

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

A TUTELA DO DIREITO À SAÚDE E A ADEQUADA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

THE PROTECTION OF THE RIGHT TO HEALTH AND THE PROPER ROLE OF THE JUDICIARY

Guilherme Costa Leroy

Resumo

A crescente judicialização de conflitos envolvendo o direito à saúde, uma vez que abarca direitos fundamentais, tem demandado especial tutela pelo Poder Judiciário. Dessa forma, é importante analisar como a Justiça tem procurado resolvê-los em face das suas dificuldades inerentes, como de intervenção em políticas públicas e a urgência, para que se aprimore a qualidade da prestação jurisdicional e do próprio direito à saúde. Além disso, o plano de fundo coletivo que motiva o fenômeno da judicialização da saúde traz complexidade para demandas, que em sua grande parte são individuais. O desafio é encontrar formas de pacificar o conflito e não apenas decidir lides, que se multiplicam quando não há consonância entre o aplicado pelo Poder Executivo e o determinado pelo Poder Judiciário. Para tanto, a aproximação dos envolvidos, em busca de decisões pautadas pela democracia-participativa, auxilia no encontro da tutela adequada a ser aplicada.

Palavras-chave: Poder judiciário, Tutela do direito à saúde, Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, Interdisciplinariedade

Abstract/Resumen/Résumé

The increasing judicialization of conflicts involving the right to health, as it embraces fundamental rights, has demanded special protection by the judiciary. Thus, it is important to analyze how the Justice has tried to resolve them in light of its inherent difficulties, such as intervention in public policies and urgency, so it may enhance the quality of jurisdictional delivery and of health rights itself. In addition, the collective background that motivates the legalization of health phenomenon brings complexity to demands, which for the most part are individual. The challenge is to find ways to pacify the conflict and not only decide the litigations, that multiply when there is no consonance between what is applied by the Executive and what is determined by the Judiciary. Therefore, the approximation of those involved must be guided the participative democracy, that may assist to find the adequate protection to be applied.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judiciary, Protection of right to health, Objective perspective of fundamental rights, Interdisciplinarity

1. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.

Junto à nova realidade jurídica impulsionada pelo advento da Constituição de 1988 que abriu as portas do Judiciário para o acesso formal à justiça, ampliou-se também a dimensão dos direitos sociais. A Constituição Cidadã, em seu artigo 6º, elenca dentre estes o direito à saúde, inequivocamente, um dos mais importantes na esfera jurídica do ser humano por proteger a vida e estar interligado com o exercício dos demais direitos fundamentais. Desde o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem já podemos considerar o direito à saúde como um direito fundamental.

A sua importância no atual ordenamento jurídico brasileiro é evidenciada pelo já citado artigo 6º e artigos 194, *caput*, e 196, todos da CR/88¹, atrelando a atuação do Poder Judiciário à questão da efetivação destas determinações constitucionais frente à nova leitura do ordenamento jurídico introduzida pelo modelo de Estado Democrático de Direito estabelecido pela Constituição da República de 1988. Dessa forma, a partir da visão atual de constitucionalização do direito, é necessário garantirmos a execução da função primeira do processo, a efetivação da Constituição (SARLET, 2009, p. 11) e, portanto, do acesso à saúde.

Ensina Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 4):

Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O estudo moderno do direito processual não pode deixar de registrar essa conexão importantíssima, no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual.

Entretanto, uma vez que a estrutura de fornecimento dos serviços ligados à saúde é evidentemente deficiente, iniciou-se um movimento de *judicialização* de seus conflitos. Demandas e mais demandas foram propostas na tentativa de efetivar o acesso à saúde, sempre respaldadas na garantia constitucional. Seja a favor ou contra o posicionamento de ativismo judiciário, ninguém nega a extrema necessidade de melhoria do sistema de saúde brasileiro, concretizando o imposto pela Carta Magna.

¹ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação (...).”

“Art. 194 A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas à **assegurar os direitos relativos à saúde**, à previdência e à assistência social.”

“Art. 196 A **saúde** é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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.” (Grifos nossos).

Partindo então de uma observação constitucional do Direito Processual e do Poder Judiciário, a doutrina aponta duas novas dimensões introduzidas: a incorporação ao texto constitucional de normas (princípios, garantias e institutos) processuais, como o direito fundamental ao devido processo legal e todos os seus corolários, como o contraditório, o princípio do juiz natural e a proibição de prova ilícita (DIDIER, 2010, p. 30); e o exame das normas processuais infraconstitucionais mediante uma interpretação orientada pela Constituição (SARLET, 2009, p. 11).

A influência dos princípios constitucionais – inclusive os processuais – em todas as normas é uma das formas de expressão da democratização do direito que, assim como a participação popular nas decisões políticas para garantia de representação e proteção de todas as parcelas da sociedade atinge de forma direta o Poder Judiciário, não só no julgamento da constitucionalidade de atos normativos, como no âmbito de sua própria atuação. Então, a realização da democracia no Poder Judiciário deve ocorrer pela submissão do processo ao contraditório das partes para que se construa uma decisão judicial fruto do debate dialético ocorrido nos autos e em consonância com a Constituição (LAGE, 2010, p. 189-190).

Nesse sentido, podemos verificar que o recém aprovado novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), ao trazer uma nova codificação das principais normas que delineiam a estrutura processual brasileira, tem como pilar principal as determinações constitucionais:

Para destacar o especial compromisso do anteprojeto² com a ordem constitucional pátria, os valores e princípios fundamentais da Constituição da República constam, de forma expressa, como norteadores da aplicação de todo o sistema processual, positivando o já reconhecido fenômeno da constitucionalização do processo. (COELHO, 2010, p. 146)

A Exposição de Motivos do Projeto de Lei 8.046/2010, que deu origem à Lei 13.105/15, também evidencia o novo paradigma constitucional que permeou a sua elaboração: “um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.”³ Então, a reformulação processual brasileira procura também se harmonizar com os direitos fundamentais, podendo o direito à saúde, tão debatido e presente no dia-a-dia da justiça brasileira, usufruir das novas concepções e técnicas em busca de um acesso pleno e efetivo.

² Era denominado de “anteprojeto” de lei antes de ser aprovado por sua comissão de elaboração, designada pelo Senado.

³ Link para a exposição de motivos: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

1.1. DIMENSÃO SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

No caminho de pautar a atuação do Poder Judiciário pelas diretrizes constitucionais, verifica-se, no entanto, que mesmo após 25 anos desde a promulgação da Constituição da República de 1988, é evidente que o nosso Estado Democrático de Direito ainda não atingiu a plenitude de garantia dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados. Ainda que a história nos mostre que os direitos fundamentais evoluem assim como os ordenamentos jurídicos, necessitando de tempo para amadurecimento democrático, e que o seu completo alcance pode parecer algo impossível, o progresso e ampliação de direitos surgem à medida que outros vão sendo efetivados.

É este movimento entre o direito constitucional positivado e a sua efetivação, inclusive judicialmente e mediante normas processuais interpretadas constitucionalmente, é que proporciona a concretização dos direitos fundamentais. Disto também surge a importância da luta pela concretização dos direitos sociais, que se agregam e completam para melhoria das condições de vida na sociedade.

É possível afirmar que o direito à saúde pode ter seu exercício expandido com a melhoria das condições de trabalho e de consumo, por exemplo, que são outros direitos fundamentais. Isso acontece porque esta categoria de direitos, quando considerados em conjunto, são princípios superiores e estruturais da ordem jurídica e tem perspectiva de direitos sociais e transindividuais, cuja eficácia irradia para toda a coletividade (SARLET, 2009, p. 14 e 17). Perspectiva esta que surge da construção doutrinária das dimensões subjetivas e objetivas dos direitos fundamentais, com origem na doutrina e jurisprudência alemã.

Partindo de configurações da ordem jurídica alemã, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 13-15) afirma que os direitos fundamentais vão, além de garantir posições jurídicas exigíveis pelo titular (dimensão subjetiva), configurar também objetivos básicos e fins de atuação estatal (dimensão objetiva), duas funções autônomas presentes na ordem constitucional:

(O)s direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico, e que fortalecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.

Continua o autor afirmando que, embora não exista subordinação entre as duas facetas apresentadas, não havendo aplicação da supremacia do interesse público sobre o particular no âmbito dos direitos fundamentais, as funções estatais a eles agregadas, que

constituem a dimensão objetiva, podem implicar diretamente na ampliação da aceção subjetiva. Isto é, a observância dos objetivos básicos e finalidades pelo Estado em sua atuação geram resultados na tutela do direito, sendo os direitos fundamentais também obrigações estatais de adotar medidas positivas para proteger o seu próprio exercício.

Dessa forma, todas as ações do Estado (como leis, atos da Administração Pública e decisões do Poder Judiciário) são medidas positivas que devem ir ao encontro dos preceitos constitucionais envolvidos e, em consequência, deve existir uma preocupação com a organização e o procedimento aplicados, para que auxiliem a efetivação, sem que haja redução do seu significado e conteúdo material.

Procedimentos administrativos e judiciais, criação de órgãos de tutela e promoção de direitos e uma necessária adequação da legislação processual aos direitos fundamentais são exemplos de atuações incisivas do Estado. Porém, acrescenta ainda Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 16), que as operações estatais devem estar sempre aliadas à dimensão democrático-participativa, tanto na criação e execução, quanto na participação das estruturas já existentes. É o permanente diálogo entre os envolvidos que auxilia no alcance da efetivação do exercício do direito, sempre pautado em um processo cooperativo.

O tratamento do direito à saúde no Poder Judiciário, portanto, não pode ser diferente. É importante que seja exigida uma postura de criação de medidas capazes de assegurar o devido processo e a tutela jurisdicional efetiva, incluindo adequada interpretação e formação processual de acordo com a organização dos diversos poderes e o cunho cooperativo da democracia participativa.

1.2. APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PELO PODER JUDICIÁRIO.

Acompanhando a linha de cumprimento da ordem constitucional e de efetivação das dimensões dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário – que também sofreu modificações com o advento da Constituição da República de 1988 na tentativa de harmonizar a sua interação com os demais poderes – foi fortalecido para exercer suas funções. Dentre elas destaca-se a de “investigar o fundamento de todos os atos estatais a partir dos objetivos fundamentais inseridos na Constituição” (CANELA JÚNIOR *Apud* GRINOVER, 2008, p. 12). Assim se estabeleceu, como forma de garantir a realização das referidas metas e funções específicas dos Poderes Públicos, o controle das políticas públicas pelo Judiciário, existente

desde a introdução da Ação Popular no ordenamento jurídico brasileiro e fortalecido pelo artigo 5º, LXXIII, da CR. A democratização implementada pela Constituição de 1988, conforme já explicitado, influenciou também o poder jurisdicional para “garantir a proteção dos direitos fundamentais de todo cidadão, e cuidar para que nem o Executivo, nem o Legislativo os desrespeitem” (LAGE, 2010, p. 173).

À vista disso, o Poder Judiciário foi vinculado constitucionalmente à política estatal, que compreende, segundo Oswaldo Canela Júnior, um:

conjunto de atividades do Estado tendentes a seus fins, de acordo com metas a serem atingidas. Trata-se de um conjunto de normas (Poder Legislativo), atos (Poder Executivo) e decisões (Poder Judiciário) que visam à realização dos fins primordiais do Estado. (Apud GRINOVER, 2008, p. 12)

Ao exercer o controle das políticas públicas através de seu juízo de constitucionalidade, a atuação do Judiciário se transformou em própria expressão do que é a finalidade pública, abrangendo todo tipo de atividade voltada ao seu alcance, uma vez que é uma das vozes do Estado uno (COMPARATO, 2006, p. 675-677).

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, notadamente no julgamento da ADPF 45-9, promovida contra veto emanado pelo Presidente da República sobre disposição da Lei de Diretrizes Orçamentárias para a elaboração da lei orçamentária de 2004 (convertida na Lei nº 10.707/03) que concedia o caráter de ação e serviço público de saúde à totalidade das dotações do Ministério da Saúde, excluindo encargos previdenciários, serviços da dívida e despesas financiadas pelo Fundo de Combate à Erradicação da Pobreza⁴. Conforme decisão monocrática do Ministro Celso de Mello:

Tal incumbência [de formular e implementar políticas públicas], no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

E continua o Ministro, ao tratar especificamente dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), alvos constantes da política estatal:

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais,

⁴ O julgamento do mérito da ação ficou prejudicado pelo advento da Lei 10.777/03, proposta pelo próprio Presidente da República, que restaurou à LDO daquele ano a disposição originariamente vetada. Entretanto, a decisão monocrática proferida reconheceu a possibilidade da utilização da ADPF para garantir a concretização de políticas públicas previstas na Constituição da República, também assegurando, em consequência, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário quando há descumprimento legal em matéria de políticas públicas.

econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Como as principais violações do Estado às normas relativas aos direitos fundamentais são oriundas de omissões, preconiza Ingo Wolfman Sarlet em consonância com o posicionamento do STF acima apresentado, que o controle deverá – e, portanto, trata-se de um poder/dever – ser exercido em observância a proporcionalidade de atuação estatal e proibição de insuficiência⁵, respeitando a margem de liberdade do Estado na determinação dos meios a serem utilizados (2009, p. 19). Ora, se o próprio conceito de interesse público e sua indisponibilidade já abrangem a noção de coletividade contraposta ao interesse do Estado, os atos estatais devem ser revistos quando desrespeitarem as diretrizes estabelecidas pelos direitos fundamentais. A intervenção do Poder Judiciário tem o dever de equilibrar os descumprimentos pelas instâncias governamentais das políticas públicas legalmente estabelecidas, procurando efetivar o acesso aos direitos sem intervir na discricionariedade da administração pública de organizar e estabelecer as maneiras de garantia a este acesso. E com o direito à saúde não pode ser diferente.

Não é preciso discutir a necessidade de amparo judicial na efetivação do direito à saúde, uma vez que sua *justiciabilidade* – termo utilizado pela doutrina para se referir à efetiva existência do direito fundamental social tutelado jurisdicionalmente⁶ – está evidente no fato de que a saúde integra grande parte do conceito de vida e também é condição mínima para o exercício de qualquer outro direito fundamental. No mesmo sentido, tanto a corrente que sustenta a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais sociais⁷, quanto a

⁵ A simetria do que foi colocado pelo doutrinador com a decisão do STF está nos seguintes pontos: “proporcionalidade de atuação estatal” e “agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos”; e entre “proibição de insuficiência” e “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”.

⁶ Ensina Kazuo Watanabe (2011, p. 17): “O que se quer explicitar com ele não é o *requisito para acesso à justiça* ou *para o exame do mérito da ação*, e sim o *requisito para acolhimento, pelo mérito, da pretensão de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais sociais*, ou seja, a efetiva existência do direito fundamental social tutelável jurisdicionalmente”.

⁷ Exemplo dessa corrente, denominada por Kazuo Watanabe (2011, p. 17) de “dogmática constitucional transformadora e emancipatória” é o argumento de Livia Regina Savergnini Bissoli Lage (2010, p. 190) que “a eficácia da Constituição não depende apenas de sua conformação com a realidade histórica e social, já que, no dizer de Hesse, possui uma ‘força ativa de transformação’. Portanto, quando a Constituição determina atuação positiva do Estado, este não pode se eximir alegando tratar de discricionariedade na escolha de sua atuação, ou

corrente defensora da aplicabilidade imediata apenas do que consistir o mínimo existencial, conceito núcleo do princípio da dignidade humana⁸, incluem o direito à saúde na tutela jurisdicional imediata, bastando a falta de sua prestação para que deva existir proteção jurisdicional, já que o direito à saúde básica que atenda o maior número de pessoas com o mesmo volume de recursos (ROCHA JÚNIOR, 2009, p. 21-24) é, sem dúvida, elemento material do mínimo existencial.

Em face da *justiciabilidade* imediata do direito fundamental à saúde, que compreende implantação onerosa, o Estado justifica as suas omissões com a denominada *reserva do possível*, conceito doutrinário para a inexistência de verbas que permitam implementação efetiva da política pública. Entretanto, o próprio julgamento da ADPF 45-9 pelo STF já afastou a alegação da reserva do possível quando o direito social atrelado consistir em condições materiais mínimas de existência.

Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Na outra ponta, a proporcionalidade ou razoabilidade da atuação estatal ao escolher ou executar as políticas públicas, regidas pelo princípio da proporcionalidade, devem ser sempre analisadas diretamente no caso concreto, pois é impossível a generalização de parâmetros financeiros e preferências políticas, principalmente no âmbito do direito de saúde.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 264-265), é possível identificar três aspectos, ou subprincípios, que norteiam a proporcionalidade: a adequação dos meios ao fim pretendido; a exigibilidade e necessidade, que em conjunto formam a idéia de “menor desvantagem possível”; e a proporcionalidade em sentido restrito, que se aproxima da idéia de “equilíbrio” e “justa medida”. Desta forma, o mérito administrativo que não estiver de acordo com tais características é que estará submetido ao juízo de constitucionalidade do Judiciário, que, por sua vez, deverá ponderar o necessário para o alcance do ato proporcional.

ainda alegar que a lei não disciplina tal norma programática: a discricionariedade administrativa jamais poderá se converter em inércia do Estado.”

⁸ Linha argumentativa utilizada pelo Min. Celso de Mello na decisão monocrática da ADPF 45-9, (conforme explicitado) que defende que o princípio da dignidade humana tem um conteúdo básico, o *mínimo existencial*, bem definido por Ada Pellegrini Grinover (2008, p. 12): “O mínimo existencial é considerado um direito às *condições mínimas de existência humana digna* que exige prestações positivas por parte do Estado: ‘A dignidade humana e as condições materiais de existência não podem retroceder aquém do mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados’”.

Por constituir condição mínima de existência, o acesso à saúde deve ser prioridade do Estado e o Poder Judiciário assume, então, o papel de impedir a continuidade do descumprimento das diretrizes e finalidades existentes. Percebe-se que deve haver intervenção e controle das políticas públicas para que o objetivo seja alcançado, atuando sobre a proporcionalidade dos atos governamentais e, especificamente no caso do direito à saúde, sobre a prestação ou não de serviços públicos suficientes para a população. Não basta existir planejamento e investimento, deve haver prestação adequada do serviço. A exigibilidade e a necessidade são inerentes à própria qualidade de direito fundamental, cabendo ao Estado a utilização de formas adequadas para seu alcance. Compete ao Poder Judiciário intervir para que o cidadão veja o seu direito efetivado mediante o equilíbrio de atuação dos poderes.

2. EFETIVIDADE E NECESSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

No momento em que o Poder Judiciário assume papel mais ativo frente aos direitos fundamentais, mediante intervenção nas deficiências dos demais poderes em busca da integridade e dos fins do Estado, há também um choque entre os operadores jurídicos, os profissionais de saúde e os administradores públicos. Ao analisar o caso concreto para averiguar a razoabilidade da exigência, o aplicador das normas pode encontrar empecilhos como a falta de conhecimento técnico para a análise do pedido e as alegadas limitações orçamentárias e dificuldade de planejamento, causados até mesmo pelo aumento significativo das demandas de saúde (GUIMARÃES; WITZEL, 2010, p. 224).

A divergência de opiniões e a delicada situação dos agentes públicos – os profissionais de saúde frente a necessidade de melhorias e a inexistência de recursos, os administradores públicos vinculados aos planejamentos e repasses de verbas e os aplicadores do direito procurando o limiar de sua intervenção – gera tensões entre todos os envolvidos. Soma-se a esta dificuldade, as questões previamente levantadas de influência da constitucionalização do direito, das dimensões dos direitos fundamentais e da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, chegando a um ponto de ampla e delicada complexidade para um sistema entupido e moroso como o Judiciário brasileiro.

É possível identificar diversos pontos de discussão acerca da tutela processual do direito à saúde: a legitimidade passiva dos entes federativos (União, estados e municípios), a natureza jurídica da competência estabelecida constitucionalmente à garantia do acesso à saúde (subsidiária ou solidária), qual tipo de procedimento deve ser utilizado para provocação

do Poder Judiciário – por exemplo, se é cabível ou não impetrar Mandado de Segurança, dependendo da configuração do direito líquido e certo –, a utilização dos procedimentos dos juizados especiais, entre outros. Também é evidente que esta variedade de questões devem ser pacificadas na doutrina e jurisprudência para que se possa solucionar as demandas de maneira adequada, garantindo segurança jurídica para as partes envolvidas.

Entretanto, quando tratamos de processos de saúde percebemos que o problema é interdisciplinar. Envolve a administração pública, os profissionais de saúde, os próprios usuários do serviço, advogados de ambas as partes e os juízes. A dificuldade está em alinhar o discurso frente a todos os envolvidos para garantir segurança jurídica e efetiva prestação do serviço considerando todas as dificuldades já elencadas. Idealmente tudo deveria funcionar melhor do que vemos na prática, então o que falta para interligar os envolvidos e permitir uma melhor resolução da demanda, utilizando-se dos recursos processuais já existentes e que estão por vir?

Para além da mudança legislativa, é preciso ampliar a estrutura organizativa do Poder Judiciário, que deve se guiar pelo planejamento, moralidade, transparência e eficiência e mudar a imagem a sua na cultura e nos valores da sociedade. É claro que as possíveis mudanças poderão contribuir para melhorar a situação da Justiça, mas são apenas o primeiro passo.

2.1. DA NECESSIDADE DE APOIO TÉCNICO ADEQUADO PARA ALCANÇAR A INTERDISCIPLINARIEDADE DE CONTEÚDO NAS DECISÕES.

Retomando os ensinamentos de Ingo Wolfgang (2009, p. 15), para atuar de maneira incisiva, o Estado precisa, não apenas de reforma da legislação processual e inovação nos procedimentos jurídicos, mas também de criação de órgãos e procedimentos administrativos de tutela e promoção do direito à saúde. Somente mediante um procedimento cooperativo, com permanente diálogo entre os envolvidos é que será alcançada a efetivação do exercício do direito. Não basta ter um procedimento adequado se o magistrado fica sempre vinculado a suposições teóricas de proporcionalidade entre os direitos em choque e acaba não alcançando a melhor solução para o caso concreto.

O que observamos na prática é o deferimento sumário da tutela ao direito de saúde fundamentado exclusivamente em prova trazida pelo autor – atestada, na maioria das vezes, por médicos particulares. Em face do perigo de vida e integridade física e psicológica do

requerente, o magistrado não vai indeferir o pleito baseado em suposições ou argumentos unicamente teóricos em relação às políticas públicas e a aplicação de verbas.

Até a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem sinalizando no sentido de dispensar, na concessão de tutela antecipada, maior aprofundamento na verossimilhança apresentada se existir dano irreparável em certas circunstâncias, como na proteção ao meio ambiente. Exemplo disso, é o julgamento do REsp 1179156/PR, que concedeu a antecipação de tutela em caso de queimada supostamente não autorizada de cana-de-açúcar mesmo não existindo prova inequívoca de sua ilegalidade.⁹ No mesmo sentido, para proteção do direito transindividual ao meio ambiente equilibrado, no julgamento do REsp 766236/PR, o Superior Tribunal de Justiça manteve liminar de paralisação das atividades de empresa com Estudo Prévio e Relatório de Impacto Ambiental desatualizados, mesmo inexistindo prova robusta de que as suas ações estariam diretamente ligadas a danos ambientais¹⁰.

No cenário da prestação de serviços de saúde, para que haja efetiva consciência do juiz sobre a situação do autor, é necessária a averiguação do motivo por trás da negativa do fornecimento, da utilidade específica do procedimento ou medicamento, da inexistência de outras formas equivalentes fornecidas pelo Estado e de outras questões atinentes aos envolvidos diretamente com o caso. Entretanto, na maioria das vezes, devido à ineficiência estrutural, não há tempo hábil para recolher estas informações e nem conhecimento prévio dos magistrados a respeito da motivação dos atos administrativos que envolvem prestações sanitárias.

Tratando-se de saúde pública, há limitações físicas, financeiras e diversos fatores humanos que interferem na compreensão da realidade, com detalhes técnicos e médicos que muitas vezes estão além da percepção normal dos juízes, necessitando amplo debate e instrumento de apoio aprimorados, a fim de se preservar a segurança e justiça das decisões (...). (GUIMARÃES, WITZEL, 2010, p. 223)

Por outro lado, permitir contraditório amplo antes da tomada de decisões pode trazer grandes danos à parte e, mesmo sendo diferido, pode esbarrar em demandas irreversíveis, cuja conversão em perdas e danos pode se tornar inócua devido aos altíssimos custos e impossibilidade do autor de arcar com elas. Dessa forma, é preciso já na cognição sumária ter pleno conhecimento de todos os fatores envolvidos.

⁹ REsp 1179156/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 27/04/2011.

¹⁰ REsp 766236/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 16/11/2006, p. 223

Em último grau o juiz exerce certo controle de políticas públicas ao determinar a concessão ou não da tutela pleiteada e, para tanto, faz valer o princípio da proporcionalidade anteriormente apontado.

Com relação à intervenção do Judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e nas leis. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público ter sido desarrazoada. (GRINOVER, 2008, p. 19)

A proporcionalidade, todavia, depende da análise dos fatos que nem sempre estão à disposição do magistrado. Dai surge a dificuldade de aplicá-la com a qualidade devida em cognição sumária e de urgência, uma vez que é utilizada em diversos momentos durante a apreciação do direito (no controle de política pública, na concessão da tutela de urgência, na verificação da irreversibilidade recíproca) e os dados necessários costumam ser insuficientes.

Ao se obter o conhecimento amplo da lide e aliá-lo à dimensão democrático-participativa, tanto na criação e execução, quanto na participação das estruturas já existentes, é que será alcançada a melhor solução para o caso. É preciso, antes de tudo, de maior aproximação do sistema processual com os litígios a serem resolvidos, procurando nas especificidades do caso concreto a decisão mais adequada (NUNES, 2010, p. 115).

Almejando munir os magistrados de melhores condições para apreciação das demandas de saúde, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais fez um acordo com o Instituto Brasileiro para Estudo e Desenvolvimento do Setor de Saúde (Ibedess) e a HC Coop – Cooperativa de Trabalho dos Médicos do Hospital das Clínicas da UFMG para que fornecessem pareceres técnicos sobre os casos apresentados aos juízes do ligados ao tribunal¹¹. Não se trata de revisão de diagnóstico e reavaliação das condições apresentadas pelo autor, mas, sim, de análise técnica do pedido. Mediante os pareceres apresentados, os magistrados podem saber se existe técnica ou remédio substitutivo que seja fornecido pelo serviço público, se a pretensão é realmente adequada para o caso apresentado e outras especificidades da área.

A iniciativa do Tribunal mineiro conseguiu criar uma ponte entre o serviço público prestado e o Poder Judiciário, sem necessidade de enfrentar a burocracia administrativa e a espera da resposta advinda dos advogados públicos. Além disso, os próprios profissionais de

¹¹ Conforme notícia vinculada em: <http://www.tjmg.jus.br/portal/imprensa/noticias/convenio-vai-orientar-magistrados-nas-aco-es-envolvendo-saude.htm#.U-kmVihLdFg>

saúde, ao estudarem o caso judicializado, poderão rever as estratégias e a maneira de prestar o serviço. Esta integração permite maior coerência do comportamento estatal como um todo e, por consequência, traz mais segurança jurídica aos cidadãos, devendo ser levada em consideração pelos demais administradores da justiça espalhados pelo Brasil.

Assim, em situações de necessário cumprimento de direitos e garantias fundamentais, obter respaldo de profissionais da área que efetivamente possam trazer argumentos impeditivos ou modificativos ao pleito, preserva o contraditório prévio e garante melhor equilíbrio e maior proporcionalidade no controle da prestação do serviço de saúde perante as normas constitucionais, observando-se todos os lados envolvidos (TAVARES, DUTRA, 2010, p. 80).

2.2. INTERVENÇÃO JUDICIAL E RESOLUÇÃO DO CONFLITO.

Seguindo a preocupação doutrinária e jurisprudencial de dotar a aplicação do direito de maior efetividade a partir da perspectiva constitucional e democrática, podemos encontrar dois tipos de eficiência no âmbito processual, como bem coloca Dierle Nunes (2010, p.112):

Uma primeira perspectiva de eficiência, por mim nominada quantitativa, definiria-se em termos de velocidade dos procedimentos e redução dos custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução de conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria a necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaria, democráticas para aplicação do direito.

Possíveis mudanças de cunho estritamente processual irão trazer, sem dúvida alguma, grande eficiência quantitativa. Entretanto, são apenas o primeiro passo para se alcançar a qualidade das decisões. Se a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais for levada em conta, a preocupação com a tutela individual e sua resolução judicial pouco parecem contribuir para a pacificação do conflito entre os cidadãos e o Estado.

Avaliando o macrossistema do direito à saúde podemos identificar que a determinação de realização de um certo procedimento ou de entrega de um medicamento não influenciará diretamente na melhoria do serviço público. Aqui a ação do Judiciário será exclusivamente paliativa e constituirá apenas mais um processo em meio a milhões do mesmo gênero. Os processos coletivos ou a influência direta na confecção das leis orçamentárias – defendida por parte da doutrina – podem até trazer melhores resultados para a coletividade,

mas, além de não existir ideal adequação técnica para sua utilização, requerem amplíssima discussão e participação da sociedade, tornando o procedimento moroso e trabalhoso.

Por outro lado, o Poder Judiciário pode tentar criar soluções que evitem a necessidade do ajuizamento de demandas judiciais para resolução do conflito. Como exposto, a integração dos tribunais com a esfera administrativa gera rápida comunicação entre o que está sendo feito (trazido pelo cidadão), o que é possível ser feito (indicado pela administração pública) e o que deve ser feito (determinado pelo Judiciário). Além disso, também a administração pública pode aproveitar as decisões existentes, desde que tenham sido proferidas com fundamentos concretos e provas robustas, para melhorar a prestação do serviço público.

Neste caminho, a resolução do conflito em observância deve ser pautada na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, procurando tutelar o pano de fundo coletivo que motiva todas estas demandas, pois incide diretamente nas falhas das políticas públicas e provoca automática diminuição de conflitos. A eficiência qualitativa provoca consequente eficiência quantitativa.

Ocorre que a tendência de diferenciação procedimental não se preocupa com esses fundamentos, mas, sim, com a busca de uma infindável profusão de procedimentos especiais que são delineados sob o argumento de alcance de maior eficiência, mas que, na prática, em incontáveis vezes, não garantem nem mesmo uma solução mais rápida dos conflitos.(NUNES, 2010, p. 118)

Existindo melhor infraestrutura e apoio técnico, administrativo e tecnológico para os juízes, as decisões serão cada vez mais adequadas ao caso concreto e, ao mesmo tempo, melhor fundamentadas. Alcançar a eficácia qualitativa e gerar efeitos concretos sobre a prestação do serviço público, e não apenas em relação ao autor da demanda, é garantir o respeito aos direitos fundamentais em seu mais amplo conceito.

3. CONCLUSÃO

O cenário da apreciação da prestação do serviço de saúde pelo Judiciário envolve diversas questões que ainda merecem maior estudo para encontrar melhores formas de utilização, fornecimento e garantia deste direito fundamental. A reflexão começa pela expansão de sua perspectiva objetiva como direito fundamental, passando pelo controle de políticas públicas, pelo seu tratamento processual e chega até a estrutura do Poder Judiciário e sua integração com os demais poderes e a população.

A inovação do legislador nas técnicas processuais poderá contribuir para o alcance do direito à saúde, principalmente no dia-a-dia da justiça, trazendo mais objetividade à resposta ao que foi pleiteado. Conseqüentemente os gastos do Poder Judiciário também serão menores e permitirão outros tipos de investimentos. Entretanto, ela não é a solução adequada para diminuir a litigiosidade, pois a estrutura do Poder Judiciário continuará recebendo novas demandas e permanecerá inchada.

De toda forma, uma decisão desajustada com toda a sistemática do acesso à saúde, seja em razão da fragilidade das provas apresentadas ou da inadequação da técnica processual, pode gerar uma aparente resolução do conflito, mas, em seguida, causar discussões ainda maiores. Seja em uma fase processual prolongada, podendo chegar até os Tribunais Superiores, ou no ajuizamento de nova ação no prazo que será permitido legalmente, a inadequação da medida pode repercutir e alcançar um impasse maior entre as partes, em virtude de possíveis fragilidades técnicas e probatórias. E quanto mais o tempo passar, mais difícil será, devido a superveniência de novos acontecimentos, resolver concretamente a lide que já poderia ter sido melhor solucionada.

Além disso, como já explicitado, a solução será pontual e exclusiva àquele demandante, nada materialmente diferente de um acordo administrativo entre as partes. Novas ações com os mesmos propósitos continuarão sendo ajuizadas se não existir uma integração entre os envolvidos no serviço de saúde para unificar o comportamento estatal e trazer mais segurança jurídica para os cidadãos.

A melhoria das técnicas processuais é sempre bem vinda, mas deve estar acompanhada de mudanças no tratamento dos direitos materiais, neste caso de forma interdisciplinar, e na própria estrutura organizatória estatal. Os direitos fundamentais compõem também obrigações estatais de adotar medidas positivas para proteger o seu próprio exercício. É preciso então conseguir dar maior efetividade às determinações, alterando as práticas do Estado ou impedindo o abuso do exercício do direito à saúde, mediante integração dos poderes públicos e da sociedade, nunca esquecendo da garantia subjetiva ao direito fundamental e da democracia-participativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p 264-265.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. O anteprojeto de código de processo civil: a busca por celeridade e segurança. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 185, ano 35, jul. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, v. 1.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 164, ano 33, dez. 2008.

GUIMARÃES, Jader Ferreira e WITZEL, Wilson José. Limitações processuais à tutela judicial do direito à saúde. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 179, ano 35, jan. 2010.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos? *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais – RePro 184, 2010.

NUNES, Dierle. Novo enfoque para as tutelas diferenciadas no Brasil? Diferenciação procedimental a partir da diversidade de litigiosidades. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 184, ano 35, jun. 2010.

ROCHA JÚNIOR, Paulo Sérgio Duarte da. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2009. Dissertação (mestrado) – USP, São Paulo. Orientador Rodolfo de Camargo Mancuso.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 175, ano 34, set. 2009.

TAVARES, Fernando Horta e DUTRA, Elder Gomes. Técnicas diferenciadas de sumarização procedimental e cognição exauriente: das providências preliminares, julgamento “antecipado” do processo e do procedimento monitorio. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 81, ano 35, p. 59-89, jan. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Volume I – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Mínimo existencial* e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 193, ano 36, março-2011.