

RESENHAS

REVIEWS

A TUTELA ANTECIPADA NO DIREITO À SAÚDE: A APLICABILIDADE DA TEORIA SISTÊMICA

*Autores: Germano A. Schwartz e Ricardo Jacobsen Gloeckner
Editora: Sérgio Antonio Fabris, Porto Alegre, 2003*

Rosângela Werlang^()*

A obra parte de um pressuposto construído, ao longo da mesma, de forma maiêutica. É com base em arguições, dúvidas, contrapontos que se edificam conceitos, que se arquetam alguns valores essenciais. Tarefa árdua de (re)construção epistemológica, o direito à saúde é revisitado.

Primeiramente, impostergável salientar que a saúde, preocupação que se fez sentir séculos atrás, possui uma história que se liga identitariamente, em um momento “prólogo”, à humanização do próprio ser humano, entendido como portador de uma racionalidade. Em um momento posterior, talhada em meio ao processo de laicização do Estado moderno.

Retratado esse mundividente trajeto, a saúde não pode ser entendida como “mera ausência de doença(s)”. Necessário ir mais além. Entender a saúde como um processo emancipatório é fundamental. Por isso a proposta maiêutica, dialogal. Manter a rota epistemológica que grassa o campo sanitário é imprescindível. Sustentá-la requer ainda maior densidade no enfrentamento de questões problemáticas que exurgem do campo social. Antever momentos de conturbação, de incompletude e até mesmo de vacuidade, em meio à complexidade e contingência da conjuntura social é assumir riscos.

E, assim sendo, um risco que é assumido, na presente obra, é o de entender o fenômeno do ambiente sanitário como mutável (e efetivamente o

(*) Mestre em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professora de Sociologia Jurídica da Universidade Luterana do Brasil.

é). É possibilitar uma dialogicidade que, se de um lado mina a certeza cartesiana, construída linearmente, nela interpolando a dúvida, de outro se trata de um fenômeno enriquecedor.

A proposta de abertura dialógica é, portanto, uma maneira de se ultrapassar o dogmático, o servilismo apostólico ao operar cerrada e inflexivelmente do positivismo, da mônada científica, atomizada e diluída em sua pretensão narcísica de a tudo resolver. É preciso, parafraseando *Boaventura de Sousa Santos*, reconhecer a dialética da diferença e da tolerância, imantando uma imagem da saúde como reconhecimento da diferente, um obstáculo à assimilação de culturas periféricas por outras hegemônicas, o que constituiria um “verdadeiro epistemicídio”.

Uma vez pormenorizado o panorama do qual se parte (o conhecimento dialogal), pretende-se discutir, mais especificamente, o direito à saúde. Direito este que torna cada vez mais tormentosa uma discussão filosófica que ressalte sua importância (de todos conhecida) e no entanto, hodiernamente cada vez mais olvidada pelos programas de assistência social e obnubilada na condição prometeica de um Estado mais garantidor.

Por isso, busca-se a efetivação do direito à saúde. Se e quando se encontram no direito à saúde garantias, resta outra problemática: a sua real incidência, as condições de efetividade do mesmo. A tutela antecipada é um desses mecanismos de salvaguarda, de aplicabilidade. Desta forma, uma justificativa para que se possa “garantir” o direito à saúde passa também pelo plano de sua potencialização. Requer uma dupla atuação do operador do direito, tanto no plano fático como no abstrato.

Demais disso vale lembrar a situação da política assistencial no Brasil, o que sugere que, ao Poder Judiciário e, aos órgãos de defesa de interesses dos cidadãos, sejam eles o Ministério Público, Defensorias Públicas e a própria figura do advogado, é reservada um agir que deve ser ativo. Uma vez mais, justifica-se a leitura da obra, que por seu turno busca fornecer meios para que este agir efetivo se desenvolva.

Para que se possa conquistar uma efetivação do direito à saúde o mais ampla possível, torna-se necessária uma investigação que aponte onde e quando o direito à saúde se faz presente. Assim, o exame realizado é eminentemente transdisciplinar, permitindo uma confluência de setores parciais (disciplinas), que segmentos entrem em contato uns com os outros. Assim, o direito à saúde é concebido de maneira multicontextual, em meio ao que *Morin* identifica como multi-poli-inter-disciplinaridade. Relacionando setores aparentemente desconexos é que se busca definir limites e fronteiras para o direito à saúde.

Para se chegar à conclusão de que o direito à saúde é mais do que um ter acesso à, mas ao revés, um direito de, implicando uma genealogia que se ramifica da ecologia à eubiótica, mantendo estreitas relações com a

bioética, ao direito do trabalho, enfim, aos demais ramos das ciências, se faz mister uma teoria que realize essa aproximação.

O referencial do qual dimana essa construção gnosiológica é a teoria dos sistemas sociais de *Niklas Luhmann*. Trata-se de uma teoria de vanguarda que se caracteriza, sobretudo, pela observação/operação. E, como tal, permite um interagir entre os sistemas sociais constituintes da sociedade, baseado, quintessencialmente, no conceito de autopoiese, fruto das pesquisas dos chilenos *Humberto Maturana* e *Francisco Varela*, o qual é de grande valia para se prognosticar a qual futuro pertence o direito à saúde: um futuro de aprisionamento conceitual e suas implicações nebulosas ou, de forma diversa, um futuro que prime pela oxigenação e o reconhecimento de um direito à saúde plasmado em ideais democráticos.

Ademais, para o próprio reconhecimento do que seja o direito à saúde, é preciso que se tenha em mente uma democracia dialógica, não mais adstrita aos valores tão somente formais. Para além, forçoso admitir que uma democracia verdadeira, baseada no compromisso do diálogo e não meramente caricatural no reconhecimento do alter enquanto negatividade do ego, mas que se projeta na identificação do outro enquanto e porquanto um possível “eu”, caracteriza-se pela abertura.

Assim sendo, uma “democracia democrática” é causa e efeito de uma sustentação dos direitos humanos como núcleo essencial, que se reveste de uma alteridade e riqueza que lhe alcança a discussão, a abertura. É possível estabelecer uma interligação entre o direito à saúde como qualidade de vida e o acesso à que se tenha essa excelência via democrática, onde reluz a dignidade da pessoa humana.

Derradeiramente, insta adjazer que, após a devida exploração científica exercida em relação à extensão do direito à saúde, enfrenta-se o instituto da tutela antecipada como instituto que dá eficácia a todo o arquétipo conceitual edificado.

O instituto da tutela antecipada vem sendo, ao largo dos anos, desde sua implementação no ano de 1994, após considerável reforma processual civil, um mecanismo de relevância para a consecução do princípio constitucional da efetividade do processo. Ao mesmo passo que traz benefícios, sua utilização desmedida pode ser fonte de injustiças.

Para que se possa examinar sua aplicabilidade no campo sanitário, necessário que se tenha uma breve noção do instituto, a fim de que sejam dirimidas quaisquer possíveis dúvidas. Assim, os requisitos básicos desse instituto são examinados para, daí por diante tratar do assunto mais específico que é sua verificação em situações de tensão, mormente se encontre em risco o direito à saúde.

E isso é oferecido ao leitor de uma maneira que se conjuga temporalmente ou seja, como a decisão antecipatória pode (e deve) ser vislumbrada sob o prisma da temporalidade.

Como é cediço, saúde envolve tempo. E, nesse diapasão, é preciso estabelecer até que ponto tempo e decisão são limítrofes, até onde constituem duas faces de um mesmo fenômeno. Produção de tempo e decisão. O antecipar algo envolve o deslocamento de um futuro que se faz presente. Futuro inovador e que, do caso contrário, tão somente repetiria um passado. Se o direito opera para frente, deve produzir, via de consequência, futuro. E é isto que se visa. Mergulhar de cabeça no campo da decisão, onde o tempo é composto, onde passado, presente e futuro não podem ser considerados linearmente. Sem recortes temporais, vive-se uma decisão que gera um tempo helicoidal, um eterno refazer que aponta um itinerário incompleto e contingente. Mas que é preciso seguir.

Partindo de um modelo ponderativo (princípio da proporcionalidade) é erigido um modelo sistemático que demonstra em quais situações pode o direito à saúde prevalecer, mesmo encontrando inúmeros percalços procedimentais, dentre eles o mais controvertido que é a concessão da medida antecipatória perante o ente público.

É com base em uma proposta de abertura e de reconhecimento do direito à saúde que se estabelecem laços democráticos. No entanto, sem imprimir a “impostura filosófica”, parafraseando o título da obra de *Sökal e Bricmond*, do autoritarismo científico. Mais do que um local de chegada, a obra é um ponto de partida. Caminho este, desde já apontado como infindável.

Que o leitor atravesse por si mesmo esse vasto, muitas vezes inexpugnável caminho pelo campo do direito sanitário é uma meta que acreditamos haver alcançado, afinal, não se presumem preceitos ditos para sempre. Suscitar a dúvida e o gosto pelo debate é algo inarredável, conjuntura que não pode ser afastada do direito à saúde.

Retornando mais uma vez a *Luhmann*, se a comunicação somente é possível porque impossível ou seja, a comunicação somente pode se desenvolver se ela é defectiva, do contrário, se ela fosse plenamente possível seria dispensável, é nesse viés que acreditamos que a obra está inserida. Não se pretende transmitir conhecimento. Objetiva-se que o leitor o produza e, se possível, mediante algumas reflexões suscitadas.

Outrossim, se o leitor conosco compartilhar algum de nossos apontamentos no livro lançados, teremos a convicção de que parte da missão foi cumprida. A outra, a de fazer com que o direito à saúde seja cada vez mais potencializado, cada vez mais debatido e até mesmo polemizado, deixamos a cargo do tempo. Tempo este que urge... Um tempo de conceber o direito à saúde como, além de autopoietico, um ato poietico.

L'ÉTAT POST-MODERNE

*Autor: Jacques Chevallier
Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence,
E.J.A., 2003, 225 pp.*

Laurindo Dias Minhoto^()*

O mais recente livro do professor *Jacques Chevallier* merece ser saudado, quanto mais não seja, por compartilhar daquela ambição intelectual que freqüentemente confere à pesquisa acadêmica de fôlego o seu traço distintivo.

Com efeito, o professor de Direito Público e de Ciência Política da Universidade Panthéon-Assas (Paris II) propõe-se nada mais nada menos que esquadrihar o extenso terreno movediço de transformações que atualmente redefine o sentido, o alcance e a razão de ser do Estado Nacional, como se sabe, figura de proa do pensamento jurídico-político da modernidade.

Ancorado na experiência dos países industrializados e a partir da mobilização de ferramentas teóricas pertencentes a diversos domínios das ciências sociais, o projeto de rastreamento interdisciplinar das transformações atuais do Estado empreendido pelo autor busca, de um lado, situar as mudanças do sistema político num quadro mais abrangente de mudanças sócio-históricas, e, de outro, não perder de vista o jogo dialético entre continuidade e ruptura que parece estruturar o presente. Ou seja, a emergência do Estado pós-moderno é situada no contexto de surgimento de uma sociedade pós-moderna; por igual, o novo Estado constitui não apenas índice de rupturas significativas com o sistema político característico da modernidade, mas também, ao mesmo tempo, de intensificação paroxística de alguns dos traços que historicamente o configuraram. Assim é que a apreensão do Estado pós-moderno se insere no contexto de caracterização do novo campo de forças sociais em que comparecem tanto tendências de antimodernidade quanto tendências de hipermodernidade (p. 19).

O livro está estruturado em três partes. A primeira discute a questão da reconfiguração dos aparelhos do Estado, seja do ponto de vista da crise da arquitetura estatal e do reforço dos laços contemporâneos de interdependência, seja do ponto de vista da redefinição das funções do Estado, da atenuação de sua especificidade e da fragmentação de suas estruturas. A segunda parte centra o foco na mudança jurídica, passando em revista a crise do direito moderno, a explosão de litigiosidade, a nova configuração

(*) Professor Visitante do Departamento de Prática de Saúde Pública da FSP/USP. E-mail: ldm@usp.br.

pluralista do sistema jurídico, a reconstrução do direito na sociedade contemporânea e os esforços de racionalização da experiência jurídica pós-moderna na esteira do desenvolvimento de um direito reflexivo.⁽¹⁾ A terceira parte joga luz sobre a redefinição do liame político, ou seja, trata das mudanças que tendem a redesenhar a relação entre governantes e governados (“a relação política fundamental” na dicção conhecida de *Norberto Bobbio*), com ênfase no exame de questões intrincadas, tais como a crise contemporânea da democracia, a nova concepção de Estado de Direito, a judicialização da política, a emergência de uma democracia deliberativa e participativa e, por fim, porém não menos importante, as transformações por que passa atualmente o instituto da cidadania.

Segundo o argumento do autor, Estado, direito e democracia submetem-se hoje a um amplo movimento de reconceptualização que pode e deve ser entendido como resposta específica aos desafios entreabertos pela emergência da sociedade pós-moderna.

Regulação e governança

O novo contexto social é marcado especialmente pela crise dos Estados de Bem-Estar no Ocidente industrializado, pelo esgotamento do nacional-desenvolvimentismo e pela entrada em cena dos programas de ajuste estrutural nos países em desenvolvimento, pela *débâcle* do socialismo no Leste e, cortando transversalmente esses processos, pela globalização.

A conjugação desses fatores põe em xeque o modelo estatal da modernidade, que vê no Estado o princípio fundamental de integração da sociedade e o *locus* privilegiado de formação da identidade coletiva. Como se sabe, o modelo estatal moderno caracteriza-se, entre outros traços, pela institucionalização e enquadramento do poder, pela instauração da cidadania como cimento do vínculo político, pelo monopólio da coerção que exprime na sua forma mais significativa a soberania do Estado e pela consagração do princípio da unidade (de valores, do direito positivo, do aparato burocrático, etc.).

O modelo é posto em questão precisamente na medida em que: (a) a globalização desloca o Estado para um novo contexto de interdependência estrutural, abalando os alicerces do conceito moderno de soberania; (b) a erosão da soberania do Estado se expressa na perda de controle estatal sobre uma série de variáveis essenciais à formulação e execução das políticas econômicas e sociais, o que leva a uma redefinição das funções do Estado; (c) as fronteiras entre o público e o privado tendem a se erodir, processo que implica, segundo o autor, uma perda de especificidade da

(1) Diga-se de passagem, mudança jurídica já investigada em profundidade entre nós por José Eduardo Faria, no livro *O direito na economia globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999.

arena estatal, de que dá mostra hoje a colonização dos critérios de gestão pública pelos critérios de gestão das empresas (Estado gerencial); (d) em lugar da unidade de organização que teria caracterizado o Estado moderno, assiste-se hoje a um movimento de fragmentação das estruturas estatais, cada vez mais heterogêneas (p. 32).

A percepção de que o Estado não constitui mais o único ator da cena internacional, índice de surgimento de uma sociedade *multicentrada*, abre o caminho para a adoção de novas estratégias de *governança*, entendida como conjunto de mecanismos complexos de interação que se desenvolve numa arena marcada pela multiplicidade de atores públicos e privados e se destina à elaboração compartilhada das novas regras do jogo. Nas palavras do nosso autor, “o Estado pós-moderno reconhece, assim, a existência de outros atores com os quais tem de negociar, sem se refugiar no biombo de uma soberania que se tornou em larga medida ilusório” (p. 44).

Outro signo do Estado pós-moderno estaria na ascensão do Estado regulador, figura que se distingue dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia. Pois, trata-se agora de supervisionar as relações de mercado e de estabelecer certas regras para garantir o equilíbrio do conjunto. No processo, o Estado passa da antiga condição de ator para a nova condição de árbitro do jogo econômico (p. 60).

“Naufrágio da regra uniforme”

No que toca ao sistema jurídico, a pós-modernidade estaria chegando por via do abalo sísmico que provoca no modelo jurídico piramidal próprio da modernidade, marcado, como se sabe, pelos atributos intrínsecos da sistematicidade, da generalidade e da estabilidade (p. 91).

Segundo o autor, o novo direito que emerge da pós-modernidade resulta da interligação de quatro processos decisivos: (a) o retorno do direito pela juridificação e pela subjetivização — de um lado, *a sociedade do risco* (afinal, estamos todos a bordo do *juggernaut* da revolução científica, segundo a conhecida fórmula de *Anthony Giddens*) potencializa novas demandas por regulação jurídica (de que seria emblema, por exemplo, a construção do chamado princípio de precaução, bem como sua extensão do campo ecológico para o campo sanitário); de outro, a emergência dos novos movimentos sociais (outro tópos da literatura sociológica contemporânea) tende a levar a luta política para a arena jurídica, que se expressa por exemplo no já bem conhecido processo de judicialização da política; (b) a multiplicação de espaços jurídicos, que dá a medida do cenário contemporâneo de pluralismo e internormatividade, bem como da emergência de um direito de coordenação, *pendant* jurídico do Estado árbitro-regulador na política; (c) o surgimento de um novo *direito pragmático*, que redefine o sentido da regulação jurídica atual, resultado de uma espécie de “vontade de eficácia e de adap-

tação” que se expressa numa reconstrução da racionalidade jurídica, seja pela ênfase na elaboração compartilhada da norma (direito negociado), seja pela adoção de procedimentos informais de influência e persuasão (direito flexível), o que estaria a abrir o caminho para a passagem de um direito de comando para um direito de arranjos e também para a crise do direito administrativo moderno; (d) a emergência de um *direito reflexivo*, que permite a introdução de mecanismos de análise *ex-ante* dos custos e benefícios implicados na adoção de novas normas, como também de mecanismos de aferição *ex-post* dos efeitos realmente produzidos pelas normas, possibilitando eventuais correções de rota (p. 135-8).

Democracia deliberativa e participativa

Ao tratar da reconfiguração do campo democrático contemporâneo, o autor principia por identificar com acuidade um paradoxo inescapável do presente: precisamente na hora histórica de seu triunfo simbólico e retórico, o modelo democrático liberal dá mostras cada vez mais evidentes de fragilidade (pp. 140-4). Daí que a globalização da democracia liberal hoje anda de par com o alastramento da percepção da crise desse mesmo modelo.

A crise da relação política fundamental (o liame político) se inscreve com efeito na dinâmica de uma crise mais abrangente que apresenta uma dimensão econômica (por exemplo, o desemprego estrutural), uma dimensão social (a polarização crescente) e uma dimensão moral (as novas incivilidades). Da perspectiva do sistema político, essa crise se expressa no questionamento dos mecanismos tradicionais de representação e participação, na escalada do absentismo e da volatilidade eleitorais, na fragilização da militância partidária, na percepção social crescente da impotência da classe política, etc., reforçando uma sensação de “melancolia democrática” (p. 149).

Essas tendências desestabilizadoras levam a um processo de readaptação do modelo democrático liberal, sobretudo no que respeita a quatro pontos: (a) a emergência de um novo enquadramento jurídico do jogo democrático, com ênfase nas condições procedimentais que possibilitam a formação da vontade e da opinião, concebidas como mecanismos de garantia da soberania popular contra eventuais abusos dos representantes (a referência ao modelo habermasiano aqui é expressa); (b) a concentração de poder que se produziu ao longo do século XX, sobretudo no âmbito do Executivo, tende a ser contrabalançada pelo desenvolvimento de uma concepção mais exigente de democracia, que assume um caráter mais deliberativo e participativo, possibilitando o deslocamento da questão da legitimidade para o nível dos procedimentos e a incorporação da sociedade civil na formulação e execução das políticas públicas; (c) a erosão dos dispositivos tradicionais de mediação entre governantes e governados seria compensada, segundo o autor, pela explosão das novas tecnologias de informação e

comunicação que altera o sentido do liame político (por exemplo, a partir das possibilidades que se abrem para a democracia eletrônica — *e-democracy* — no novo contexto de “proximidade planetária”); (d) uma concepção mais flexível e tolerante de cidadania parece emergir da dinâmica de evolução das sociedades contemporâneas, seja na linha de uma *cidadania multicultural*, seja na linha de uma *cidadania ativa*, movida à base da criação de novos direitos, do descolamento entre cidadania e nacionalidade e da extensão da lógica da cidadania a outros espaços sociais para além do sistema político propriamente dito, como o espaço empresarial (p. 152).

Na medida em que procura respeitar o jogo dialético entre ruptura e continuidade histórica, nosso autor pode concluir que as mudanças significativas que hoje atravessam o sistema político não apontam nem para um retorno puro e simples ao velho Estado Liberal, nem tampouco para a extinção sem mais da forma estatal. Trata-se, antes, do aparecimento de um novo modelo de Estado, cujos contornos nem sempre precisos o andamento da obra buscou captar.

Vivendo o desafio de responder aos novos termos em que se coloca hoje o problema da governabilidade — o hiato crescente entre as demandas postas por uma renovada cidadania ativa e a concomitante diminuição da margem de manobra política para lhes fazer face —, o Estado pós-moderno retém, até segunda ordem, “a forma e os atributos de um Estado, ainda que sua lógica de funcionamento se encontre profundamente modificada” (p. 212).

Anacronismo e adaptação

Apesar de instigante sob inúmeros aspectos, como espero ter demonstrado nos limites desta resenha, o trabalho do professor *Jacques Chevallier* ressurte-se, salvo engano, de ao menos duas insuficiências, sumariamente indicadas a seguir.

A tentativa de apresentação sistemática de um vasto conjunto de transformações sociais reside em boa medida na estratégia de construção de uma espécie de tipo ideal da forma jurídico-política da modernidade, que estaria em vias de adaptação e superação à medida que a sociedade marcha para a pós-modernidade.

Ao valorizar o contraste entre o novo e o antigo, ainda que feita a ressalva expressa quanto ao caráter dialético dessa relação, como já ressaltado, o livro tende, salvo melhor juízo, a simplificar a dinâmica de funcionamento da modernidade, escoimando lacunas, aparando arestas e suprimindo contradições que muito poderiam contribuir para jogar luz sobre alguns dos pontos cegos do trabalho, notadamente no que diz respeito à ausência de uma análise mais detida das transformações contemporâneas do capitalismo e das diferentes possibilidades de articulação e reacomodação entre o poder e o dinheiro (aliás, transformações e reacomodações modernas ou pós-modernas?).

Noutros termos, no afã de manter-se à altura das novas exigências da atualidade, a análise parece descuidar da questão central das inúmeras variações que a própria modernidade pode comportar e, nessa medida, ao tentar exorcizar o anacronismo das velhas categorias (ou seja, o risco de utilização de categorias forjadas noutra momento histórico para dar conta do presente), reintroduz pela porta dos fundos o anacronismo das novas categorias (que se constrói, não raro, a partir de uma espécie de leitura “chapada” do passado, pela qual certas tendências do presente são nele projetadas e indevidamente naturalizadas). Em suma, a simplificação na apresentação do modelo moderno facilita o argumento da ultrapassagem pós-moderna.

Alguns dos novos traços que caracterizam a sociedade pós-moderna poderiam implicar uma inflexão regressiva se consideradas as linhas de força que informam (ou informaram?) a própria modernidade? Nos termos em que a análise se desenvolve não há lugar para tais indagações. Assim como o próprio objeto — isto é, o Estado, o direito, a democracia — parece mergulhar numa *corrida adaptativa*, a reconstrução das ferramentas e das categorias de análise, que aparece como índice de sofisticação metodológica própria destes tempos de ruptura paradigmática, avança em direção ao real, mesmo que seja, no mais das vezes, para melhor descrever a barbárie, que, de resto, agora corre o risco de não poder mais ser nomeada porque o parâmetro crítico foi-se embora, de cambulhada, na esteira desse processo de ajuste.