Jacarezinho (que recebeu a denominação lúdica de *Pasárgada*), na cidade do Rio de Janeiro. Segundo Santos,

> *no caso específico de Pasárgada, pode detectar-se a vigência não-oficial e precária de um direito interno e informal, gerido, entre outros, pela associação de moradores, e aplicável à prevenção e resolução de conflitos no seio da comunidade decorrentes de luta pela habitação. Este direito não oficial — o direito de Pasárgada como lhe poderei chamar — vigora em paralelo (ou em conflito) com o direito oficial brasileiro e é desta duplicidade jurídica que se alimenta estruturalmente a ordem jurídica de Pasárgada. Entre os dois direitos se estabelece uma relação de pluralismo jurídico extremamente complexa, que só uma análise muito minuciosa pode revelar. Muito em geral, pode dizer-se que não se trata de uma relação igualitária, já que o direito de Pasárgada é sempre e de múltiplas formas um direito dependente em relação ao direito oficial brasileiro. Recorrendo a uma categoria da econômica política, pode dizer-se que se trata de uma troca desigual de juridicidade que reflete e reproduz, a nível sociojurídico, as relações de desigualdade entre as classes cujos interesses se espelham num e noutro direito" (Santos, 1980, p. 88)*

Neste sentido, a pluralidade jurídica presente no interior de uma sociedade não é trivial, uma vez que é acompanhada de uma multiplicidade do ponto de vista de suas causas, cabendo às pesquisas empíricas desvendarem os mecanismos de poder inerentes à produção desses direitos ou de sentidos de direitos já existentes, que não se confundem com o direito estatal. Nesta linha, Randeria reforça a tese de Santos sobre o tema ao afirmar que

> *À medida que o governo é substituído por uma pluralidade de regimes de governo supra e infraestatais, com atores públicos e privados, há um direito descentralizado e microscópico que coexiste, de uma forma mais ou menos incômoda, com o direito monumental que anteriormente era monopólio dos Estados. O domínio do direito está sendo expandido no processo de inclusão de convenções, tratados, acordos bilaterais e multilaterais, bem como de protocolos com efeito jurídico, embora estes não possam ser entendidos como direito, no sentido estrito em que possuam uma base legislativa. Além disso, a linha divisória entre direito público e privado e entre direito e política está sendo reformulada, dada a produção de normas por parte de atores como sociedades de advogados, árbitros privados e ONG's. A criação do direito torna-se cada vez mais um processo contínuo, de origem tanto administrativa quanto legislativa, sendo as regras, regulamentos e prescrições produzidas a partir de uma diversidade de fontes locais e com fronteiras inconstantes (Randeira, 2003, p. 468)*

A diversidade, portanto, expressa-se não somente na relação entre Estado e sociedade, mas também na própria distribuição de poder em ambas as dimensões, de modo que o processo de produção e legitimação de direitos se torne extremamente complexo, sobretudo diante da pluralidade de atores que o compõem.

Deste modo, as teorias que refletem sobre o pluralismo jurídico, a seu modo, partem do princípio de que:

a) é possível que a sociedade influa e produza direitos legítimos no interior do Estado ou externamente a ele;

b) a relação entre Estado e sociedade é de tensão e pluralidade, e não de unidade.

Algumas teorias — mais radicais, tais como Santos — assumem a possibilidade de haver produção de direito legítimo, porque social, fora do âmbito estatal; ao passo que outras — mais moderadas, tais como Weber — admitem que a pluralidade da vida social só recebe legitimidade do ponto de vista da produção de direitos quando incide no âmbito estatal. Neste sentido, as teorias que tratam de pluralismo jurídico nos termos propostos por Santos apresentam um potencial de contraposição à teoria de Habermas muito mais visível, porque admitem como pressuposto a ideia de que a produção de sentidos legítimos para os direitos não se confunde com aquela desenvolvida apenas pelo Estado.

Assim, é possível indicar alguns pontos de tensão entre o *procedimentalismo* e o *pluralismo jurídico*. O primeiro deles consiste na relação de legitimidade que se estabelece entre a produção de direitos, Estado e sociedade. De fato, Haber-

mas propõe uma leitura que difere da concepção liberal do Estado como um guardião da sociedade e da concepção republicana de uma comunidade ética institucionalizada no Estado. Mas, ainda assim, a figura do Estado é fundamental na base do procedimento de consagração dos direitos vocalizados na esfera pública de uma forma dialógica. Por outro lado, a perspectiva do pluralismo jurídico enfatiza a ideia de que os centros não-estatais de poder também produzem direitos e sentidos que recebem legitimidade de seus produtores, independentemente de qualquer ação estatal no sentido de reconhecer tais direitos e sentidos.

Logicamente, isso não quer dizer que, necessariamente, os titulares destes direitos e sentidos construídos fora da esfera estatal não visem, posteriormente, que tais direitos e sentidos não sejam inseridos no âmbito da norma estatal, ganhando relevo, como visto no primeiro capítulo, a ideia de *pluralismo no processo político-decisório*. Assim, ao passo que o *pluralismo jurídico* significaria a emergência de outros centros de poder que realizam a sua própria produção de direito e sentidos para os já existentes, o *pluralismo no processo político-decisório* representaria um outro movimento: a forma que estes centros podem procurar, a partir do embate e do conflito de ideias, inserir na norma estatal a sua norma ou sentido particular. Por isso, a produção de direito realizada fora do Estado pode — e com frequência o faz — retornar ao seu âmbito direta ou indiretamente.

Um outro debate desta tensão diz respeito ao hiato existente entre os procedimentos democráticos e a (des)qualificação dos cidadãos no âmbito da deliberação[64]. A vertente pluralista, a princípio, confere enfoque especial justamente ao ponto de crítica à teoria de Habermas[65]: a ênfase no dissenso, isto é, na possibilidade da pluralidade de práticas sociais fazerem emergir diferentes concepções e sentidos para os direitos. Trata-se, inclusive, de uma crítica desenvolvida pelos próprios adeptos da teoria habermasiana, tais como Thomas McCarthy, Gunther Teubner e Michel Rosenfeld.

Para McCathy, a teoria do discurso de Jürgen Habermas tem sido repetidamente criticada por conferir ênfase ao consenso e não suficiente atenção

64 Ao conferir primazia ao procedimento como fonte de legitimidade do direito, Habermas teria se debruçado pouco sobre a questão da cultura política de participação dos titulares dos direitos nos procedimentos de produção de normas jurídicas. De fato, segundo James Bohman, as diferenças culturais são fatores relevantes no preenchimento do conteúdo democrático do procedimento, uma vez que "quanto maior a esfera pública, maior a dificuldade de certos grupos em participar efetivamente do cenário em que não definiram e tampouco tiveram grande influência" (Bohman, 1996, p. 105). Deste modo, sobretudo num contexto de forte desigualdade social, Bohman salienta que tais desigualdades "podem levar a dificuldades na participação na deliberação pública, particularmente para aquelas visões de mundo minoritárias que precisam de reconhecimento público" (Idem).

65 Para um aprofundamento na temática do pluralismo jurídico com enfoque especial no debate entre essa perspectiva e Habermas, ver Felipe Asensi e Natália Pacheco Jr. (2008).

ao conflito. Assim, "ele [Habermas] quer, ao que parece, defender uma versão teórico-discursiva da 'vontade geral' como a chave da democracia, qualquer que seja o custo" (McCarthy, 1996, p. 1083). O argumento reside no seguinte: de um lado, Habermas insistentemente se detém ao pluralismo, à diferença e ao conflito de orientações de valores característicos do mundo da vida. Porém, "ele usualmente escreve no singular sobre 'a' forma de vida, autoentendimento e identidade coletiva de uma comunidade jurídica-política, e ele consistentemente sustenta o discurso ético-político como objetivando o consenso nesses problemas" (Idem, p. 1099). A crítica reside justamente na (im)possibilidade de se chegar a uma unidade comunicativa a partir de uma pluralidade de atores que estão inseridos em mundos da vida distintos e, por isso, vivenciam suas práticas sociais no cotidiano de formas distintas e com orientações de valores variadas[66].

Segundo Teubner, a ideia de pluralidade discursiva "cria um desafio muito mais dramático para a teoria de Habermas que reside, em ultima instância, na razão discursiva e não contém a diferenciação social ou a diversidade linguística" (Teubner, 1996, p. 904). Teubner, nesta linha, sustenta que, "após a mudança para a pluridiscursividade, o sucesso da teoria de Habermas agora depende de uma solução plausível para a colisão de discursos" (Idem), ou seja, de discursos não disponíveis, *a priori*, para o alcance de um consenso.

Rosenfeld também realiza uma reflexão crítica sobre a temática da pluralidade em face do procedimentalismo ao introduzir na discussão a perspectiva do *pluralismo compreensivo*. O argumento é que, diante da pluralidade de atores e formas de ver o mundo, seria preciso uma justiça que, baseada em procedimentos racionalmente válidos, promova por meio de critérios de decisão algum grau de igualdade a tais diferenças. Principalmente em contextos em que não ocorre a interação face-a-face dos indivíduos, o alcance de consensos a partir de procedimentos torna-se cada vez mais complexo e dificultoso. Neste sentido, a justiça procedimental se torna extremamente importante e promove uma tendência à igualdade. "A igualdade genuína, entretanto, requer que sejam consideradas as diferenças relevantes assim como as similaridades relevantes. Deste modo, a justiça procedimental parece sobre-enfatizar as similaridades, e subenfatizar as diferenças" (Rosenfeld, 1996, p. 798). Rosenfeld, portanto, traz a preocupação de, diante de contextos de ausência de ação comunicativa em virtude da inexis-

66 Nesta linha, o argumento de McCarthy consiste no argumento de que Habermas teria insistido na razão prática e no poder comunicativo de modo a optar pela unidade, e não pela diferença; pela integração da pluralidade discursiva e não pela sua fragmentação.

tência de interações face a face, como é possível um alcance discursivo da justiça a partir de procedimentos?[67]

Seguramente, a tensão entre a perspectiva do procedimentalismo e do pluralismo jurídico não é meramente epistêmica, mas fundamentalmente analítica, o que enseja críticos internos e externos a ambas. Na chave pluralista, o debate confere enfoque aos mecanismos não-estatais de produção de direitos e, principalmente, de novos sentidos para os direitos já existentes, o que amplia das possibilidades de incorporação das demandas sociais no processo de sua efetivação. O exemplo da saúde pode oferecer algumas questões relevantes para essa perspectiva, e em alguns pontos permite problematizá-la, como será visto a seguir.

4.2.3. O direito vivo na saúde

Como ressalvado no início deste capítulo, o objetivo de resgatar o procedimentalismo, o pluralismo jurídico e a governamentalidade consiste tão somente em pensar em que medida as três perspectivas propiciam elementos teóricos para se pensar o processo de juridicização do direito à saúde em Porto Alegre. Trata-se, portanto, de pensar em que medida tais correntes podem contribuir para uma interpretação sociojurídica da experiência estudada, e em que medida podem ser problematizadas, sem necessariamente estabelecer uma filiação a qualquer delas ou hierarquizá-las.

O estudo do direito vivo em saúde encontra-se amplamente relacionado à discussão sobre o pluralismo jurídico. No campo da saúde, é possível afirmar a constituição de um tipo de direito que se caracteriza por sua dinamicidade, ou seja, um direito em permanente atividade que se cria e recria no cotidiano dos sujeitos, sobretudo do ponto de vista da construção dos seus sentidos. Com isso, observa-se a possibilidade de extrapolação dos limites normativos, que está, em grande medida, associada à permanente abertura estatal às demandas e necessidades em saúde da população, por um lado, e ao grau de associativismo da sociedade civil, de outro.

A compreensão de que a saúde possui uma múltipla dimensão (individual, social e de cidadania) amplia as possibilidades do âmbito da validade deste di-

67 Segundo Rosenfeld, uma vez que o pluralismo implica uma falta de acordo no tocante às normas substantivas, ele pareceria o aliado mais promissor da justiça procedimental pura. Deste modo, "idealmente, o procedimentalismo deveria salvar o pluralismo do embaraço de ter que escolher entre as várias concepções de bem em competição. Entretanto, o pluralismo e a justiça procedimental pura são em última instância incompatíveis" (Idem, p. 821), pois esta implica um certo reducionismo diante da realidade social.

reito ser permeada por conteúdos e orientações construídas a partir das práticas sociais. Além disso, permite que as práticas sociais definam novos conteúdos para os direitos existentes e, inclusive, configurem novos direitos que não se confundem como o direito estatal.

Neste cenário de complexidade, a experiência de Porto Alegre oferece elementos relevantes para a questão do pluralismo. Tal experiência não se reduz aos desafios de efetivação do direito à saúde (dimensão *post hoc*), pois enseja uma discussão sobre os contextos sociais, culturais, políticos, jurídicos e econômicos de produção deste direito (reflexão *ante hoc*) e, sobretudo, de produção de concepções de saúde não-estatais (reflexão *ad hoc*).

No que concerne à efetividade deste direito (reflexão *post hoc*), o arcabouço jurídico-institucional que se configurou na saúde brasileira permite a incorporação direta de instituições jurídicas e da sociedade civil no encaminhamento de necessidades e demandas, que são mutáveis no tempo e no espaço e, por isso, exigem a consideração de suas especificidades. A atuação do MP em Porto Alegre permite pensar em novas estratégias de efetivação do direito constitucional à saúde, sobretudo no que concerne aos mecanismos de responsabilização dos membros da gestão por eventuais problemas. A Ação Civil Pública, enquanto instrumento processual de efetivação do direito, e o Termo de Ajustamento de Conduta, enquanto um dos principais instrumentos extrajudiciais, permitem refletir e estabelecer novos caminhos e pactuações para a efetivação do direito à saúde. Porém, a leitura pluralista pode oferecer subsídios em outras dimensões.

No que concerne aos contextos e estratégias específicas desta localidade para a efetivação do direito (dimensão *ante hoc*), também é possível pensar em algumas questões relevantes. Em Porto Alegre, como visto no capítulo anterior, a intensa participação e articulação entre as instituições não é algo recente. Neste município, esta aproximação se deve à própria constituição da cultura política local, que mobilizou grande parte da sociedade. Isso explica, conforme argumentado no capítulo anterior, a força política e social que os Conselhos de Saúde — reconhecidos pelos outros Conselhos do Brasil como os mais avançados do País —, obtiveram neste município. O avanço em termos de lutas e conquistas não se restringe apenas aos Conselhos, pois a própria atuação dos membros do MP, em termos comparativos, também é considerada avançada em relação a outras regiões. Com isso, trata-se de uma localidade com um contexto político e social bem específico, que ampliou as possibilidades de atuação das instituições jurídicas e dos próprios titulares do direito à saúde em seu processo de constituição e efetivação.

No que concerne à produção de concepções não-estatais de saúde (dimensão *ad hoc*), a temática do pluralismo jurídico pode oferecer alguns referenciais

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 162 19/10/11 10:33

analíticos, porém é nesta dimensão que a vertente pluralista é mais problemática. Como visto, a concepção pluralista do direito admite como pressuposto que existem outras fontes legítimas de produção de direito ou de sentido para os direitos já existentes. Tais fontes não necessariamente se confundem com o direito estatal, tampouco são emanadas de um órgão estatal. Assim, tal perspectiva assume que as normas e sentidos não-estatais podem interferir no processo de produção de normas estatais, assim como podem não resguardar quaisquer relações com estas.

A experiência que se desenvolve em Porto Alegre, sobretudo na interface entre Ministério Público e sociedade civil, pode contribuir para a ampliação de nichos de construção de sentidos dos direitos que não necessariamente se constituem ou são legitimados pelo Estado para que tenham seu conteúdo associado como direito à saúde. Porém, a indagação que se realiza é a seguinte: até que ponto a legitimidade formal do MP não seria uma forma do próprio Estado atuar no processo de reconhecimento destes sentidos de direitos que são construídos de maneira não-estatal?

Do ponto de vista ontológico, Habermas e Santos possuem visões similares: existe uma razão situada que, em virtude dessa condição, não se "encaixa" nas molduras estatais preestabelecidas. As especificidades, nessa linha, teriam muito mais a dizer do que as teorias gerais. Porém, as semelhanças entre ambos não vão muito adiante. Em Habermas, observa-se uma trajetória relativamente "escalonada" para a legitimação direito, em que os procedimentos conferem algum tipo de ordem às práticas sociais constituintes de "direitos" que, de fato, só serão direitos na medida em que legitimados por um procedimento estatal. Em Santos, observa-se uma desconexão entre direito e Estado, ganhando relevo a ideia de justaposição de ordens jurídicas, que vigoram e convivem num mesmo espaço territorial e, por vezes, guardam alguma relação de dependência. Nesse contexto, o direito seria maior do que a norma estatal, e seria a partir de sua prática no cotidiano que se poderia observá-lo como dinâmica social, de modo que nem todo direito legítimo possa ser reduzido ao direito estatal.

Em Porto Alegre, a ideia de construção de sentidos para o direito à saúde ressalta no âmbito das práticas sociais. O potencial que se desenvolveu de associação e organização da sociedade civil na saúde, articulado à independência alçada às instituições jurídicas, principalmente o MP, permitiu a construção e reconhecimento de sentidos para o direito à saúde que não necessariamente passam pelo procedimento estatal para serem legítimos. A título de exemplo, a juridicização operada pelos compromissos firmados por meio de Termo de Ajustamento de Conduta poderia indicar que o Executivo, Legislativo e Judici-

ário são apenas mais uma forma de legitimação de direitos. Os acordos travados no TAC exprimem concepções de direitos construídas socialmente, que se desenvolvem por meio da juridicização das relações sociais. Porém, tais compromissos ainda poderiam ser associados a uma intervenção estatal nos processos sociais de construção de sentidos, o que problematizaria a perspectiva pluralista e revelaria uma certa relação de dependência entre direito e Estado.

Com isso, não é trivial valer-se nesta obra dos conflitos e diferenças entre o procedimentalismo e o pluralismo jurídico. A experiência da juridicização em Porto Alegre oferece um relevante potencial analítico, pois elucida justamente em que medida se produz uma unidade sociojurídico por meio de procedimentos, ou se produz uma singularização semântico-cultural por meio de práticas. A ideia de pluralismo jurídico permite pensar o MP enquanto instituição que reconhece as práticas sociais constituintes de sentidos para os direitos, de modo a atuarem como construtoras de novos sentidos para os direitos já existentes, tais como a saúde, o que revela a ideia de justaposição de ordens jurídicas.

Nesse contexto, a perspectiva pluralista do direito permite pensar em direitos enquanto efeitos das práticas sociais, e não meramente institucionalizados por meio de procedimentos uniformizantes estatais, apesar de ensejarem algum grau de implicação de atores estatais, a exemplo do MP, Conselhos etc. Por outro lado, deve-se pensar em que medida a instituição estatal Ministério Público passa a atuar como uma agência de seleção de quais sentidos construídos socialmente serão cristalizados no âmbito estatal.

Com isso, o que confere relevo à experiência de Porto Alegre, nessa perspectiva, é a possibilidade das formas associativas da sociedade civil e de instituições jurídicas produzirem novas concepções e sentidos sobre o que significa o direito à saúde. Tais concepções e sentidos não se reduzem à interpretação oficial do Estado e, tampouco, passam por um procedimento estatal para que sejam assim configuradas, pois englobam outros espaços de vocalização de dissensos e construção de sentidos.

Poderia tratar-se, então, de direito vivo. Mas de um direito vivo que, apesar de construído socialmente, também encontra uma faceta nas instituições estatais, sejam elas jurídicas (a exemplo do MP) ou sociais (a exemplo dos Conselhos). O MP, na experiência de Porto Alegre, ao adotar estratégias de juridicização, permite a ampliação de tais direitos a outros indivíduos, porém visando a consideração das especificidades e a recusa à leitura da sociedade sob o ponto da vista da unidade ou de molduras abstratas. Assim, o MP, em alguma medida, expressa o reconhecimento estatal de tais direitos construídos endogenamente no âmbito das práticas sociais, mas tal reconhecimento não se apresenta como

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 164 19/10/11 10:33

condição *sine quad non* de legitimidade. A atuação do MP permite a juridicização dos sentidos de direitos que são construídos pelos indivíduos no cotidiano de suas práticas, e não somente a juridicização das relações sociais ou dos conflitos que possam destes sentidos advir.

Se na chave habermasiana foi possível identificar o consenso como questão central no processo de juridicização, o dissenso se apresenta como relevante na chave pluralista. A perspectiva pluralista oferece uma visão do direito que não se confunde com a interpretação consolidada do Estado, o que amplia a possibilidade de interpretar as ações do Ministério Público em Porto Alegre para além da mera atribuição que lhe foi delineada constitucionalmente. Não seria esta instituição somente uma cristalizadora de consensos construídos na interface da sociedade civil e Estado, mas também uma racionalizadora de direitos vivos que são construídos endogenamente pelos indivíduos no âmbito de suas práticas sociais. Com isso, o MP seria um ator privilegiado no reconhecimento dos sentidos do direito à saúde que são construídos no âmbito das práticas sociais. Mais ainda, seria uma das principais instituições estatais envolvidas no processo de cristalização de tais sentidos no âmbito do próprio Estado.

Para além do debate acerca do reconhecimento de novos sentidos para os direitos, o fato da Constituição ter resguardado um amplo catálogo de direitos que devem ser implementados por meio de políticas públicas pelo Estado tem ensejado desafios econômicos para a sua efetivação. Com isso, o debate sobre o conteúdo do direito à saúde e a sua legitimidade não esgota os limites e debates de sua efetivação. Seria preciso que o Estado adotasse estratégias para *governar* esses direitos garantidos constitucionalmente, o que permite pensar a perspectiva da governamentalidade. Esta perspectiva busca refletir sobre o momento da efetivação dos direitos, sejam eles construídos a partir do consenso (procedimentalismo) ou do dissenso (pluralismo jurídico), porém sempre buscando refletir sobre a relação que se estabelece entre Estado e governo. No âmbito do debate sobre a *governamentalidade*, a questão da saúde permite a discussão, que tem sido travada no cenário contemporâneo, sobre os custos econômicos de sua implementação e as estratégias de alocação de recursos escassos. Procede-se, então, a uma reflexão sobre a concepção de direito de Michel Foucault e as suas principais relações com a governamentalidade.

4.3. A dimensão da efetivação do direito e a governamentalidade

4.3.1. Foucault: do direito à governamentalidade

A concepção de poder que Foucault apresenta ao longo de sua obra permite pensar algumas relações que se estabelecem entre direito e verdade e, ainda, entre governamentalidade e direito. Apesar da ideia de poder estar presente em todo seu pensamento, Foucault não sistematizou os seus pressupostos, sentidos e formas de ação em sociedade. Isso ensejou o debruçar de diversos autores estrangeiros e, inclusive, no Brasil, que buscaram pensar o conceito de poder e a sua forma de operacionalização no âmbito das práticas sociais.

Dentre tais autores, Pogrebinschi dedica especial atenção à identificação de princípios e características para definir o poder em Foucault. Para tal, a autora apresenta alguns pressupostos presentes no pensamento de Foucault que, em ampla medida, influenciam sua concepção de poder. Pogrebinschi salienta que se constituíram no âmbito dos estudos de Foucault duas concepções de poder: a de poder enquanto *repressão*, comumente associado ao poder disciplinar e ao biopoder; e a de poder enquanto *emancipação*, que, segundo Pogrebinschi, se trataria de um poder inominado. No argumento da autora, o conceito foucaultiano de poder encontra-se além daquilo que as suas investigações históricas conferiram ao poder disciplinar e ao biopoder. Portanto, haveria um

> *núcleo comum entre essas duas categorias e um outro conceito de poder, abstrato, inominado, existe, entretanto, e é o que permite identificá-lo. Trata-se de um núcleo teórico-conceitual que, ao afastar o poder da ideia de repressão e de lei, o torna emancipatório, libertador. Trata-se, afinal, de um conceito de poder como produtividade, como positividade. A chave para encontrar esse núcleo comum nos conceitos de poder disciplinar e de biopoder é a permanência em ambos do poder-saber, da ideia de poder enquanto produtor de conhecimento (Pogrebinschi, 2004)*

A análise de Foucault sobre verdade e conhecimento permite pensar nesse poder inominado que, por natureza, se apresenta como emancipador e libertador. Foucault parte do princípio de que não há uma relação necessária entre o conhecimento e as coisas a se conhecer, ou seja, o que se sabe a respeito de algo não é próprio de sua essência. Sob influência do pensamento de Friedrich Nietzsche (1998), Foucault sustenta que o conhecimento não faz parte da natureza humana e, então, não é algo que diz respeito à essência do homem; o conhecimento é sempre inventado. Assim, "o conhecimento não é instintivo,

é contrainstintivo, assim como ele não é natural, é contranatural" (Foucault, 1999, p. 17). Logo, temos "uma natureza humana, um mundo, e algo entre os dois que se chama o conhecimento, não havendo entre eles nenhuma afinidade, semelhança ou mesmo elos de natureza" (Idem, p. 18).

Por não fazer parte da natureza humana, o próprio conhecimento também não pressupõe uma relação de afinidade ou semelhança com as coisas; ao contrário, o conhecimento exprime relações de poder, as quais desmistificam a ideia de algo unificado ou homogêneo. Na verdade, "o que se encontra no começo histórico das coisas não é a identidade ainda preservada da origem — é a discórdia entre as coisas, é o disparate" (Foucault, 2004a, p. 18). Portanto, é a partir desse disparate que se alcança um resultado, a algo inventado, ao conhecimento. Pogrebinschi salienta que esse poder inominado que vai além da repressão se situa na gênese do conhecimento. Portanto,

> *o poder produz: ele constrói; destrói e reconstrói; ele transforma, acrescenta, diminui, modifica a cada momento e em cada lugar a si mesmo e a cada coisa com a qual se relacione em uma rede múltipla, móvel, dinâmica, infinita... o poder é produção em ato, é a imanência da produtividade. Acima de tudo, como vimos, o poder está em estreita relação com o saber. Poder e saber se produzem e autorreproduzem, estabelecem uma relação de mútua dependência — e de mútua independência — produzindo, dessa fusão interprodutiva, um novo conceito: o poder-saber (Pogrebinschi, 2004)*

Diante dessa questão, Pogrebinschi oferece alguns princípios que permitem pensar e analisar a concepção de poder de Foucault. O primeiro seria o *princípio da localidade*, que denota que o poder é analisado por Foucault em suas formas e em suas instituições mais locais, de modo que a sua intenção consiste em "ir para além das regras de direito que organizam e delimitam o poder: é atrás delas que estão as técnicas, os instrumentos e até mesmo as instituições que Foucault quer trabalhar" (Idem). O segundo seria o *princípio da exterioridade* ou da *objetificação*, que enseja não tratar o poder no nível da intenção ou da decisão, mas sim na perspectiva de sua externalidade, ou seja, "no plano do contato que estabelece com seu objeto, com seu campo de aplicação. Trata-se, afinal, de buscar o poder naquele exato ponto no qual ele se estabelece e produz efeitos" (Idem). O terceiro seria o *princípio da circularidade* ou *transitoriedade*, que preconiza que o poder se exerce em uma espécie de rede, e os indivíduos se situam nessa rede, em cada momento, em posição de exercer o poder ou em posição de submetidos a ele. O quarto seria o *princípio da ascensão*, que exprime a genealogia foucaultiana como uma análise ascendente do poder, "que parte de

seus mecanismos moleculares, infinitesimais, até chegar àqueles gerais, globais" (Idem). Por fim, Pogrebinschi ainda salienta o *princípio da não-ideologização*, que exprime a intenção de Foucault de se afastar das compreensões ideológicas do poder e substituí-las pela ideia de saberes e práticas.

Ao apresentar tais princípios como norteadores da concepção de poder em Foucault, Pogrebinschi estabelece um quadro conceitual relevante para se pensar como o poder, na visão de Foucault, operacionaliza-se no âmbito das práticas sociais, o que produz questões relevantes para se pensar a relação entre direito e verdade. Primeiramente, é importante ressaltar que o conceito de poder é formulado a partir de um olhar que vai além do Estado "para buscar no micro e não no macro os elementos moleculares de sua realização cotidiana" (Idem). Além disso, há uma relação triangular, na visão de Pogrebinschi sobre o pensamento de Foucault, entre os conceitos de poder, direito e verdade, de modo que o conceito de poder se situe entre o direito e a verdade. Neste sentido,

> *O poder, portanto, institucionaliza a verdade. Ou, ao menos, ele institucionaliza a* busca *da verdade ao institucionalizar seus mecanismos de confissão e inquirição. A verdade se profissionaliza, pois, afinal, no seio daquela relação triangular, a verdade é a norma: nesse sentido, e antes de mais nada, são os discursos verdadeiros que julgam, condenam, classificam, obrigam, coagem... trazendo sempre consigo efeitos específicos de poder. (Idem)*

Vejamos como isso se configura na questão dos direitos[68] utilizando, a título de exemplo, a análise de Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*. O autor resgata as formas jurídicas que emergiram ao longo da história, realizando uma reconstituição de como o direito foi se transformando da ideia de *justiça privada* para a de *justiça pública*, sob o seguinte argumento:

> *O Direito Germânico não opõe dessa luta a guerra à justiça, não identifica justiça e paz. Mas, ao contrário, supõe que o direito não seja diferente de uma forma singular e regulamentada de conduzir uma guerra entre os indivíduos e de encadear os atos de vingança. O direito é, pois, uma maneira regulamentada de fazer a guerra (Foucault, 1999, pp. 56-57)*

Desta forma, o direito (germânico medieval, vale contextualizar) se constitui como o espaço do conflito, que se desenvolve de forma institucionalizada e mediante alguns procedimentos comuns às partes em litígio, de modo que "entrar no domínio do direito significa matar o assassino, mas matá-lo segun-

68 Para uma reconstrução mais aprofundada da análise de Foucault sobre o direito, ver Asensi (2006).

do certas regras, certas formas" (Idem, p. 57). Temos, então, o direito como a manifestação institucionalizada da guerra; porém não se trata de uma guerra que produz danos físicos a outrem, mas sim uma guerra de procedimentos, de argumentos, de fatos, de perspectivas sobre a titularidade de direitos. Trata-se de argumento que também é desenvolvido por Foucault (2005) em *Vigiar e Punir*, em que sustenta que as práticas de punição no mundo moderno passam de uma perspectiva físico-corporal, em que as penas incidiam sobre o corpo do condenado, para uma perspectiva disciplinar, em que as penas incidem em estratégias, recursos e recorrência às formas de controle sobre as ações de maneira institucionalizada, de modo a proceder à domesticação dos corpos.

Na guerra, o vencedor é aquele que sobrevive à luta. Porém, no estudo do direito realizado por Foucault em *A verdade e as formas jurídicas*, não há como determinar o vencedor a partir das duas partes, pois se constitui uma situação de embate entre duas verdades. Então, faz-se mister uma terceira pessoa, alheia à controvérsia, que servirá como mediadora e, em seguida, proferirá um veredicto sobre qual verdade prevaleceu de forma soberana. Neste sentido, Foucault argumenta sobre como dos indivíduos é subtraída a possibilidade de resolverem, por si sós, os seus litígios, uma vez que é o poder soberano que passa a impor a decisão final:

> *O soberano, o poder político vêm, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano. [...] Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um individuo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um individuo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano (Idem, p. 66)*

Em outras palavras, o soberano — em sentido amplo, entendido também como o Estado — é não somente a parte lesada, mas a que exige e aplica a reparação ao dano. A lesão simbólica ao soberano é comparável à comissão de um pecado, que deve receber a devida sanção institucionalizada em virtude de sua relevância social transgressora. Nota-se, na genealogia foucaultiana sobre o direito germânico medieval que, a partir da possibilidade de um terceiro resolver a contenda entre as partes e a partir da possibilidade do crime lesar simbolicamente o soberano, ocorre uma mudança na concepção de justiça. De uma *justiça privada* a qual não pressupunha um poder exterior e que se impõe sobre

o litígio, temos uma *justiça pública* que é realizada pelo terceiro alheio ao litígio e que detém a legitimidade para tal.

Essa transição do privado para o público ocorre principalmente por meio da apropriação pelo soberano dos procedimentos e mecanismos de resolução de conflitos, apesar de já haver práticas centralizadas no que concerne à administração pública. A *publicização* do direito, portanto, desenvolve-se na medida em que ocorre a *concentração* da produção do direito nas "mãos" do soberano[69]. O direito se constitui por meio de relações de poder que buscam a partir do embate de verdades, uma solução comum designada por um terceiro. Daí resulta a importância do discurso e da hermenêutica como formas de persuasão e a soberania como estratégia política de designação e efetivação de direitos. Esta perspectiva é relevante quando se trata da governamentalidade, conforme será argumentado.

4.3.2. Os estudos de governamentalidade

Em 1978, Foucault sistematizou sua concepção sobre governamentalidade num dos seus cursos ministrados no Collège de France, servindo sua palestra como elemento seminal de todo o debate que veio posteriormente. Porém, não foi apenas na França que o conceito ganhou atenção, recebendo forte debruçar também dos autores de tradição inglesa.

Quando se trata de governamentalidade, busca-se estabelecer uma perspectiva não-estatizante e não-ideologizante dos *regimes de práticas* de governo, visando pensar como tais práticas se desenvolvem e as formas, tecnologias, saberes, poderes, estratégias etc. que são correspondentes ao seu desenvolvimento no mundo da *práxis* sob uma orientação crítica[70]. Trata-se, então, de uma perspec-

69 Na análise de Foucault sobre o período medieval germânico, o autor observa que o agente que permite essa publicização do direito é o procurador, que se encarregava de "levar" o direito às partes por meio de visitas periódicas às localidades, servindo-se como a extensão capilar do poder soberano por meio procedimento do inquérito. Segundo Foucault, "o inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício de poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e determinações econômico-políticas" (Foucault, 1999, p. 78). Nesta linha, é a partir do inquérito que se torna possível o embate institucionalizado, procedimentalizado e regulamentado de verdades. A conclusão do inquérito funciona como uma forma de definir qual verdade prevaleceu naquele litígio e diante daquelas circunstâncias, produzindo um saber-poder. É saber porque é fruto do embate de verdades; é poder porque impõe qual dessas verdades deve prevalecer de forma coercitiva.

70 A respeito do pensamento crítico de Foucault (2004), Jan Masschelein sustenta que o autor "recusou entender a crítica em termos de um ato de julgar a legitimidade ou de colocar a teste pela subjugação às demandas da razão" (Masschelein, 2006, p. 561). Em outro momento, Masschelein demonstra que, no

tiva que situa os regimes de práticas como centro da análise e busca desvendar a lógica de tais práticas. Por essa razão, a análise de governo nos termos propostos por Foucault possui uma dupla-dimensão: é *diagnóstica*, porque se refere a fatos empíricos que já aconteceram ou que estão acontecendo sob uma perspectiva crítica; e é *genealógica*, porque busca reconstituir as condições de possibilidade de emergência de um conhecimento acerca do mundo que enseja, necessariamente, um poder de intervenção e/ou influência em seus saberes e práticas.

Na perspectiva da governamentalidade, o poder é somente poder inominado, isto é, construtor de saberes e práticas, e não meramente repressivo, uma vez que endereçado a indivíduos que são livres para agir de uma forma ou de outra. O poder pressupõe mais do que anula as práticas dos agentes e, então, age *sobre* e *a partir* de um contexto aberto de possibilidades de ação. "Portanto, apesar do poder ser uma dimensão onipresente das relações humanas, o poder na sociedade jamais é um regime fixo e fechado, mas sim um jogo estratégico aberto" (Gordon, 1991, p. 5). Assim, na perspectiva da governamentalidade, o "poder político é exercido hoje por meio de uma profusão de alianças cambiáveis entre as diversas autoridades em projetos para governar uma multidão de facetas da atividade econômica, a vida social e a conduta individual" (Rose e Miller, 1992, p. 174). Trata-se do reconhecimento de que as práticas de governo estão associadas a uma pluralidade de formas e modos de manifestação do poder e seus saberes conexos.

Foucault parte do pressuposto de que a governamentalidade é um fenômeno situado historicamente. Sendo assim, trata-se de um fenômeno típico das sociedades ocidentais modernas que se caracterizam, a princípio, por regimes liberais, a partir de três movimentos distintos:

a) "o movimento que abala a constante da soberania colocando o problema, que se tornou central, do governo";

b) "o movimento que faz aparecer a população como um dado, como um campo de intervenção, como o objeto da técnica de governo" e;

c) "o movimento que isola a economia como setor específico da realidade e a economia política como ciência e como técnica de intervenção do governo neste campo da realidade". (Foucault, 2004b, p. 291).

pensamento de Foucault, parte-se da ideia de que "é livre para nós certas concepções e nós mesmos e de nossas condutas. A crítica é um 'projeto de desubjetificação', que é para ser concebido como um esforço em e com alguém que busca estabelecer 'novos relacionamentos com o sujeito em questão'.Isso é o que a filosofia como atividade crítica e como *ethos* é para Foucault: não muito para descobrir quem nós somos, mas para refutar o que nós somos" (Idem).

Conforme sustenta Foucault, são estes três movimentos — o governo, a população, a economia política — que constituem, a partir do século XVIII, um conjunto que ainda não foi desmembrado e que problematiza o Estado, a cidadania e os direitos. Assim, a arte de governar, na análise foucaultiana, enseja a introdução da economia no nível da gestão do Estado por meio de seus regimes de práticas de governo, passando a economia política a servir como critério para o exercício e a relativa eficácia do poder político.

O governo se transforma num governo econômico. A arte de governar, então, enseja uma série de regimes de práticas de governo, com base na perspectiva da economia política, que visa estabelecer, por meio de estratégias, tecnologias, saberes e poderes uma série de relações entre governo e população. Uma vez que o enfoque é nas práticas de governo, não importa tanto na análise o estudo da *estatização da sociedade*, mas sim, nos termos de Foucault, da *governamentalização do Estado*.

Portanto, a análise de governo busca ser antirreducionista, pois não parte de modelos ideais tampouco de teorias substancializadas, mas dos próprios contextos de ação em que os diversos atores que compõem o exercício do governo (incluindo-se seus destinatários) encontram-se inseridos. A governamentalidade busca evidenciar a complexidade das experiências de governo, que deriva dos próprios arranjos tecnológicos, políticos, estratégicos e de conhecimento que singularizam cada experiência e faz com que não se possa estabelecer uma teoria geral dos governos. Nesta linha, nos estudos de governamentalidade, se constitui a seguinte ideia: "governar deve ser entendido nominalisticamente: não é nem um conceito nem uma teoria, mas uma perspectiva" (Rose, 2005, p. 21).

Assim, Nikolas Rose e Peter Miller (1992) apontam que esta perspectiva engloba três características: *realismo* (pensar os saberes e práticas em seus próprios termos de forma genealógica e crítica); *linguagem* (enfoque especial não somente ao caráter contemplativo ou justificativo do uso da linguagem, mas também seu caráter performático; e *conhecimento* (não somente ideias, mas pessoas, teorias, projetos, experimentos e técnicas componentes do governo). Muito menos do que teorias, Foucault está pensando em *regimes de práticas* que, na perspectiva da governamentalidade, dizem respeito a duas dimensões: à forma por meio da qual os governos tentam produzir um cidadão mais adequado às suas políticas; bem como às práticas organizadas por meio das quais os sujeitos são governados por relações de poder.

A governamentalidade, nestes termos, consiste no atributo de governar e se refere à própria articulação de saberes e poderes no interior de um contexto específico: o governo e suas diversas possibilidades de configuração. Mitchell

Dean (1999) estabelece quatro dimensões na análise de governamentalidade. São elas:

a) formas características de visibilidade, formas de ver e perceber;

b) formas distintas de pensar e questionar baseadas num vocabulário específico e em procedimentos de produção de verdades;

c) formas específicas de agir, intervir e dirigir formuladas a partir de tipos específicos de racionalidade prática; e

d) formas características de formar sujeitos, pessoas, atores ou agentes.

Uma pluralidade de regimes de práticas, uma pluralidade de saberes, uma pluralidade de tecnologias e estratégias de ação — o espaço do governo se caracteriza por uma heterogeneidade de personagens e estruturas que consolidam a necessidade de *gerir* os *homens* e as *coisas* em relação, bem como as próprias políticas, inclusive políticas de efetivação de direitos. Segundo Dean, examinar regimes de governo significa conduzir a análise no plural: "já há uma pluralidade de regimes de práticas num dado território, cada um composto de uma multiplicidade de elementos ilimitados e heterogêneos a princípio que são ligados por uma variedade de relações e conexões polimórficas uns com os outros" (Dean, 1999, p. 27). Num contexto deste tipo — fortemente heterogêneo, assimétrico e plural — o ato de governar não se traduz num mero ato político, mas como uma própria *arte*, uma vez que enseja a necessidade de racionalização de tecnologias, estratégias e saberes a serem mobilizados no cotidiano de suas práticas.

O argumento desenvolvido nessa perspectiva é que o governo se transforma num governo econômico, vale dizer: "para assegurar felicidade e prosperidade à população, é necessário governar por meio de um registro particular, que é o da economia. Além disso, o governo por si próprio tem que ser econômico, tanto fiscalmente como no uso do poder" (Idem, p. 19). Com isso, a arte de governar desenvolve uma série de regimes de práticas de governo — com base na perspectiva da economia política — visando estabelecer um conjunto de relações entre governo e população. Ao se discutir o que se denominou de *arte de governar*, deve-se partir do princípio de que essa expressão engloba uma constelação de sentidos que dizem respeito à relação entre Estado e sociedade, e, principalmente, à relação entre Estado e governo. A indagação que se faz a respeito é a seguinte: em que consiste o ato de governar e quais elementos denotam que este ato pode ser associado a uma arte?

Os estudos de governamentalidade têm desenvolvido a ideia foucaultiana de que as práticas de governo se expressam como *condutas da conduta* (*conduct of conduct*). Configuram, portanto, um governo que atua não somente como

"administrador" da coisa pública, mas também como agente de controle de condutas de formas de autoridade que, apesar de não-estatais, exercem algum tipo de poder decisório. Conforme sustenta Dean,

> *Colocando esses sentidos de "conduta" juntos, o governo envolve qualquer tentativa de delinear com algum grau de deliberação os aspectos de nosso comportamento de acordo com arranjos particulares de normas e uma variedade de fins. O governo nesse sentido é uma conduta no plural. Existe uma pluralidade de agências e autoridades governantes, de aspectos do comportamento a serem governados, de normas invocadas, de propósitos buscados, e de efeitos, resultados e consequências (Idem, p. 10)*

Nesta linha, as tecnologias de governo permitem realizar o movimento de codificação da realidade caótica nos termos do governo, uma vez que este depende de cálculos sobre como uma questão afeta as demais por meio de uma padronização das condutas na linguagem. Governar, antes de tudo, afasta a ideia de agir segundo um pensamento pré-existente com suas divisões naturais. O ato de governar "corta a experiência de certas formas, para distribuir atrações e repulsões, paixões e medos, novas intensidades e relações" (Rose, 2005, p. 31). Isso implica reconhecer que o regime de práticas desenvolvidas no governo se torna uma questão de *tempo*, *espaço* e *definição de fronteiras de ação*.

A prática de governo passa a ser, então, uma atividade em constante problematização, pois abre e amplia o debate sobre a adequação entre meios e fins da ação a partir da inserção de diversos saberes e práticas em seu interior. Os ideais e estratégias de governo se encontram intrinsecamente ligados aos problemas de governamentalidade, de modo que o estabelecimento de *programas* seja uma estratégia privilegiada de composição destes saberes e práticas no momento da definição sobre como articular de forma mais eficaz os meios e fins.

É preciso ainda discutir um elemento que tensiona as decisões de governo neste contexto de adequação de meios e fins dos programas: a especialização (*expertise*). Para dialogar com a perspectiva da *expertise* inserida na governamentalidade, deve-se considerar a análise de Arendt sobre a introdução da estatística no mundo contemporâneo e a sua aplicabilidade no contexto governamental. Arendt sustenta que um fenômeno típico da modernidade é a transformação do "governo de um só homem" numa sociedade de "governo de ninguém", mas que esse "ninguém", ou seja, "o suposto interesse único da sociedade como um todo em questões econômicas e a suposta opinião única da sociedade educada nos salões, não deixa de governar por ter perdido a personalidade" (Arendt, 1987, p. 50). Neste sentido, a ausência de uma personalidade individualizada

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 174 19/10/11 10:33

não quer dizer, de forma alguma, que haja uma ausência de governo. Assim, toda ação política "produzirá sempre algum tipo de 'ficção comunística', cuja principal característica política é que será, de fato, governada por uma 'mão invisível', isto é, por ninguém" (Idem, p. 54).

A principal ênfase dos estudos de governamentalidade sobre tais governos despersonificados ("de ninguém") consiste justamente na ideia de que, apesar de não serem *de ninguém*, são orientados por determinados saberes e práticas comumente associados a uma *expertise*. Estabelecer programas de governo significa conferir alguma substância a esse *governo de ninguém* com racionalidades e tecnologias que visam a adequação entre meios e fins orientados por saberes econômicos, sociais, políticos, jurídicos, médicos etc. O ato de governar encontra-se fundamentalmente articulado à presença de uma *expertise*, cujo papel consiste não somente em delinear uma rede persuasiva de controle social, mas em desencadear tentativas de administrar, por meio do cálculo, "os diversos aspectos da conduta por meio de incontáveis, muitas vezes concorrentes, táticas locais de educação, persuasão, indução, gerência, incitação, motivação e encorajamento" (Rose e Miller, 1992, p. 175).

A figura do *expert* como *alguém* neste mundo *de ninguém* está relacionada à incorporação de uma relativa neutralidade, autoridade e habilidade que opera de acordo com um código específico sob a forma de um argumento de autoridade, de modo a transformar e influenciar as próprias racionalidades e tecnologias de governo. Em certa medida, a *expertise* ocupa um lugar privilegiado na mediação entre governo e população como elemento de tradução dos problemas de governo (eixo população → governo) e como critério de validação das estratégias de ação governamentais (eixo governo → população).

Ao se pensar numa lógica de garantia do direito à saúde, por exemplo, a questão da incorporação de dos caracteres econômicos permite a discussão sobre os desafios presentes em sua efetivação a partir de um contexto de governamentalidade. O fenômeno da governamentalidade eleva ao nível de discurso legítimo aquele desenvolvido por especialistas, numa perspectiva de adequação entre meios e fins por meio de programas de governo, possibilitando a *governamentalização do Estado*.

Diante de desafios, limites e problemas no momento de governar, a prática de governo passa a exigir uma efetiva capacidade dos governos de gerirem e lidarem com toda esta pluralidade, o que reforça a ideia de que todo ato de governar é uma arte, uma vez que enseja a necessidade de racionalização a respeito das tecnologias, estratégias e saberes a serem mobilizados no cotidiano de suas práticas. A arte de governar, então, possibilita traduzir a complexidade social

nos próprios termos da governamentalidade. E estabelecer *os próprios termos* traz a necessidade de que o governo constitua determinados *regimes de verdade* por meio dos quais se possam apoiar critérios de validade das decisões. Nesta linha, "o governo continuamente busca dar a si mesmo uma forma de verdade — estabelecer um tipo de base ética para suas ações [...]. Governar, pode-se dizer, é estar condenado a buscar uma autoridade para uma autoridade de alguém" (Rose, 2005, p. 27). Mas em que consiste, em linhas gerais, esta arte?

Adiciona-se a essa pluralidade de projetos a própria ideia de que, apesar de se viver *num mundo de programas*, não se trata de um *mundo programado*. O mundo dos programas é sempre um mundo prognóstico, do *vir-a-ser*, daquilo que ainda será realizado e, portanto, do que será governado. Assumindo que o "governo é uma operação congenitamente falha", Rose e Miller afirmam que "o mundo dos programas é heterogêneo e competitivo. Os programas complexificam o real, então as soluções para um programa tendem a ser problemas para outro" (Rose e Miller, 1992, p. 190). Numa perspectiva de programas, o "social" passa a ser objeto dos próprios conflitos e desafios inerentes à sua formulação, o que implica deslocar a ideia de direitos absolutos — típica de um contexto de soberania — para a de direitos passíveis de redefinição a partir de programas de governo estabelecidos de forma circunstancial.

No âmbito do governo, a ideia de escolha[71] (*choice*) parece ser fundamental, bem como a interferência do ambiente no processo decisório. Como pensar o direito à saúde nesse contexto em que as práticas de governo enfrentam a necessidade de se fazer escolhas por meio de racionalidades e tecnologias orientadas por uma heterogeneidade de atores? Como pensar a cidadania nesse contexto populacional atomizante? Os direitos são efetivamente passíveis de quantificação numa lógica econômica de definição de programas?

4.3.3. A governamentalização da saúde

A perspectiva da governamentalidade aponta para a questão sobre como efetivar os direitos, sobretudo os de cunho social, que exigem a prestação positiva por parte do Estado num contexto de recursos escassos. Como visto no primeiro capítulo, a Constituição brasileira resguardou um amplo catálogo de direitos que requerem sua implementação por meio de políticas públicas pelo Estado, tais como a saúde, trabalho, moradia, lazer e outros, o que tem enseja-

71 Guido Calabresi e Philip Bobbit (1978) possuem uma análise relevante sobre a realização de escolhas no âmbito da efetivação de direitos. Apesar de não se filiarem à perspectiva da governamentabilidade, os atores oferecem algumas reflexões que podem auxiliar na configuração da importância das escolhas na saúde.

do desafios econômicos para a sua efetivação. Isso enseja, inclusive, a releitura das próprias atribuições e competências das instituições jurídicas, a exemplo do Ministério Público.

Os debates sobre o conteúdo do direito à saúde e a sua legitimidade — travados pelo procedimentalismo e pelo pluralismo jurídico — não esgotam os limites e desafios de sua efetivação. Seria preciso que o Estado adotasse estratégias para *governar* esses direitos garantidos constitucionalmente, ganhando relevo a perspectiva da governamentalidade. Esta perspectiva busca refletir sobre o momento da efetivação do direito, buscando discutir a relação que se estabelece entre Estado e governo. Mais precisamente, diante do amplo catálogo de direitos garantido pela Carta Constitucional de 1988, como pensar a efetivação de tais direitos diante da (im)possibilidade econômica do Estado de satisfazê-los plenamente?

Na saúde, observam-se desafios alocativos de recursos na dimensão externa e interna. Externamente, o orçamento em saúde encontra-se "em disputa" com o orçamento dos demais direitos sociais, tais como educação, moradia, trabalho, lazer etc. A exigência de prestação positiva do Estado no âmbito destes direitos enseja a necessidade de definição do orçamento, programas e estratégias de efetivação para cada um deles, o que pode contribuir para uma assimetria do ponto de vista das políticas públicas e um desequilíbrio de dotação orçamentária para cada direito.

Por outro lado, também se observa um desafio alocativo interno a cada um dos direitos sociais. Na saúde, por exemplo, decidir sobre se deve investir na compra de mais medicamentos ou se deve investir na construção de mais leitos é um dilema cotidiano. Os membros da gestão municipal de saúde se encontram, em todo momento, inseridos numa lógica de escolha e eleição de prioridades para o investimento de recursos em saúde. Comprar medicamentos, ampliar os postos de saúde, contratar mais profissionais, investir em políticas preventivas e outras medidas fazem parte do cotidiano da gestão, o que corrobora para um olhar que assume a saúde enquanto *arte de governar*.

Nesse contexto, a efetivação do direito à saúde, sobretudo no contexto de juridicização, incorpora saberes, práticas, estratégias e tecnologias dos diversos atores que compõem seu processo. O conteúdo e o sentido do direito à saúde, uma vez construído no âmbito da convergência e embate de uma pluralidade de opiniões, concepções e visões de mundo, passa a cristalizar relações de poder que se desenvolvem no interior do Estado. O MP em Porto Alegre, em ampla medida, atua como esse "terceiro alheio às partes" que media o alcance de soluções e acordos, e não necessariamente como um terceiro que decide qual vontade prevalecerá. Diferentemente da figura do juiz, que na genealogia de

Foucault sobre o direito germânico medieval surge como uma figura central na resolução de conflitos e na definição de qual *verdade* prevalece no caso concreto, o MP atua como um mediador entre os diversos atores presentes na efetivação da saúde e implementação de políticas públicas com vistas ao alcance de soluções, e não de decisões.

Com isso, a juridicização das relações sociais que se desenvolve no MP permite pensar em novas estratégias de efetivação de direitos que, apesar de realizados no interior do Estado, são orientados por dilemas, negociações, saberes e práticas pertencentes à atividade governamental e se relacionam com os princípios esboçados por Pogrebinschi, quais sejam: localidade, exterioridade, circularidade, ascensão e não-ideologização. A experiência de Porto Alegre auxilia na diferenciação entre o que é *governo* e o que é *governamental*. O primeiro é associado principalmente ao mandato eleitoral pelo qual foi eleito um representante para gerir a coisa pública, ao passo que o segundo se refere ao atributo de administrar, estabelecer negociações, políticas e programas de efetivação de direitos e implementação de políticas públicas, que não é desenvolvido exclusivamente por governantes.

Daí, a ideia de que a governamentalização da saúde enseja a ampliação dos atores envolvidos em seu processo de efetivação, de um lado, e a desconcentração do poder político numa pluralidade de centros de ação e articulação de saberes e práticas, tais como o MP, Conselhos de Saúde, Associações Civis etc., de outro. Os *regimes de práticas* que se desenvolvem no interior da saúde envolvem diversas tecnologias, saberes, poderes, e estratégias, o que reforça a heterogeneidade de atores, perspectivas e ações em seu processo de juridicização. Governantes, profissionais de saúde, usuários, membros de instituições jurídicas, e tantos outros atores vivem diariamente desafios em seu cotidiano para efetivar este direito constitucionalmente garantido. Seguramente, um dos principais desafios consiste em constituir mecanismos de incorporação de demandas e caracteres sociais no processo de formulação, fiscalização, execução das políticas.

Ao englobar critérios participativos, sobretudo a partir da própria aproximação das instituições jurídicas, os problemas sensíveis ao cotidiano dos usuários do sistema passam a ser traduzidos como problemas de governo. Com isso, a atuação dos Conselhos de Saúde, de um lado, e do Ministério Público, de outro, permite constituir um contexto de maior *horizontalização* da relação entre Estado e Sociedade. Os ideais e estratégias de governo se encontram intrinsecamente ligados aos problemas de governamentalidade, de modo que o estabelecimento de *programas* seja uma estratégia privilegiada de composição destes

saberes e práticas no momento da definição sobre como articular de forma mais eficaz os meios e fins. E, como visto, estabelecer programas de governo não quer dizer que tais programas devam ser formulados somente por governantes.

A experiência de Porto Alegre permite pensar na ampliação da definição de tais programas, principalmente com a atuação de outros atores jurídicos e sociais decisivos. A *arte de governar em saúde* que se desenvolveu em Porto Alegre, em virtude das garantias de função atribuídas às instituições jurídicas, à complexidade do direito em questão e ao próprio arcabouço jurídico-participativo que aqui foi determinado, enseja governar em conjunto, num contexto de *gestão compartilhada*. A ideia de governar como uma eterna "busca de uma autoridade para uma autoridade de alguém", enunciada no âmbito da governamentalidade, pode ser observada em alguns contextos desse município. A atuação conjunta do MP e da Sociedade Civil, a abertura dos membros da gestão às demandas do MP e os próprios canais de diálogo que se constituem no interior de tais relações permitem pensar a pluralidade de estratégias, saberes e práticas que se encontram presentes no debate autoritativo sobre a legitimidade do direito.

O cenário da juridicização em Porto Alegre, quando confrontado com a ideia de governamentalidade, permite estabelecer uma crítica de dois elementos característicos desta perspectiva: a *expertise* e a *inserção da economia*. Como visto, o argumento no âmbito dos estudiosos da governamentalidade é que o governo se transforma num governo econômico e, ainda, apesar dos governos serem despersonificados ("de ninguém"), são orientados por determinados saberes e práticas comumente associados a uma *expertise*. A experiência de Porto Alegre na saúde, sobretudo no que concerne ao processo de juridicização, permite problematizar tais elementos.

Primeiramente, no que concerne à *expertise* como saber privilegiado na definição de programas de governo, observa-se um contexto de pluralidade de atores que atuam no processo de efetivação da saúde. Com isso, MP, membros da sociedade civil, profissionais de saúde e outros participam de forma cotidiana deste processo, o que amplia as possibilidades democráticas de construção de sentidos e estratégias do direito à saúde. Isso não quer dizer que os *experts* não existam ou sejam desprezados, mas sim que passam a compor o processo de definição de programas em relativa paridade de voz com os demais atores. Em Porto Alegre, o movimento de codificação da realidade caótica nos termos do governo, como visto, não enseja necessariamente a leitura desta realidade à luz do ponto de vista dos *experts*. A juridicização que ocorre neste município no tocante à saúde permite a incorporação de saberes e práticas de outros atores.

Em segundo lugar, no que concerne à inserção da economia, observa-se que o processo de juridicização tem permitido ao MP construir novos arranjos jurídico-institucionais para a efetivação do direito à saúde em Porto Alegre. Os ideais e estratégias de governo se encontram intrinsecamente ligados aos problemas e desafios que surgem no curso do mandato, de modo que o estabelecimento de *programas* seja uma estratégia privilegiada de composição destes saberes e práticas no momento da definição sobre como articular de forma mais eficaz os meios e fins.

Nesta linha, a experiência de Porto Alegre evidencia que a ideia de recursos econômicos escassos emerge como fator relevante na garantia de direitos constitucionais. Seguramente, tal limitação econômica tem exigido uma atuação do MP no sentido de elaborar critérios para a alocação de recursos públicos em saúde. Como visto, os membros do MP de Porto Alegre sustentam que o direito à saúde engloba duas dimensões fundamentais:

a) *ações em saúde*, que são o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público;

b) *condicionantes da saúde*, que, segundo o art. 3º da Lei 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), são a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Assim, como visto no capítulo anterior, os membros do MP enfatizam que o orçamento para a concretização do direito à saúde é dual, pois envolve tanto as ações quanto os condicionantes em saúde. Segundo os membros do MP, a não aplicação de recursos em moradia ou em transporte, por exemplo, também enseja uma infração ao direito à saúde, o que amplia consideravelmente os conflitos que podem ser juridicizáveis. Com isso, a experiência da juridicização da saúde em Porto Alegre denota que o argumento da escassez de recursos não pode ser aplicado, já que o direito à saúde tem como atributo a titularidade de todos e dever do Estado.

De fato, o hiato existente entre o *mundo de programas* e o *mundo programado* não é irrelevante. Na ideia de governamentalidade, o mundo dos programas é sempre um mundo prognóstico, do *vir-a-ser*, daquilo que ainda será realizado e, portanto, do que será governado. Numa perspectiva de programas, os direitos passam a ser objeto dos próprios conflitos e desafios inerentes à sua formulação, o que implica deslocar a ideia de direitos para a de direitos passíveis de redefinição a partir de programas de governo. Os programas complexificam o real, en-

tão as soluções para um programa tendem a ser problemas para outro, e o MP insere-se nessa lógica de efetivar os programas de Governo e, simultaneamente, constituir políticas de Estado.

A experiência da saúde, em Porto Alegre, permite pensar o processo de *governamentalização do Estado*, ou seja, de inserção de práticas de governo no interior do Estado. Porém, esse movimento, uma vez embebido de uma pluralidade de atores com saberes e práticas diferenciados, não se encontra orientado por uma *expertise* ou pela *incorporação da economia* na gestão.

Para além dessas questões, observa-se a própria ideia, compartilhada pelo MP, de considerar os titulares dos direitos enquanto sujeitos, que possuem especificidades, anseios, vontades, desejos e, por isso, devem ser analisados em sua singularidade. Isso permite problematizar a ideia de *população*, que recebeu destaque na perspectiva da governamentalidade ao inserir a estatística no interior das práticas de governo e como critério de formulação de políticas públicas.

Como visto nas reflexões sobre a juridicização na saúde em Porto Alegre, o Ministério Público desempenha papel fundamental em outro processo, não mais associado à governamentalização do Estado, mas à própria *cidadanização do governo*, pois permite a incorporação de outros saberes e práticas no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas de saúde. A heterogeneidade de saberes e práticas que se constituem no interior dos regimes de ação conduz à necessidade da formação de um processo dialógico prévio, de modo a estabelecer aspectos em comum para uma ação integrada ou, minimamente, consensual. Daí a ideia de uma *arte de governar em saúde*, que não se reduz à mera prestação de um serviço público ou ao fornecimento de medicamentos, na medida em que pressupõe critérios participativos substanciais que permitam a incorporação de demandas dos cidadãos no processo decisório e executório. O referencial não se centra na população enquanto um todo homogêneo, mas nos sujeitos em suas especificidades.

No Brasil, essa perspectiva de gestão na saúde encontra respaldo na discussão de efetividade dos direitos. A *doutrina brasileira da efetividade* — como visto, capitaneada por Barroso — tem buscado justamente se debruçar sobre a dimensão fática do direito por meio de sua *eficácia social*, ou seja, a possibilidade de produzir efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais. Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desempenho concreto da função social do direito. Portanto, busca pensar o desenvolvimento dos direitos na prática, de modo a superar a perspectiva formalista que se traduz na mera *eficácia jurídica*.

O argumento da efetividade social permite, a um só tempo, extrapolar a "letra da lei" e alcançar a realidade concreta dos atores, inclusive considerando suas próprias percepções e expectativas acerca dos direitos. Na saúde brasileira, em virtude da extensão territorial e da diversidade cultural e política existente aqui, a ideia de considerar as especificidades e peculiaridades torna-se central para a configuração de uma estratégia participativa de efetivação de direitos. A percepção do indivíduo como *sujeito de direitos* e *cidadão* ganha relevo em contraposição à expressão destes indivíduos como meros números ou dados estatísticos, na medida em que passam a ser considerados também em sua subjetividade, com desejos, anseios, expectativas e visões sobre o mundo.

Considerações finais: a luta pela efetividade

Ao longo do trabalho, buscou-se refletir sobre as transformações e desafios inerentes à efetivação do direito à saúde a partir da interlocução entre Ministério Público, Estado e sociedade civil no âmbito do município de Porto Alegre. Observou-se, ao longo da exposição, que a positivação do direito à saúde como um direito fundamental na Constituição de 1988 enseja avanços e novos desafios jurídicos, culturais, políticos, sociais e econômicos para a sua efetivação. Como visto, a tensão inerente aos direitos sociais e, particularmente, ao direito à saúde, consiste na dicotomia existente entre os direitos garantidos formalmente e os conflitos implícitos à sua efetivação no cotidiano das práticas dos atores sociais. Isso permite a inserção das instituições jurídicas nesse processo, seja na *judicialização*, seja na *juridicização* das relações sociais.

No contexto brasileiro, o Ministério Público recebeu destaque enquanto instituição jurídica envolvida no processo de efetivação da saúde enquanto direito. De uma maneira geral, o MP de Porto Alegre desenvolveu a capacidade institucional de criar um *espaço de diálogos* ao possibilitar a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde. A atitude ativa e dialógica que os membros do MP adotam em Porto Alegre permitiu resultados positivos na horizontalização da relação entre Estado e sociedade, sobretudo porque permite pensar em novos arranjos institucionais em que não necessariamente conduzem à *judicialização* das demandas em saúde. Isso tem permitido ao MP superar uma lógica de efetivação centrada no juiz e propor alternativas de atuação calcadas na ideia de *juridicização* das relações sociais.

Em seguida, buscou-se discutir três formas, não necessariamente convergentes, de pensar a experiência da juridicização em Porto Alegre: procedimentalismo, pluralismo jurídico e governamentalidade. O objetivo consistiu em pensar em que medida tais perspectivas propiciam elementos teóricos para se refletir sobre o processo de juridicização da saúde em Porto Alegre, e quais as suas insuficiências teóricas e analíticas diante da experiência deste município.

Além disso, buscou-se discutir em que medida tais correntes podem contribuir efetivamente para uma interpretação sociojurídica da experiência estudada, sem necessariamente estabelecer uma filiação a qualquer delas ou hierarquizá-las.

Primeiramente, foi realizada uma digressão aos pressupostos e elementos presentes no procedimentalismo de Habermas. Observou-se como algumas ideias associadas à construção de direitos na esfera pública, a incorporação do diálogo na formação do consenso e, também, a forma de legitimação de direitos se configuram como relevantes para se pensar a experiência da saúde. Em seguida, foi realizada uma breve reflexão sobre a perspectiva pluralista do direito de Santos, que permite pensar sistematicamente a existência de um direito à saúde em permanente mudança, ou seja, sobre os mecanismos pluralistas de produção de legitimidade de direitos que não necessariamente se encontram submetidos aos mecanismos clássicos estatais. Por fim, foi realizada uma discussão sobre os pressupostos da ideia foucaultiana de governamentalidade, que evidenciam a complexidade da efetivação dos direitos sociais, sobretudo a partir da tensão que se estabelece no momento da formulação de programas e incorporação dos diversos atores no desenvolvimento da arte de governar em saúde.

Nos três casos — procedimentalismo, pluralismo jurídico e governamentalidade — é possível pensar a juridicização da saúde. A experiência do Ministério Público em Porto Alegre enseja a discussão sobre a inserção das instituições jurídicas no contexto de efetivação de direitos. Primeiramente, permite romper com a perspectiva que assume o MP como um mero proponente ao Judiciário, de modo a demonstrar que as estratégias de ação daquela instituição são muito mais amplas e heterogêneas do que a simples propositura de uma ação judicial. Além disso, a experiência de Porto Alegre apresenta uma aliança, ainda embrionária, mas promissora, entre o Ministério Público e os Conselhos de Saúde, o que aponta para uma tendência à crescente incorporação de demandas sociais em suas ações e, além disso, uma qualificação de suas próprias estratégias.

Daí a ideia ênfase de um contexto de *juridicização* das relações sociais, e não somente de *judicialização*, apesar de ser este presente em diversas ações do MP em outras experiências e, inclusive, ser estratégia privilegiada em muitas delas. Na experiência de Porto Alegre, é possível afirmar que as demandas são discutidas sob o ponto de vista de sua institucionalidade jurídica, embora não se procure levá-las a um contexto litigioso judicial. Os resultados da pesquisa permitem supor que a *juridicização da saúde* propicia a consolidação de respostas concretas às necessidades relacionadas a este direito por intermédio da constituição de uma *vontade comum*, que é pactuada a partir da convergência de diversos saberes e práticas.

Esta *cogestão* apresenta-se, por consequência, como um modo de gestão em equipe, próprio das sociedades democráticas, em que o poder é compartilhado por meio de avaliações e decisões conjuntas, de modo a envolver os diferentes atores sociais que participam do processo. Isso reconfigura e tensiona a própria perspectiva de *judicialização das relações sociais* e ressalta, de forma bastante inovadora, as atuações extrajudiciais também como estratégias adotadas pelos membros do MP. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos sociais. Seguramente, se é possível caracterizar algum tipo de orientação ideológica do Ministério Público em Porto Alegre no âmbito da saúde, a extrajudicialidade se apresenta como atributo central.

O estabelecimento de estratégias extrajudiciais — tais como o Termo de Ajustamento de Conduta, recomendações, inquéritos civis ou, até mesmo, a intervenção verbal por meio de um simples telefonema — tem evidenciado que a atuação do MP de forma judicial é apenas a *ponta do iceberg* do potencial que possui para a efetivação de direitos. Fundamentalmente, nesse contexto de *juridicização da saúde*, a atuação do MP em Porto Alegre se desenvolve a partir de três referenciais:

a) o "positivismo constitucional";

b) a consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde, de modo a relativizar uma perspectiva mais quantitativista;

c) a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais.

No que concerne ao primeiro referencial, os membros do MP compartilham a defesa de que o direito à saúde seria, antes de tudo, um direito constitucional positivado e presente na norma jurídica. Trata-se de uma perspectiva que adota a norma como ponto de partida e fundamento do direito, que se apresenta como dever do Estado e, por essa razão, deve ser efetivado. Com isso, compartilha-se do entendimento de que o direito à saúde seria um direito universal, de aplicação imediata, diferentemente da amplitude e dos sentidos que os serviços de saúde possuíram nos períodos anteriores à redemocratização da década de 1980.

Neste sentido, a saúde seria um dever constitucional do Estado, que atuaria mediante políticas públicas, na medida em que se trata de um direito inerente ao ser humano. Nesta perspectiva, o Estado deve atuar positivamente na implementação deste direito, uma vez que a ideia de "titularidade de todos" enfatiza a dimensão do dever do Estado para a sua consecução, satisfação e

garantia. Assim, a ideia de "direito de todos e dever do Estado" traz um potencial semântico que não se reduz ao seu texto, de modo que o direito à saúde potencializa uma gama de sentidos e impulsiona discussões políticas, sociais, culturais, econômicas e jurídicas sobre sua implementação, que encontram amparo na Constituição.

Diante desse cenário, é possível sustentar que o MP tem adotado uma estratégia orientada pelo *positivismo constitucional*. No Brasil, um dos principais sistematizadores dessa expressão é Luis Roberto Barroso, que busca estabelecer referenciais teóricos e metodológicos para se pensar a atuação das instituições jurídicas nas democracias contemporâneas. Segundo o autor:

> *Este discurso normativo, científico e judicialista não constituiu, propriamente, uma preferência acadêmica, filosófica ou estética. Ele resultou de uma necessidade histórica. O* positivismo constitucional*, que deu impulso ao movimento, não importava* reduzir *direito à norma, mas sim de* elevá-lo *a esta condição, pois até então ele havia sido menos do que norma. A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito da cidadania (Barroso, 2006, p. 296)*

A perspectiva do positivismo constitucional permite pensar uma série de ações realizadas pelo MP, sobretudo porque evidencia as concepções que os seus membros têm construído para a efetivação do direito à saúde. Tais concepções possuem como orientação algumas dimensões associadas à ideia de positivismo constitucional, quais sejam:

a) a compreensão de que a defesa do cumprimento da norma jurídica é uma necessidade democrática, e não meramente uma postura dogmatista;

b) a admissão de que defender a norma jurídica não implica em reduzir os sentidos e práticas de efetivação de direitos a tais normas, abrindo-se a possibilidade de construção e reconhecimento de *direitos vivos*;

c) a ênfase na efetividade do direito à saúde, ou seja, no estabelecimento de estratégias para a ampliação de sua eficácia social.

No que concerne à primeira, o MP tem admitido que os desafios para a implementação dos direitos sociais e coletivos — especialmente a saúde — têm se desenvolvido paralelamente ao reconhecimento de que tais diretos possuem uma natureza fortemente democrática. Saúde, ambiente, educação, trabalho e moradia seriam direitos necessários ao livre exercício da cidadania e, ao partir

dessa assertiva, o MP tem reconhecido seu caráter democrático. Sobretudo no Brasil, em que a saúde possuiu historicamente uma posição subvalorizada do ponto de vista de sua universalização, a previsão constitucional possibilitou um incremento do papel dos tribunais na democratização e efetivação deste direito.

No que concerne à segunda, as ações do MP permitem pensar a ideia de saúde como um *direito vivo*. O estudo do direito vivo, nos termos propostos por Ehrlich, permite extrapolar o raciocínio calcado na lei e nos livros, de natureza tipicamente positivista, pois assume o direito como um fenômeno social e, portanto, orientado por práticas sociais. Ao longo das ações em saúde, observa-se que a norma se apresenta como ponto de partida, e não como referencial semântico e conceitual que encerra os sentidos desse direito. Nesse contexto, é possível pensar a construção e reconhecimento de *direitos vivos* no âmbito do MP, que não se reduzem à norma jurídica, mas a tomam como referencial intangível de restrição pelo Estado.

No que concerne à terceira dimensão, o MP tem enfatizado a efetividade do direito à saúde, ou seja, o estabelecimento de estratégias para a ampliação de sua eficácia social. Ao partir do pressuposto de que *o direito existe para se realizar*, a ideia de efetividade significa o desenvolvimento concreto da função social do direito. Tal perspectiva tem buscado justamente se debruçar sobre a dimensão fática do direito por meio de sua *eficácia social*, ou seja, a possibilidade de produzir efeitos concretos no cotidiano das práticas dos atores sociais.

Assim, o *positivismo constitucional da saúde* que se desenvolve no MP não se reduz à mera afirmação deste direito enquanto norma constitucional, na medida em que busca incorporar caracteres sociais e de cidadania em seu conteúdo e no estabelecimento de estratégias de efetivação. Desta forma, cada vez mais o MP tem desenvolvido ações e estratégias que produzem reflexos diretos na formulação e execução das políticas públicas em saúde.

Além disso, apesar dos membros do MP considerarem a previsão constitucional do direito à saúde, não se pode afirmar que pautam sua atuação somente em função deste aspecto. Pelo contrário, o que se observa é que o caráter de direito universal volta o MP para a dimensão social deste direito, para a sua prática no cotidiano dos atores, e não para a regra jurídica meramente formal. Considerar a prática significa uma abertura à escuta, à alteridade e à construção conjunta do sentido de direito, que não está submetido ou determinado pela norma constitucional. Assim, o *positivismo constitucional da saúde* que se desenvolve em Porto Alegre não se reduz à mera afirmação deste direito enquanto norma constitucional, na medida em que busca incorporar caracteres sociais e de cidadania em seu conteúdo e no estabelecimento de estratégias de efetivação.

No segundo referencial, qual seja, a consideração das especificidades das demandas e dos sujeitos em saúde, de modo a relativizar uma perspectiva mais quantitativista, o MP também exerce papel relevante. A recusa ao quantitativismo como único critério para a definição de estratégias tem sido cada vez mais realizada pelos membros do MP, ao enfatizarem justamente a consideração dos sujeitos em suas especificidades, expectativas, desejos etc. As estratégias qualitativas têm sido as seguintes:

a) a valorização da descentralização institucional como desconcentração efetiva de poder, ao menos entre setores mais avançados politicamente nas instituições de saúde e na sociedade civil;

b) o crescimento da necessidade de transparência nas decisões governamentais;

c) a superação da clássica dicotomia entre políticas de prevenção e políticas de cura;

d) a compreensão de que a saúde não envolve somente ausência de doença, mas também bem-estar físico, mental, psicológico e social;

e) a humanização do atendimento, que seria entendido como uma nova qualidade das ações, maior resolutividade, níveis de referência a serviços especializados bem estabelecidos e uma nova forma de compromisso entre os profissionais de saúde e os usuários;

f) a ênfase no respeito aos direitos de qualquer cidadão e ser humano, considerando-o em sua singularidade e em sua dor.

No terceiro referencial, qual seja, a ampliação de estratégias e espaços de diálogo com atores estatais e sociais, a experiência de Porto Alegre permite pensar essa nova *arte de governar em saúde*, que engloba, em sua complexidade, instituições estatais (jurídicas e não-jurídicas) e, principalmente, instituições sociais, tais como os Conselhos de Saúde, Associações etc. Tal incorporação vem relacionada a estratégias dialógicas que pressupõem a ausência de hierarquia entre os sujeitos que as compõem, de modo que, parafraseando Dworkin (1982), os *direitos sejam levados a sério*, e que o sejam coletivamente.

Nesses espaços de diálogo e interlocução criados pelo MP, tem se observado a utilização cada vez mais frequente dos princípios constitucionais da saúde. A título de exemplo, refletirei sobre o princípio da *integralidade*, que, em diversas dessas vezes, tem sido utilizado como argumento jurídico na discussão encaminhada pelos usuários junto ao MP. Integralidade se constitui como processo de construção social, podendo conferir maior horizontalidade nas relações entre

seus participantes — gestores, profissionais e usuários do sistema de saúde —, o que reforça a ideia de *gestão compartilhada*. Em virtude da indeterminação semântica deste princípio, observa-se a ampliação das possibilidades de criação de novas tipologias e sentidos jurídicos. Com isso, o princípio de integralidade tem sido empregado como uma proposta de transformação da prática da política de saúde, pois "integralidade implica uma recusa ao reducionismo, uma recusa à objetivação dos sujeitos e talvez uma afirmação ao diálogo" (Mattos, 2001, p. 61).

As implicações da integralidade nas ações do MP são identificáveis ao se observar o rompimento deste ator com uma visão meramente legalista do direito à saúde. A interpretação sobre o direito à saúde não se reduz apenas aos conteúdos do campo do direito, mas inclui conteúdos da gestão em saúde e da participação da sociedade civil. Neste sentido, a indeterminação do conceito de integralidade, ao invés de impedir, auxilia a construção dessas novas demandas. A interlocução cada vez maior entre a sociedade civil e a gestão nesse *espaço de diálogo e encontro* propiciado pelo MP constitui um avanço na compreensão das formas de solução de conflitos. Considera-se ser este um caminho promissor na reorganização das estratégias de luta pela efetivação de direitos sociais na sociedade civil.

O reconhecimento do diálogo como estratégia privilegiada de resolução de conflitos e de ampliação de direitos representa não somente a expansão das possibilidades de atuação dos atores sociais, mas também uma nova forma de sociabilidade, calcada na celeridade e na efetividade da garantia de direitos sociais. Ou seja, para além daquela *integralidade* referente à garantia de oferta de um conjunto articulado de ações e serviços de saúde, preventivos e curativos, individuais e coletivos, conforme as necessidades de cada caso, nos vários âmbitos de complexidade do sistema de saúde, temos uma *integralidade em movimento*, que consiste no próprio processo dialógico dos atores sociais que buscam, em suas ações cotidianas, efetivar seus direitos de forma democrática e participativa com vistas à justiça e à igualdade concreta.

Portanto, o exemplo deste princípio denota que a integralidade é, ao mesmo tempo, um *princípio* e um *elemento constitutivo* do direito à saúde, pressupondo que atores não-estatais devam participar do processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas de saúde pela simples razão de serem os diretamente interessados em seu sucesso. Neste sentido, membros do MP, profissionais de saúde, conselheiros etc., têm cada vez mais reconhecido que não basta somente identificar o caráter cidadão do direito à saúde. A conquista do direito à saúde não ocorreria mais na forma da lei ou nos limites da legalidade, pois

extrapolaria o mundo jurídico para, no mundo social, adquirir seu sentido. O esforço para a garantia do direito à saúde remete ao próprio processo de *cidadanização*, ou seja, o processo de tornar garantias formais efetivamente exercidas pelos atores sociais em seu cotidiano. Não se trata mais de se *ter* o direito, mas de *exercê-lo*, de modo que este direito seja efetivamente praticado, lutado e implementado não pelo Estado, mas pelos seus próprios titulares num contexto de juridicização.

Acerca dessa questão, Pogrebinschi oferece algumas sistematizações relevantes sobre a perspectiva teórica de Marx. Ao se debruçar sobre as concepções e sentidos do direito no âmbito deste autor, Pogrebinschi ressalta que possui grande contribuição para se pensar as práticas sociais. A autora salienta que, no pensamento de Marx, observa-se uma "tensão entre forma e conteúdo que, acredito, só pode ser superada quando a forma do direito é absorvida por sua substância" (Pogrebinschi, 2007, p. 325). Com isso, a autora busca pensar os limites e possibilidades de associação entre direito e Estado no pensamento de Marx, de modo a promover uma reflexão aprofundada sobre como o direito se constitui enquanto prática social[72]. Segundo Pogrebinschi,

> *É deste modo que o direito deixa de ser fonte de transcendência para ser imanente; deixa de ser conferido e garantido por um ente exterior, o Estado, para se encontrado e afirmado pelos próprios homens como resultado atividade de constituírem a si mesmos; deixa de ser uma forma para ser apenas substância, para ser conteúdo e conteúdo apenas, cuja dinamicidade e reatualização permanentes impedem que ele se estabilize, se institucionalize, se formalize. Apenas assim saímos da esfera do direito liberal formal ou do direito formalmente material para um direito materialmente material, constituído na própria materialidade da vida prática dos homens e da afirmação de suas condições de existência (Idem)*

Assim, na interpretação da autora sobre Marx, a democracia é concebida como uma experiência concreta, o que implicaria, portanto, localizar o político em práticas sociais e não em instituições estatais. Na avaliação de Pogrebinschi, "o direito é uma dessas práticas, na medida em que ele existe apenas como uma prática resultante da atividade constitutiva dos homens que é também uma

72 Em diversas passagens, Pogrebinschi convida o leitor a superar a relação dicotômica entre direito e Estado, a exemplo da seguinte: "verdadeira democracia, portanto, não é incompatível com o direito. Ela é incompatível com a ideia de lei, com o direito do Estado moderno, com o direito posto e positivado, com o direito formal, com a forma jurídica. Mas ela não é incompatível com uma concepção materialista do direito material, isto é, do direito concebido como um resultado da atividade constitutiva dos homens" (Pogrebinschi, 2007, pp. 325-326).

atividade constitutiva da comunidade em que eles vivem" (Idem, p. 326). Neste sentido, a autora propõe, com base no pensamento de Marx, uma concepção de *direito material materialmente concebido*. Partindo do princípio de que, nessa perspectiva, não há separação entre aquilo que é constituinte e aquilo que é constituído, Pogrebinschi identifica uma coincidência temporal e uma superposição material entre ambos, "na medida em que são duas faces de um mesmo momento e de um mesmo conteúdo, o que explica sua dinamicidade, sua atualização constante e permanente" (Idem, p. 328).

Em Porto Alegre, o arranjo institucional criado na saúde a partir da atuação conjunta entre MP, Conselhos e gestão tem possibilitado cada vez mais uma atuação voltada para a esfera pública, com vistas a constituir um direito materialmente material. Na medida em que os interesses pessoais passam por um processo de concessão recíproca, o objetivo passa a se centrar na concretização do interesse comum. Em outras palavras, a concretização do direito à saúde a partir da atuação conjunta da esfera social, jurídica e política constitui uma peculiaridade do caso brasileiro. Foi a partir da congruência e da atuação conjunta da sociedade civil, gestão e MP, em Porto Alegre, que se tornou possível a garantia de um direito à saúde mais cidadão, democrático e efetivo.

Portanto, temos, no Brasil, um campo específico que prima pela participação para que, por meio da ação política, seja realizado o interesse público. De fato, outros atores também são *guardiões de promessas* e, ainda mais, buscam ser seus principais *cumpridores*. A ação política passa a ser entendida muito mais como uma regra de sociabilidade, e a *juridicização das relações sociais* se apresenta como um movimento que denota as suas especificidades. Resta aguardar que a *parte submersa do iceberg* venha à tona nos anos que virão.

Referências bibligráficas

ALEXY, R. *Teoria de los Derechos Fundamentales.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993

ARANTES, R. B. Direito e política — o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, nº 39, 1999. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091999000100005&script=sci_arttext. Acesso em: 04/11/2008

_____. *Ministério Público e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002

ARENDT, H. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987

ASENSI, F. D. Entre o pluralismo no processo político-decisório e o pluralismo jurídico tradicional: uma análise dos frutos do direito social. *Revista Data-venia*, João Pessoa, vol. 85, 2005a.

_____. Democracia e reforma penal: tensões entre Estado compromissório e formulação de tipos penais. *Revista Âmbito jurídico*, Porto Alegre, vol. 22, 2005b.

_____. O rosto que se desvanece na areia da praia: homem, conhecimento e direito em Michel Foucault. *Revista Urutágua*, Maringá, v. 9, 2006

_____. Direito garantido é direito exercido? Cidadania e marca da origem no Brasil. In: XVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. *Anais do XVI Encontro do CONPEDI*, 2007

_____. *Curso prático de argumentação jurídica*. São Paulo: Campus-Elsevier, 2010

ASENSI, F. D. & PACHECO Jr., N. Legitimidade do direito, sociedade e Estado: tensionando Habermas e o pluralismo jurídico. In: XVII ENCONTRO PREPARATÓRIO PARA O CONPEDI, 2008, Salvador. *Anais do XVII Encontro Preparatório para o CONPEDI*, 2008

ASENSI, F. D. & PINHEIRO, R. *O diálogo como elemento constituinte das ações do Ministério Público: uma análise sobre a eficácia das formas de atuação*. In: III ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM

DEFESA DA SAÚDE, 2006, Florianópolis. *Anais do III Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde*, 2006a

_____. Integralidade e Ministério Público: caminhos para a construção do direito à saúde. In: III ENCONTRO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DEFESA DA SAÚDE, 2006, Florianópolis. *Anais do III Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde*, 2006b

BARBOSA, R. A questão social e política no Brasil. In: SOUSA, O. T. de. *O pensamento vivo de Rui Barbosa.* São Paulo: Martins Editora, 1965

BARCELLOS, A. P. de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais* — O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva a abstrata. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

_____. *O Direito Constitucional e Efetividade de suas Normas* — limites e possibilidade da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BASTOS, C. R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996

BAXTER, H. Habermas's Discourse Theory of Law and Democracy. *Buffalo Law Review,* nº 50, pp. 205-340, 2002

BELLEY, J. G. L'état et la régulation juridique des sociétés globales — pour une problématique du pluralismo juridique. *Sociologie et sociétés*, vol. 18, nº 1, pp. 11-32, 1986

BERCOVICI, G. Tentativa de instituição de democracia de massas no Brasil — instabilidade institucional e direitos sociais na Era Vargas (1930-1964). In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

BOBBIO, N. *A era dos direitos.* Rio de Janeiro, Campus, 1992.

_____. *Teoria do Ordenamento Jurídico.* Brasília: UNB, 1994

_____. *O Positivismo Jurídico.* São Paulo: Ícone, 1995

_____. Pluralismo. In: BOBBIO, N.; MATTEUCCI, N.; PASQUINO, G. *Dicionário de política*. São Paulo: Editora UNB, 2004

BOHMAN, J. *Public deliberation* — pluralism, complexity, and democracy. Cambridge: MIT Press, 1996

BONAVIDES, P. *Do Estado liberal ao Estado social*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980

BOURDIEU, P. *O poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

BRASIL, *Código de Processo Civil*, 1973

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988

_____, Lei 9784/99. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal*, 1999

_____, *SUS de "A" a "Z"* — Garantindo saúde nos municípios, 2005

CALABRESI, G. & BOBBIT, P. *Tragic choices*. New York and London: W.W.W. Norton & Company, 1978

CALHOUN, C. J. Introduction: Habermas and the public sphere. In: CALHOUN, C. J. *Habermas and the public sphere*. Cambridge/London: MIT Press, 1992

CAMPOS, F. *O Estado Nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1940

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994

CAPPELLETTI, M. *Juízes legisladores?*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999

CARBONNIER, J. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (Orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

CARVALHO, J. M. de. Entre a liberdade dos antigos e a dos modernos: a República no Brasil. In: CARVALHO, J. M. de. *Pontos e bordados* — escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998

CARVALHO, E. R. de. Em busca da judicialização da política no Brasil — apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polit.*, volº 23, pp. 115-126, 2004

CASAGRANDE, C. Ministério Público, Ação Civil Pública e a judicialização da política — perspectivas para o seu estudo. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, ano 01, nº 3, pp. 21-34, 2002

_____. *Ministério Público e a Judicialização da Política* — estudos de casos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008

CITTADINO, G. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva* — Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

_____. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, L. W. (org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003

COELHO, E. *As Profissões Imperiais* — Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro — 1822-1930. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 1999

CORDEIRO, H. *Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Ayuri Editorial, 1991

COUSO, J. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la Judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, vol. 24, nº 02, pp. 29-48, 2004

CUNHA, E. da. *À Margem da História*. São Paulo: Martin Claret, 2006

DALLARI, S. G. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, vol. 22, nº 1, 1988. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101988000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04/11/2008

_____. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995

DALLARI, S. G.; BARBER-MADDEN, M. de C. T. F; SHUQAIR, N. S. M. S. A. Q.; WATANABE, H. A. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. *Revista de Saúde Pública*, vol. 30, nº 6, 1996. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101996000600014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04/11/2008

DEAN, M. *Governmentality* — power and rule in modern society. London ; Thousand Oaks: Sage, 1999

DWORKIN, R. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1982

_____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985

_____. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986

DURKHEIM, E. *Lições de sociologia*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1983

EHRLICH, E. O estudo do direito vivo. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

ESPANHA, *Constitución Española*, 1978

FAORO, R. *Existe um Pensamento Político Brasileiro?*. São Paulo: Ática, 1994

FEREJOHN, J. Judicialización de la política, politización de la ley. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, nº 184, pp. 13-50, 2002

FERREIRA, S. de A. *Princípios institucionais do Ministério Público.* Rio de Janeiro: S/N, 1982

FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999

_____. Nietzsche, a genealogia e a história. In: MACHADO, R. (Org.). *Microfísica do poder*. São Paulo: Editora Graal, 2004a

_____. A governamentalidade. In: MACHADO, R. (Org.). *Microfísica do poder*. São Paulo: Editora Graal, 2004b

_____. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Editora Vozes, 2005

FRANÇA, A.; ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. Saúde como direito e a saúde como privilégio no âmbito dos usuários do SUS. In: VII REUNIÃO DE ANTROPOLOGIA DO MERCOSUL, 2007, Porto Alegre. *Anais da VII Reunião de Antropologia do Mercosul*, 2007

FREIDSON, E. *Professional Powers* — A Study of the Institutionalization of Formal Knowledge. Chicago: The University of Chicago Press, 1986

FRIEDMAN, L. & LADINSKY, J. O direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

GARAPON, A. *Le Gardien des Promesses* — le Juge et la Democratie. Paris: Editions Odile Jacob, 1996.

GIDDENS, A. *A constituição da sociedade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003

GORDON, C. Governmental rationality — an introduction. In: BURCHELL, G.; GORDON, C. e MILLER, P. (orgs.). *The foucault effect* — studies in governmentality. Chicago: University of Chicago Press, 1991

GURVITCH, G. *Tratado de Sociologia*. São Paulo: Martins Fontes, 1977

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional* — a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição — contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997

HABERMAS, J. *Theory and practice*. London: Heinemann, 1974

_____. *Teoria de la accion comunicativa*. Madrid: Taurus ediciones, 1987

_____. The horizon of modernity is shifting. In: HABERMAS, J. *Postmetaphysical Thinking*. Cambridge, MIT Press, 1992a

_____. Themes in postmetaphysical thinking. In: HABERMAS, J. *Postmetaphysical Thinking*. Cambridge: MIT Press, 1992b

_____. *Between facts and norms* — contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1999

_____. Conceptions of modernity. In: HABERMAS, J. *The Postnational Constellation*. Cambridge: MIT Press, 2001

HART, H.L.A. *O Conceito de Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenjian, 2001

HENRIQUES, F. V. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

HIRSCHL, R. The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. Annu. *Rev. Polit. Sci.*, vol. 11, p. 93-118, 2008

HOLMES, S. & SUNSTEIN, C. *The Costs of Rights* — Why Liberty Depends on Taxes. New York and London: W.W.W. Norton & Company, 1999

HOWARD, D. Law and political culture. *Cardoso Law Review*, vol. 17, nº 4-5, pp. 1391-1431, 1996

HUMENHUK, H. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, nº 227, 2004

HUSSERL, E. *Expérience et jugement*. Paris: PUF, 1970.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: *Martins Fontes*, 2000

KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005

LASSALE, F. *A essência da constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Liber Juris, 1988

LAVALLE, A. G.; HOUTZAGER, P. P.; CASTELLO, G. Representação política e organizações civis: novas instancias de mediação e os desafios da legitimidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, nº 60, 2006

LENOBLE, J. Law and undecidability: a new vision of the proceduralization of law. *Cardoso Law Review*, vol. 17, nº 4-5, pp. 935-1005, 1996

LUHMANN, N. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983

_____. *Law as a social system*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2004

LUZ, M. T. Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de "transição democrática" — anos 80. *Physis — Revista de Saúde Coletiva*, vol.1, ano 1, 1991

MCCARTHY, T. A. Legitimacy and diversity: dialectical reflections on analytical distinctions. *Cardoso Law Review*, nº 4-5, vol. 17, pp. 1083-1127, 1996

MACHADO, F. R. de S. *Direito à Saúde, Integralidade e Participação* — um estudo sobre as relações entre Sociedade e Ministério Público na experiência de Porto Alegre. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) — IMS/UERJ, Rio de Janeiro, 2006. 98p.

MACHADO, F. R. de S.; PINHEIRO, R.; GUIZARDI, F. L. Direito à saúde e integralidade no SUS: o exercício da cidadania e o papel do Ministério Público. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. A. de (Orgs.). *Construção*

Social da Demanda — Direito à Saúde, Trabalho em Equipe, Participação e Espaços Públicos. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, 2005.

MACHADO, F. R. de S.; PINHEIRO, R.; GUIZARDI, F. L.; LAAI, T. de; ASENSI, F. D.; SILVA, T. B. S. V. da. Novos espaços e estratégias na gestão em saúde pública — notas sobre parcerias entre Conselhos de Saúde e Ministério Público. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. A. de.; FERLA, A. A. (Orgs.). *Gestão em redes* — tecendo fios da integralidade em saúde. Rio de Janeiro: EDUCS/CEPESC/IMS/UERJ, 2006

MAIA, A. C. *Jürgen Habermas* — filósofo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

MARSH, J. L. *Unjust legality* — a critique of Habermas's philosophy of law. Lanham: Rowman & Littlefield, 2001

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status.* Rio de Janeiro: Zahar; 1967.

MARX, K. A questão judaica. In: WEFFORT, F. C. *Os clássicos da política* (vol. 2). São Paulo: Editora Ática, 2003a

_____. *A questão judaica*. São Paulo: Centauro, 2003b

MASSCHELEIN, J. Experience and limits of governmentality. *Educational Philosophy and theory*, vol. 38, nº 4, 2006

MATTOS, R A. de. Os sentidos da integralidade: algumas reflexões sobre valores que merecem ser defendidos. In: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de (Orgs.). *Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado em saúde*. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, 2001

_____. Direitos, necessidades de Saúde e Integralidade. IN: PINHEIRO, R.; MATTOS, R. A. de (Orgs.). *Construção Social da Demanda* — Direito à Saúde, Trabalho em Equipe, Participação e Espaços Públicos. Rio de Janeiro, CEPESC/UERJ: ABRASCO, 2005.

MAUS, I. Liberties and popular sovereignty: on Jürgen Habermas's reconstruction of the system of rights. *Cardoso Law Review*, vol. 17, nº 4-5, pp. 825-883, 1996

MEIRELLES, D. R. S. & MELLO, M. P. de. Judicialização das relações sociais ou politização da justiça: os efeitos da democratização na cultura legal do leigo. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2006, Manaus. *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI,* 2006

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, *Manual de Atuação do Ministério Público Federal em Defesa da Saúde*, 2005, 107 p.

MORAES, A. *Direito constitucional*. São Paulo: Editora Atlas, 2007

NEDER, G. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995

NIETZSCHE, F. *Genealogia da moral: uma polêmica*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998

OLIVEIRA, V. E. & CARVALHO, E. R. de. Judicialização da política: um tema em aberto. *Política Hoje — Revista do Mestrado em Ciências Políticas da UFPE*, Brasil, vol. 1, nº 15, 2005

PINHEIRO, R.; GUIZARDI, F. L.; MACHADO, F. R. de S.; GOMES, R. S. Demanda em Saúde e Direito à Saúde: Liberdade ou Necessidade? Algumas Considerações sobre os Nexos Constituintes das Práticas de Integralidade. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. A. de. (Orgs.) *Construção Social da Demanda* — Direito à Saúde, Trabalho em Equipe, Participação e Espaços Públicos. Rio de Janeiro: CEPESC/UERJ/ABRASCO, 2005.

POGREBINSCHI, T. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova — Revista de Cultura e Política*, n. 63, pp. 179-201, 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000300008&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 24/11/2008

_____. *O enigma do político* — Marx contra a política moderna. Tese (Doutorado em Ciência Política) — IUPERJ, Rio de Janeiro, 2007. 412 p.

_____. Regras e princípios: uma distinção básica. *Boletim Cedes*. Disponível em: http://cedes.iuperj.br/PDF/paginateoria/Regras%20e%20Princ%EDpios.pdf. Acesso em 04/11/2008

POSNER, R. *How judges think*. Cambrigde/London: Harvard University Press, 2008

_____. *The problems of jurisprudence*. Cambrigde/London: Harvard University Press, 1990

RANDERIA, S. Pluralismo jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania referenciais — instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colonial na Índia. In: SANTOS, B. de S (org.). *Reconhecer para libertar* — os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

_____. De-politization of democracy and judicialization of politics. *Theory, culture & society*, vol.24, nº 4, pp. 38-44, 2007

RASMUSSEN, D. M. Jurisprudence and validity. *Cardoso Law Review*, vol. 17, nº 4-5, pp. 1059-1083, 1996

REALE, M. *Teoria tridimensional do direito.* São Paulo: Saraiva, 2003

REGH, W. Translator's introduction. In: HABERMAS, J. *Between facts and norms* — contributions to a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press, 1999

RITT, E. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002

ROCHA, J. J. da. Ação, Reação, Transação. In: MAGALHÃES JR., R. *Três Panfletários do Segundo Reinado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1956

ROSE, N. *Powers of freedom* — reframing political thought. Cambridge/New York: Cambridge University Press, 2005

ROSE, N. & MILLER, P. Political power beyond the state: problematics of government. *British Journal of Sociology*, vol. 43, nº 2, 1992

ROSENFELD, M. Can rights, democracy and justice be reconciled through discourse theory? Reflections on Habermas's proceduralist paradigm of law. *Cardoso Law Review*, nº 4-5, vol. 17, pp. 791-825, 1996

ROSS, A. *Tû-Tû*. São Paulo: Quartier Latin, 2004

SANTOS, B. de S. *Law Against Law* — Legal Reasoning in Pasargada Law. Cuernavaca (México): CIDOC, 1974

_____. Notas sobre a história jurídico-social de Pasárgada. In: SOUTO, C. & FALCÃO, J. (orgs.). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Editora Pioneira, 1980.

_____. *Pela mão de Alice* — o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. In: SANTOS, B. de S (org.). *Conhecimento prudente para uma vida decente* — "um discurso sobre as Ciências" revisitado. São Paulo: Cortez, 2004

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Público*, vol.10, 2002

SARMENTO, D. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004

_____. A proteção judicial dos direitos sociais — alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Di-*

reitos sociais — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SCHUARTZ, L. F. *Norma, contingencia e racionalidade* — estudos preparatórios para uma teoria da decisão jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

SEGADO, F. F. La judicialización Del derecho constitucional. *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 3, pp. 43-53, 1993

SILVA, C. A. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, nº 45, 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04/11/2008

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Malheiros, 1993

SINTOMER, Y. *La démocratie impossible?* Politique et modernité chez Weber et Habermas. Paris: Éditions La Découverte, 1999

SOUZA, J. *A Construção Social da Subcidadania*. Belo Horizonte, Ed. UFMG, 2006

SOUZA NETO, C. P. A justiciabilidade dos direitos sociais — críticas e parâmetros. In: SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SOUZA NETO, C. P. de & SARMENTO, D. (Orgs.). *Direitos sociais* — fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

SWEET, S. Judicialization and the construction of governance. *Comparative political studies*, vol. 32, nº 2, pp. 147-184, 1999

TATE, N. & VALLINDER, T. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995

TAYLOR, M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados — Revista de Ciências Sociais*, vol. 50, nº. 2, pp. 229-257, 2007

TEIXEIRA, R. R. O acolhimento num serviço de saúde entendido como uma rede de conversações. In: PINHEIRO, R. & MATTOS, R. A. de (Orgs.). *Construção da integralidade* — cotidiano, saberes e práticas em saúde. Rio de Janeiro: Editora IMS/CEPESC/ABRASCO, 2003.

TEUBNER, G. De collisione discursuum: communicative rationalities in law, morality and politics. *Cardoso Law Review*, nº 4-5, vol. 17, pp. 901-919, 1996

TORRES, Alberto. *A Organização Nacional*. Brasília: Editora UnB, 1982

WEBER, M. *Economia e Sociedade*. Brasília: Unb, 1991

WERNECK VIANNA, L. W. Apresentação. In: VIANNA, L. W. (org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003

WERNECK VIANNA, L. J. & BURGOS, M. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, L. W. (org.). *Democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003

_____. Entre princípios e regras — cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. *Cadernos CEDES*, 2005

WERNECK VIANNA, L. J.; BURGOS, M. B.; SALLES, P. M. Dezessete anos de judicialização da política. *Cadernos CEDES*, 2006

WERNECK VIANNA, L. J.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, CUNHA, M. P. da; BURGOS, M. B. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1997

_____. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999

O Ministerio Publico e a saude no Brasil v3.indd 205 19/10/11 10:33