

A democracia sanitária e o direito à saúde: uma estratégia para sua efetivação

Sueli Gandolfi Dallari¹

1. A disseminação da democracia sanitária: o exemplo brasileiro; 2. A implicação saúde e democracia; 3. O procedimentalismo no Estado Democrático de Direito; 4. O desafio de encontrar o PÚBLICO no controle judicial: o caso da democracia sanitária.

1. Certamente os movimentos populares que hoje clamam por democracia no mundo árabe representam o questionamento da argumentação que vinha sendo sustentada a respeito da universalização dos direitos humanos. Com efeito, apesar de sua afirmação expressa como característica inelutável dos direitos humanos na Conferência de Viena de 1993², a universalização vinha sendo questionada em relação aos particularismos nacionais e regionais e à diversidade histórica, cultural e religiosa dos povos, principalmente após a queda das torres gêmeas em New York, em 2001. Passou-se a argumentar - com razoável acolhida - que os povos orientais, cujas raízes culturais são alheias à tradição judaico-cristã, teriam uma compreensão muito diversa dos direitos humanos. O emprego da democracia como bandeira na luta pela mudança radical dos governos na Tunísia, no Egito, na Líbia, no Bahrein, no Yemen, e nos demais que se seguirão, apresenta-se, portanto, como um importante contra-argumento.

Um elemento estratégico em relação à garantia do direito à saúde –especialmente nos Estados com rápido crescimento econômico, que abrigam hoje mais da metade da população mundial e possuem baixos índices de desenvolvimento social – dirá respeito à universalização da «democracia sanitária», ou seja, a participação popular na fixação dos objetivos da política de saúde e no controle das ações e serviços que constituem tal política. Essa diretriz foi adotada na construção constitucional do sistema de saúde brasileiro em 1988. Com efeito, no final dos anos 1980, os profissionais de saúde começaram a fixar as bases da nova política sanitária³ convencidos de que era necessário construir espaços para facilitar o controle popular sobre as decisões que compõem a política pública de saúde. Nesse período houve

¹ Coordenadora Científica, Núcleo de Pesquisas em Direito Sanitário da Universidade de São Paulo; Professora Titular, Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Professeur Invitée, Faculté de Droit, Université de Paris V, France (2014) ; Professeur Invitée, Faculté de Droit, Université de Paris X – Nanterre, France (2007, 2008, 2009, 2010, 2011 e 2012);

Professeur Invitée, Faculté de Droit, Université de Nantes, France (2002, 2003 e 2006); Tinker Professor, School of International and Public Affairs, Columbia University, USA (1995)

² Declaração de Viena, art.5º. Disponível em [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(symbol\)/a.conf.157.23.fr](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(symbol)/a.conf.157.23.fr)

³ Veja-se : II Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, realizado no Rio de Janeiro, em setembro de 1.986, pela ABRASCO – Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva

intensa participação popular na definição dos grandes objetivos constitucionais⁴. A nova política havia sido esboçada no painel «saúde na Constituição» na VIII Conferência Nacional de Saúde⁵ e dado origem a uma proposta de emenda popular apresentada à Assembléia Constituinte. Também o setor privado com interesse na área da saúde participou ativamente dos debates na Assembléia Constituinte, que terminou por definir a estrutura constitucional da saúde pública no Brasil⁶. É importante notar que o texto da seção saúde aprovado⁷ é – com pequenas modificações – aquele elaborado pelos sanitaristas e apresentado também como emenda popular ao projeto de Constituição.

Esse texto estabelece como uma das diretrizes para a organização do sistema de saúde a participação da comunidade em todas as ações e serviços de saúde (CF. art. 198, III). A legislação nacional que regulamentou esse dispositivo, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (Lei federal nº 8080/90 e Lei federal nº 8142/90), institucionalizou duas instâncias de participação popular: a conferência e o conselho de saúde. A primeira se destina a “avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde”, em cada esfera federativa, devendo-se reunir a cada quatro anos por convocação do Poder Executivo (Lei 8142/90, art. 1º, § 1º). Os conselhos são órgãos deliberativos que devem atuar “na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde”. Suas decisões são submetidas à homologação do Poder Executivo e devem versar inclusive sobre “os aspectos econômicos e financeiros” da política (Lei 8142/90, art. 1º, § 2º). O número de representantes dos usuários do sistema de saúde não pode ser inferior à metade do colegiado, tanto na composição da conferência como na do conselho (Lei 8142/90, art. 1º, § 4º). E vale lembrar que o Brasil é um Estado federal com três esferas de poder político autônomo, todas competentes para legislar sobre e cuidar da saúde⁸. Isso significa que haverá 5565 conselhos e conferências municipais de saúde, 27 conselhos e conferências estaduais de saúde e 1 conselho e conferência nacional de saúde a cada quatro anos, no território nacional.

As comissões entre gestores são um mecanismo interessante para operacionalizar, assegurando um espaço para a manifestação da comunidade, o federalismo de cooperação no campo da saúde. As relações internas entre União, Estados e Municípios foram regidas pelas Normas Operacionais Básicas (NOB) desde 1991⁹. Foi a terceira delas (NOB 1/93) que criou os mecanismos de gestão participativos e descentralizados. Ela criou as comissões entre gestores bi (gestores municipais e do Estado-membro) e tripartite (gestores dos Estados, dos Municípios e representantes do governo federal), encarregados de elaborar propostas para o sistema, acompanhar a implementação de normas e programas, avaliar os resultados e definir

⁴ Foram recolhidas cerca de 12.000.000 de assinaturas pelo Movimento Pró Participação Popular na Constituinte, nas 122 propostas apresentadas (Cf. Whitacker, F. et al. Cidadão constituinte: a saga das emendas populares. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989 p.38)

⁵ Realizada em Brasília, em abril de 1.986, por convocação do Presidente da República.

⁶ Um amplo relato desse período histórico pode ser encontrado em: Rodrigues Neto, E. A via do parlamento in Fleury, S. (org.) Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo, Lemos, 1997 p.63-91

⁷ Seção II, do capítulo da seguridade social, do título VIII – Da ordem social.

⁸ Com efeito, a competência para legislar sobre promoção e defesa da saúde é concorrente entre essas três esferas (CF. art. 24, XII c/c § 1º, 2º e 3º e art. 30, II) e a de cuidar da saúde é comum entre essas mesmas esferas (CF. art. 23, II)

⁹ Essas normas operacionais são tornadas públicas por uma Portaria assinada pelo Ministro de Estado da Saúde. Elas têm, portanto, sua constitucionalidade derivada da estrita observância ao mandamento da Constituição da República, que afirma ser o “cuidado” da saúde competência comum das três esferas de governo.

os critérios para a destinação de recursos. Observe-se que essa norma, fruto da colaboração do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde CONASEMS e do governo, foi aprovada na Comissão Intergestores Tripartite CIT e no Conselho Nacional de Saúde. Uma avaliação desses mecanismos de descentralização e democratização oriundos da ordem constitucional instaurada em 1988 mostrou que a forma engenhosa de repartir rendas e distribuir responsabilidades, adotada no seio dessas comissões entre gestores, respeita verdadeiramente a autonomia federativa¹⁰.

Também as agências reguladoras¹¹ - que na área da saúde se resumem à Agência Nacional de Saúde Suplementar, criada para regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde (Lei federal nº 9.961/2000, art. 1º), e à Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, criada para “promover a proteção da saúde da população”, realizando para isso as atividades de “controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados,” e de “controle de portos, aeroportos e fronteiras” (Lei federal nº 9.782/99, art. 3º e 6º) – possuem abertura regimental para a participação da comunidade. Assim, encontra-se em ambas as leis de criação, a previsão da existência de um Conselho Consultivo, onde têm assento representantes dos três níveis de governo e dos usuários dos serviços, além, é claro dos setores produtivos diretamente interessados¹². Além disso, há a obrigação de realização de audiências públicas para recolher subsídios e informações para o processo decisório da Agência e propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões, como ainda ampliar a identificação de aspectos relevantes à matéria objeto de audiência pública ou dar publicidade à ação da Agência, em ambas as agências (no caso da ANVISA, na Lei federal nº 9.782/99, art.33 e no caso da ANS, na norma que aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Decreto nº 3 327, de 5 de janeiro de 2000, art.33). E também existe a possibilidade, em ambos os casos, da submissão de minutas de atos normativos serem submetidas à consulta pública, “devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público”, para a ANVISA (Lei federal nº 9.782/99, art.35) e “sendo obrigatória, no caso de elaboração de anteprojeto de lei no âmbito da ANS” (Decreto nº 3 327, de 5 de janeiro de 2000, art.32).

Essa vasta malha de atos normativos, legais, administrativos e PÚBLICOS – perfeitamente de acordo com os requisitos constitucionais – objetiva dar conseqüência à

¹⁰ Nascimento, P. R.; ZIONI, F. Relações federativas no SUS: autonomia nas relações intergovernamentais da CIB-SP. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, ano 3, n. 2, p. 11-33, jul. 2002.

¹¹ no Brasil elas foram criadas como autarquias especiais, o que tem significado que - na legislação que as institui - são garantidos os mecanismos de afirmação de sua autonomia em relação à Administração direta. Também, como verdadeiras autarquias, o poder de tutela, ou seja, o poder de influir sobre as autarquias, circunscrito aos atos previstos em lei e às hipóteses nela prefiguradas, e detido pela Administração instituidora implica o controle de resultados, que – nas chamadas agências reguladoras – é mediado pelo “contrato de gestão”. No ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, entre outros, o contrato de gestão seria instrumento tanto do controle preventivo quanto do controle *a posteriori* (in *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975)

¹² Para a ANVISA a previsão encontra-se no parágrafo único do artigo 9º da Lei federal nº 9.782/99, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2 190-34, de 2001.

Para a ANS, foi criada uma Câmara de Saúde Complementar, com constituição semelhante (Lei federal nº 9.961/2000, art.13, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2 177-44, de 2001)

diretriz do sistema único de saúde, que exige a participação da comunidade. Ela poderia, entretanto, ser mudada com relativa facilidade, pois a maior resistência possível de ser encontrada é representada pela legislação ordinária, não exigindo quorum qualificado para modificações. Poder-se-ia, por exemplo, imaginar fórmula diferente das Comissões Intergestoras (CIBs ou CIT), para organizar a distribuição da responsabilidade das três esferas da federação pelos cuidados da saúde, princípio constitucional da política sanitária brasileira. Não se poderia, entretanto, eliminar a obrigação de cooperação entre essas esferas ou de participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde. Assim, é forçoso concluir que durante os últimos anos do século vinte se conformou – no exercício pleno das exigências do Estado Democrático de Direito – uma política pública de saúde que requer, por exemplo, que os Municípios assumam as atividades estabelecidas na forma de gestão contratada, existindo em atuação regular um Conselho de Saúde. Em suma, a construção da política sanitária brasileira tem procurado ouvir o povo.

2. Essa “democracia sanitária” é necessária não só para promover a gênese democrática do direito, mas sobretudo para preencher o conteúdo do conceito de saúde em determinada comunidade. Com efeito, a palavra saúde¹³, envolve tanto a percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como a noção de ausência de doenças. Tal amplitude foi aceita pela sociedade que sobreviveu à Segunda Grande Guerra do século vinte e ficou clara na criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim conceitua: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. A saúde depende, então, ao mesmo tempo, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele mais próximo das pessoas, quanto daquele que condiciona a vida dos Estados.

Ninguém pode, portanto, ser individual e exclusivamente responsável por sua saúde. Com efeito, o aparecimento de doenças pode estar ligado mais diretamente a características e fatores individuais, embora não deixe de apresentar traços que o liguem à organização social ou política. A maior força dos fatores e características ambientais, econômicas e sócio-políticas fica evidente nas doenças transmissíveis, onde existe uma ameaça à saúde de toda a população e as pessoas individualmente pouco podem fazer para se protegerem, pois ainda que suas condições físicas e psicológicas possam tornar mais fácil ou dificultar seu adoecimento é fácil perceber a predominância da organização social, nacional e global, produzindo doenças. Na realidade existe um *continuum* na noção de saúde, que tem em um de seus pólos as características mais próximas do indivíduo e, no outro, aquelas mais diretamente dependentes da organização sócio-política e econômica dos Estados.

O caso dos medicamentos pode ser um bom exemplo da força de variáveis ligadas à organização da sociedade internacional condicionando diretamente o estado de saúde das pessoas. De fato, os medicamentos além de serem, muitas vezes, uma invenção são também um insumo terapêutico de primeira necessidade para o cuidado da saúde da população. A concessão de uma patente farmacêutica suscita, portanto, preocupações quanto ao abuso do direito de seus titulares e suas implicações para o resguardo da saúde pública e do acesso a

¹³ Ver Dallari, SG O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, vol.22, nº1, p.57-63, 1988

medicamentos por parte da população. O acordo TRIPS¹⁴ prevê o direito dos Estados signatários de instituírem, no âmbito de seus ordenamentos jurídicos, leis e regulamentos próprios que objetivem a proteção da saúde e nutrição públicas (art.º 8, inciso I), tanto quanto leis e regulamentos que visem evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por parte de seus titulares, ou para evitar práticas que restrinjam o comércio ou que afetem de forma adversa a transferência internacional de tecnologia (art. 8º, inciso II). A implicação disso no estado de saúde das pessoas é evidente, pois o acesso ao medicamento será inviabilizado para quem viva num Estado que não possui o desenvolvimento sócio-econômico suficiente para lhe permitir o desenvolvimento de determinado medicamento, ou cuja opção política não faça valer as exceções previstas na ordem internacional sobre a proteção dos inventos.

Verificada a amplitude conceitual da saúde, fica óbvio que só é possível precisar o que está implicado na definição do estado de saúde de pessoas concretas, situadas, que vivam ou trabalhem em determinada comunidade. Apenas essas pessoas têm legitimidade para decidir o ponto de equilíbrio entre, por exemplo, a proteção contra as infecções respiratórias e a limitação da circulação de veículos. Assim como, é apenas a comunidade local que pode legitimamente decidir que seja gasta parte significativa do orçamento nacional para oferecer transporte e tratamento para doentes que não encontrem possibilidade terapêutica naquele local. Deve-se concluir, então, que é do próprio conceito contemporâneo de saúde que decorre a exigência de sua definição em nível local, com a necessária participação da comunidade envolvida.

3. A “democracia sanitária” é essencial para a universalização do direito à saúde também porque representa a possibilidade de superação da crise de legitimação vivida pelo direito na atualidade. De fato, a evolução da ciência, para falar apenas de um aspecto, deixou patente que nem os mais ilustres e bem intencionados parlamentares são capazes de escrever textos de lei que disciplinem adequadamente os comportamentos para controlar os chamados riscos tecnológicos; nem os mais preparados e conscientes juízes – que, para a concepção burguesa, deveriam assegurar o império da lei – conseguem justificar suas escolhas com base no estrito cumprimento das disposições legais. É evidente, portanto, que – quando identificado exclusivamente à lei (fruto da atividade dos Parlamentos) – o direito contemporâneo não possui condição para ser legítimo. Deve-se considerar, contudo, que a palavra direito não designa apenas o sistema normativo e que seus outros sentidos podem representar o caminho para o encontro da legitimidade perdida: as permissões dadas por meio de normas jurídicas para a prática de atos (o chamado direito subjetivo) e a qualidade do que é justo¹⁵.

Talvez a melhor forma de tornar clara a implicação semântica, privilegiando-se o sentido dos direitos subjetivos, seja os direitos humanos. Com efeito, sempre que assegurados em normas jurídicas, os direitos humanos configuram permissões para a fruição dos bens a que a generalidade dos seres humanos atribui máximo valor. Ora, o elenco dos valores mais importantes para cada sociedade é historicamente construído e comunga, em suas raízes, com o sentido imperante de justiça. Trate-se, portanto, de defender – no sistema jurídico vigente – a vida, a saúde ou a liberdade de reunião ou de associação, por exemplo, sempre se estará

¹⁴ em português, Acordo ADIP - Acordo da OMC sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, de 1994, gerado no âmbito da OMC

¹⁵ Telles Júnior, G. *Iniciação na ciência do direito* São Paulo, Saraiva, 2001

atuando um direito subjetivo absolutamente permeado de valores sociais. E os direitos humanos, declarados na metade do século vinte e a partir daí incessantemente construídos, vêm sendo a fórmula mais empregada para responder ao desafio de reaproximar – na atualidade – o direito da justiça.

A origem revolucionária do princípio de legalidade - cuja afirmação atesta o sucesso do empreendimento de Rousseau no Contrato Social: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes”⁴ - permite compreender o grande valor que foi dado à forma, muitas vezes em prejuízo do próprio conteúdo, na elaboração da doutrina do Estado de Direito. Com efeito, aos líderes revolucionários bastava que se declarassem extintos os privilégios e instituída a igualdade perante a lei para que a burguesia vencedora fosse *realmente* livre. Isso porque os obstáculos até então postos ao exercício da liberdade burguesa decorriam dos privilégios outorgados à aristocracia e da insegurança dos direitos que tinham como única fonte a vontade do soberano (por isso mesmo, dito absoluto) e não da falta de recursos materiais para tal exercício.

Instaurada a democracia liberal burguesa, verificou-se – durante o século dezenove, no mundo ocidental – que apenas a garantia de igualdade formal (perante a lei), característica do Estado de Direito, não atendia ao anseio de liberdade real de todos aqueles que haviam sido excluídos do processo de elaboração legislativa. De fato, já a primeira Constituição francesa, ao estabelecer quem pode participar da feitura da lei, tanto compondo o Parlamento como elegendo representantes para compor o Parlamento, excluiu inicialmente todas as mulheres e em seguida os homens que não possuísem patrimônio ou renda superior a determinado valor⁵. Desenvolve-se, então, novo período revolucionário, pois ficava claro que os assalariados da indústria nascente, por exemplo, embora formalmente iguais aos proprietários, perante a lei, não possuíam as mesmas condições materiais de exercício do direito à liberdade que seus patrões. Assim, as revoluções operárias do final do século dezenove e começo do século vinte introduzem o adjetivo *social* para qualificar o Estado de Direito. Buscava-se corrigir a deformação do processo legislativo e, conseqüentemente, da idéia moderna de democracia, causada pelo predomínio da forma. É importante notar que esses revolucionários continuaram a valorizar a igualdade formal como uma conquista fundamental, que deveria, entretanto, ser acrescida das possibilidades de sua efetiva realização. Tratava-se, portanto, de reconhecer a existência de desigualdades materiais que inviabilizavam o gozo dos direitos liberais e de responsabilizar o Estado pelo oferecimento – inicialmente aos trabalhadores e, em seguida, a todos aqueles que necessitarem – daquelas condições que permitissem a igualdade real, de oportunidades. Caracterizam as conquistas desse período, a adoção do sufrágio universal (garantindo a todos o direito de participar no processo de elaboração das leis, por meio da eleição de representantes), a inclusão de um capítulo nas Constituições garantindo direitos trabalhistas e a implementação do chamado “Estado do Bem Estar Social”, que presta serviços públicos para garantir direitos, entre outras peculiaridades.

A experiência do Estado Social de Direito revelou, contudo, que ampliar a participação no processo legislativo, de modo a garantir que todos tomem parte na feitura da lei, não “assegurou a justiça social nem a autêntica participação do povo no processo político”⁶. Verificou-se que a exigência de formalidade combinada com a grande ampliação

das esferas de atuação do Estado, atingindo quase todos os setores da vida social, colocou em risco a democracia. Já não era apenas a lei – fruto da atividade dos Parlamentos – que regulava a vida social, mas, cada vez mais essa função era realizada por atos normativos emanados pelo Poder Executivo. Observou-se, sobretudo, que a forma da lei afastou-a de seu conteúdo ético. A lei passou a atender a interesses de grupos, a partes da sociedade e não mais ao interesse público. Assim, o papel que os fundadores dos Estados Unidos da América reservaram para o Poder Judiciário (na determinação final da *teoria da separação dos poderes*) de controlar a obediência à lei, que representava a vontade geral, tornou-se impossível de ser cumprido: ora exigia-se a estrita observância da legalidade em casos onde a lei não mais abrigava a idéia de justiça, ora deixava-se enredar pelos vários documentos normativos que expressavam interesses particulares, tornando aleatória a obediência ao princípio da legalidade. A lembrança da Alemanha nazista ou da Itália fascista é suficiente para evidenciar que sem a “efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões e a real participação de todos nos rendimentos da produção”⁷ não se pode adequar a idéia de democracia aos tempos de hoje. Desse modo, o conceito de Estado Democrático de Direito reconhece, respeita e incorpora as conquistas representadas pelo Estado de Direito e pelo Estado Social de Direito, mas, acrescenta à igual possibilidade de participação na elaboração das normas gerais que devem reger a organização social, o controle de sua aplicação aos casos particulares.

Para dar conta desse desafio os estudiosos da democracia vêm redefinindo uma espécie de procedimentalismo, sobretudo para enfrentar as limitações postas pela representatividade. Jurgen Habermas é um desses estudiosos que vem exercendo grande influência na questão, particularmente porque arquitetou uma resposta procedimental que valoriza o processo de formação política da vontade e da opinião, concebendo os princípios do Estado constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião. Diz ele que o êxito da política deliberativa depende não da ação coletiva dos cidadãos, mas da institucionalização dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes¹⁶. Assim, a democracia procedimentalizada implica o respeito ao pluralismo social numa sociedade descentralizada.

A experiência democrática que se vem desenvolvendo no sul, a partir da Europa, atingindo tanto a América como a África e mesmo a Índia recolocou no debate democrático, como ensinam Santos e Avritzer¹⁷, a questão da relação entre procedimento e participação social; recolocou, também, o problema de escala no interior do debate democrático a partir do questionamento da adequação da solução não participativa e burocrática ao nível local; e ainda a relação entre representação e diversidade cultural e social. Em suma, para que o envolvimento das pessoas seja eficiente é indispensável proteger algumas condições do processo democrático. É necessário criar um espaço público, suficientemente sensível para submeter ao debate público as decisões públicas ou privadas que possam afetar a segurança

¹⁶ Cf. Habermas, J. *Three normative models of democracy*. **Constellations**, vol I (1):1-10; p.7

¹⁷ Cf. Santos, B. S. & Avritzer, L. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In : Santos B.S. (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira: 2002. (p.39-78). p.54

das pessoas ou aquelas que fixem o limite entre a proteção pública, as escolhas individuais de prevenção ou de defesa, e as convenções sociais. Como ensina Habermas, para que tais decisões sejam justas, refletindo o interesse social, deve-se combinar a soberania do povo juridicamente institucionalizada (a democracia representativa) com a soberania do povo não institucionalizada (a democracia direta). Para que isso seja possível, é indispensável “a preservação de espaços públicos autônomos, a extensão da participação dos cidadãos, a domesticação do poder das *media* e a função mediadora dos partidos políticos não estatizados”¹⁰. Assim, por exemplo, a participação popular na Administração deve ser considerada um procedimento eficiente “ex ante” para legitimar as decisões que - apreciadas conforme seu conteúdo normativo - atuam como atos legislativos ou judiciais. Apenas a manutenção do espaço jurídico público permite superar a velha oposição entre direitos formais e reais, direitos políticos e sociais, e mesmo a diferença entre a idéia de democracia e a de socialismo, uma vez que é no seio de uma teoria ampliada de democracia que os direitos sociais podem ser repensados e os direitos políticos aprofundados, ao mesmo tempo.

A crise de legitimação do direito implica, portanto, a recuperação dos seus sentidos que foram sendo desprezados durante os séculos dezenove e vinte: o direito subjetivo, permeado pelos valores sociais, sobretudo, com a preocupação com a justiça. É necessário que se instaure efetivamente a cidadania, onde o “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária”, como ensina Aristóteles¹¹. E isso é especialmente verdadeiro quando se consideram as características da sociedade contemporânea, que é também chamada de “sociedade do risco”.

4. É fácil supor que a participação popular na administração pública, até mesmo por implicar o questionamento da tradicional representação política concebida na Modernidade, tende a ser fortemente contestada pela ideologia dominante. É igualmente fácil aceitar que a experiência de participação tem um caráter – para dizer pouco – ambíguo, existindo elementos que caracterizam tanto seu sucesso quanto seu fracasso. É também fácil concordar que, em saúde, no Brasil, a prática da participação teve e continua tendo um sentido pedagógico de grande alcance, considerando-se apenas o número de pessoas envolvidas. Não se pode ignorar, contudo, que o adensamento da participação comunitária na gestão da coisa pública é contemporâneo à chamada globalização da economia capitalista, cujas características marcantes incluem a revitalização da crença no caráter auto-regulador dos mecanismos de mercado, a crescente desregulamentação das atividades econômicas e a destituição dos direitos sociais; uma erosão da soberania e da capacidade decisória do Estado, seja pela crescente emergência de novos atores regionais e globais (blocos de integração econômica, conglomerados transnacionais), seja pela política de privatizações, no plano interno; uma diminuição da capacidade de resposta do Estado aos conflitos sociais contemporâneos, que vão assumindo uma dimensão claramente global (terrorismo, narcotráfico, lavagem de dinheiro, degradação ambiental, tráfico de pessoas e de órgãos), enquanto os Estados permanecem adstritos aos limites do território nacional¹⁸.

¹⁸ Minhoto, L.D. & Martins, C.E., *As redes e o desenvolvimento social*, **Cadernos Fundap**, São Paulo, v. 22, 2002, p. 81-101.

Essa mudança estrutural do contexto traz, portanto, o desafio da legitimidade dos procedimentos para a legitimação do exercício do princípio democrático. No campo da saúde, por exemplo, trata-se agora, de enfrentar o “mercado da doença”, que privilegia os aspectos econômicos e financeiros das atividades inerentes à organização dos serviços e produtos de saúde. E isto porque nesse ambiente voltado para cuidar da saúde como uma questão de acesso a serviços de assistência às pessoas doentes, no contexto da chamada “saúde global” ficou demonstrado que os programas de ajuste, levando os governos a diminuir gastos públicos e ao desenvolvimento de um setor privado que visa o lucro, dentro de uma lógica de mercado, não produziu “saúde”, como conclui, Richard Horton, editor do *The Lancet*. Ele termina sua manifestação desejando que o benefício que se possa extrair da crise financeira global seja a sensibilidade acerca das carências enfrentadas e sentidas por bilhões de pessoas – as conseqüências da “estrangulação financeira da desconcertante maioria das pessoas do mundo por um punhado de “países desenvolvidos”, como, lembrou ele, ensinou Lenin em *Imperialism: the Highest State of Capitalism*¹⁹. Por outro lado, deve-se evitar, também, a entronização da figura econômica do consumidor, que “nega a necessidade de serem tomadas decisões políticas, que são precisamente as decisões a respeito de interesses comuns ou de grupos, contrapostas à soma de opções, racionais ou não, de indivíduos que se norteiam por suas preferências particulares. A participação no mercado substitui a participação na política. O consumidor toma o lugar do cidadão”²⁰.

E preciso considerar, portanto, ainda no exemplo sanitário brasileiro, que apesar de terem sido implantados os dispositivos que permitem e favorecem a participação popular, seja por meio de conselhos e conferências ou mesmo da atuação na fiscalização do sistema, eles podem não ter resultado em real participação política, traduzida no acesso ao processo de tomada de decisões e de formulação de políticas públicas²¹. Isso é parte da perplexidade trazida pelo discurso participativo: de um lado, basta lembrar que, assustada com o “irracionalismo das massas” verificado durante o fascismo, a Constituição da Alemanha Ocidental expurgou todos os dispositivos de participação popular da velha Constituição. De outro, lembram Gurza Lavalle e Vera, que em 2005, na International Political Science Association (IPSA), pôde-se ouvir o seguinte: «Acredito ser justo dizer que, entre democratas progressistas, esses desenvolvimentos [das últimas décadas] marginalizaram a linguagem da representação em favor da linguagem da democracia participativa [...]. A representação se tornou o primo pobre – por assim dizer – da linguagem aparentemente mais rica da participação democrática»²².

O desafio de instituir um controle democrático sobre as diversas formas de participação popular no governo já adotadas por diversos países e cara aos estudiosos – que parecem não haver encontrado outras possibilidades para a democracia atual – implica encontrar o PÚBLICO no processo judicial. E a resposta deve ser encontrada no

¹⁹ Horton, R. *Offline: The advantages of Universal Health*. **The Lancet**, [Volume 380, Issue 9854](#), Page 1632, 10 November 2012

²⁰ Hobsbawm, E., A falência da democracia, in *Caderno Mais!*, Folha de S. Paulo, 09.09.2001.

²¹ MINAYO, M. C. S. In SILVA, S. F. **Municipalização da saúde e poder local: sujeitos, atores e políticas**. São Paulo, Ed. Hucitec-Cortez, 2001. p.38

²² Cf. Gurza Lavalle, A. & Vera E. I. *A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability*. **Lua Nova** 2011; 84:353-364. p. 106

‘procedimentalismo’, pois é fundamental que não se perca de vista que os profissionais do direito estão obrigados a exigir o cumprimento da Constituição, das leis e dos demais atos administrativos que caracterizam as políticas destinadas a assegurar o direito em questão. Por exemplo, a função do Judiciário em relação ao direito à saúde – ao mesmo tempo um direito individual, coletivo e difuso – é garantir sua realização, inclusive como direito individual. É claro que esse direito individual deve ser compreendido no contexto da sociedade contemporânea, que – como se verificou – só pode ter seu alcance determinado no caso concreto. Nas demandas judicializadas formalmente perfeitas, negar o acesso ao medicamento apenas será justo quando o julgador estiver convencido de que as políticas para garantir o direito à saúde foram elaboradas e estejam sendo implementadas em perfeita consonância com os padrões jurídicos aplicáveis ao caso concreto. Para chegar a tal conclusão, contudo, é preciso que os juízes e demais profissionais do campo jurídico conheçam bem o direito do século vinte e um, que não se contenta com a simples existência de textos legais regulando a matéria, mas exige a verificação do efetivo controle popular na implementação da política pública. É necessário, portanto, valorizar o componente democrático, seja para apreender o verdadeiro sentido do conceito de saúde existente em certa comunidade seja para caracterizar cada uma das fases que compõem a política pública.

Em suma, é inadequado considerar o poder normativo do Estado Democrático de Direito como pertencendo exclusivamente aos poderes consagrados na teoria da separação de poderes do Estado. De fato, a construção de órgãos e mecanismos que asseguram a participação direta do povo na definição e o contínuo controle popular dos atos de implementação das políticas públicas permite ao menos identificar uma outra esfera de poder normativo, que talvez possa ser denominada de eminentemente PÚBLICA. É preciso, portanto, que o julgador seja capaz de identificar não apenas os argumentos que têm como base atos legislativos em sentido próprio, mas também aqueles que se originam no poder normativo da Administração, e ainda os que têm fundamento no poder normativo propriamente Público, derivado da efetiva participação das pessoas na definição e na realização do direito à saúde.

Tomando-se o exemplo brasileiro, a decisão a respeito do direito à saúde deve envolver a busca dos ‘dados fáticos’ - da situação real - que embasaram a situação dada, considerando, inclusive, a existência legal do Sistema Único de Saúde. A questão federativa parece propiciar um exemplo bastante esclarecedor da atuação esperada do Judiciário para assegurar o direito à saúde. Com efeito, a Constituição da República afirma que cuidar da saúde é competência comum a todas as esferas federativas (CF art. 23, II), estabelecendo a responsabilidade solidária. A necessidade de organizar o sistema nacional de saúde para reduzir o risco de doenças e assegurar o acesso de todos aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, obrigando o Poder Público a regulamentar, fiscalizar, controlar e também executar tais ações e serviços (CF art. 196 c/c 197) levou os operadores do sistema sanitário a buscar um modo adequado para repartir as competências constitucionais em matéria de saúde. A fórmula encontrada, como acima referido, foram as Comissões Intergestores (criadas na NOB 1/93), que repartem rendas e distribuem responsabilidades. Esse importante mecanismo da política pública para promover a descentralização e a democratização, dando cumprimento à ordem constitucional sanitária, exige sua minuciosa apreciação para que se possa promover decisões justas em matéria de saúde. Isso porque suas

decisões configuram parâmetros objetivos para o controle da política pública, facilmente aferíveis. De fato, apurar que na data Z foi acordado na Comissão Intergestores Bipartite, com a aprovação do Conselho Estadual de Saúde, destinar ao Município X, o montante de Y, como Incentivo Financeiro para implantação de Serviços Residenciais Terapêuticos, dando cumprimento ao disposto na Portaria GM/MS nº 246/, de 17 de fevereiro de 2005, em face da necessidade de acelerar a estruturação e a consolidação da rede extra-hospitalar de atenção à saúde mental, torna objetivo o parâmetro para julgar o processo de reformulação do modelo assistencial em saúde mental, a implementação e o fortalecimento do Programa de Volta para Casa e a consolidação do Programa de Reorientação da Assistência Hospitalar Psiquiátrica no SUS naquele Município.

Ora, se a aplicação do direito, como ensina Gustavo Amaral, exige a consideração do caso concreto e essa tarefa incumbe não apenas ao julgador, mas ao processo judicial²³, é preciso, também, que os profissionais da área da saúde – inclusive os administradores ou gestores públicos – conheçam muito bem sua especialidade, tendo clareza de que ela serve à garantia de um direito e se preocupem, portanto, em fornecer todas as informações que foram relevantes para determinar sua escolha técnica. Além disso, o julgador deve certificar-se de que as políticas públicas de saúde relacionadas à prestação de serviços públicos necessários à garantia do direito à saúde foram elaboradas segundo o processo previsto constitucionalmente, especialmente se a comunidade participou efetivamente de sua formulação e segue controlando sua implementação (exigência da Constituição da República, art. 198, III). Isso para que ele possa confrontá-las com os padrões jurídicos aplicáveis ao caso concreto, mas sobretudo para que ele possa exigir que tanto a elaboração quanto a execução de tais políticas sejam ajustadas aos requisitos constitucionais e legais. Esse resultado, contudo, não será conseguido sem a competente e honesta colaboração dos gestores ou administradores sanitários. É indispensável que todas as suas decisões sejam amplamente motivadas para permitir o exame de sua adequação às exigências constitucionais e legais aplicáveis. Para a realização do direito no século vinte e um, numa sociedade complexa e « securitária », o relatório da reunião que aprovou determinado « consenso terapêutico » é tão ou mais importante que o próprio consenso, por exemplo. Apenas com a leitura desse relatório é que o Judiciário poderá conhecer o processo e as razões que justificaram aquela escolha técnica e, então julgar sua conformidade aos padrões jurídicos.

Percebe-se, assim, que o jurista, cuidando de uma política pública, está obrigado a encontrar o ato normativo que formaliza a tradução do “direito” gerado da participação popular. O que implica afirmar também que o legislador/administrador deve formalizar tal tradução. Tendo-se sempre presente que a análise de políticas públicas exige um trabalho seqüencial, deve-se inicialmente, determinando o quadro geral em que ela atua, identificar o conjunto de medidas concretas com objetivo e públicos certos. Todas essas medidas devem ter uma tradução jurídica. Elas estarão contidas em decretos, portarias, resoluções, legislação orçamentária e financeira, contratos e convênios, licenças e autorizações, etc... O caráter essencialmente procedimental do trabalho com políticas públicas implica, portanto, a identificação de cada etapa e, para o jurista, de cada documento onde ela está contida. Assim,

²³ Amaral, G. *Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária*. In: Nobre, M.A.B. & Dias, R.A. (coord) **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte, Fórum, 2011 p.81 - 115

não se trata de fazer dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados das associações gestores públicos, avaliadores dos aspectos éticos dos ensaios clínicos, professores de medicina ou dirigentes dos conselhos de medicina. Trata-se sim de assegurar-se de que o documento que identifica cada etapa da política revele que foi construído com a efetiva participação de todos os interessados.

Concluindo: a realização do direito à saúde no Brasil depende absolutamente da capacidade do Judiciário de aprender a trabalhar com a “democracia sanitária”. É preciso que ele seja capaz de verificar a participação popular na fixação dos objetivos da política de saúde e também no controle das ações e serviços que constituem essa política. Isso não é tarefa fácil, especialmente neste momento de globalização da economia, quando se soma ao descrédito da democracia representativa a força econômica tentando capturar os mecanismos da democracia participativa. O controle judicial agora pode representar o meio de assegurar que cada etapa de deliberação da política sanitária brasileira preserve o valor saúde abrigado na Constituição. Para isso é preciso que ele atue o direito do nosso tempo e encontre e respeite a norma jurídica efetivamente PÚBLICA, gerada nos espaços jurídicos públicos.