

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PELOTAS
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E TECNOLÓGICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM POLÍTICA SOCIAL
DOUTORADO EM POLÍTICA SOCIAL

**Duração razoável dos processos judiciais de saúde: Tramitação preferencial
e efetividade da prestação jurisdicional**

Ana Luiza Berg Barcellos

**Tese apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Política Social para obtenção do
título de Doutora.**

**Área de Concentração: Estado, Direitos Sociais e
Políticas Sociais**

**Orientadora: Professora Doutora Vera Maria
Ribeiro Nogueira**

Pelotas

2017

B242d Barcellos, Ana Luiza Berg

Duração razoável dos processos judiciais de saúde./ **Ana Luiza Berg
Barcellos. – Pelotas : UCPEL , 2017.**

233f.

Tese (doutorado) – Universidade Católica de Pelotas, Programa de Pós-Graduação em Política Social, Pelotas, BR-RS, 2017. Orientadora: Vera Maria Ribeiro Nogueira.

1.acesso à justiça. 2.direito à saúde. 3.duração razoável do processo. 4.tramitação preferencial dos processos judiciais. I. Nogueira, Vera Maria Ribeiro, or. II. Título.

CDD 340

**Duração razoável dos processos judiciais de saúde: Tramitação preferencial e
efetividade da prestação jurisdicional**

BANCA EXAMINADORA

Professora Orientadora Dra. Vera Maria Ribeiro Nogueira(UCPEL)_____

Professor Doutor Luiz Antônio Bogo Chies (UCPEL)_____

Professor Doutor Alexandre Fernandes Gastal (UFPEL)_____

Professor Doutor Marcelo Nunes Apolinário (UFPEL)_____

DEDICATÓRIA

A todos aqueles que acreditam na potencialidade de
efetivação dos direitos sociais.

AGRADECIMENTOS

À minha filha querida, Daniela, obrigada por tua inocência e alegria. Não há palavras para expressar a gratidão pelos abraços espontâneos e repletos de amor ao fim de cada dia em que ficamos distante em virtude de todos os compromissos.

Ao meu esposo, Daniel Brod Rodrigues de Sousa, pelo amor, apoio e estímulo permanente e incondicional.

Aos meus pais, José Luiz Abreu Barcellos e Carmen Maria Berg Barcellos, por serem meu porto seguro, sempre serenos e confiantes em mim. Obrigado pelo apoio e amor com a nossa Daniela, sem a tranquilidade desse suporte, juntamente com a querida Neusa Maria de Leivas Dutra, essa tese não existiria.

Ao meu irmão, Cássio Berg Barcellos, que quando pensei já não ter mais ânimo e disposição para os bancos acadêmicos, se torna mestrando, sendo exemplo de que sempre é tempo para recomeçar.

À estimada professora orientadora, Dra. Vera Maria Ribeiro Nogueira, pelo estímulo e confiança em mim depositada.

À Universidade Católica de Pelotas, por ter fornecido minha formação acadêmica e, posteriormente, pela oportunidade de exercer a fascinante carreira docente.

À Procuradoria Jurídica do Município de Pelotas, em especial, na pessoa do funcionário Luciano Andina da Silva, que viabilizou o acesso aos processos judiciais objeto de análise.

À banca de defesa, professores Drs. Alexandre Fernandes Gastal, Luiz Antônio Bogo Chies, Marcelo Nunes Apolinário e Vera Maria Ribeiro Nogueira pela disponibilidade de tempo e pronto aceite do convite para esse momento.

RESUMO

Diante de tantas prerrogativas asseguradas no plano constitucional com o *status* de fundamentais, figuram, em especial para os propósitos do presente estudo, o direito à saúde, a duração razoável do processo e a garantia de acesso à justiça, de modo que, combinado com o fenômeno da judicialização da saúde, denota-se, com efeito, um panorama de relevância normativa, política e social, em que permeiam as características da complexidade e da atualidade da aludida matéria. São fatores, portanto, que justificam uma abordagem em tese doutoral, do referido objeto, oportunizando, com isso, a explicitação geral dos seus contornos e os apontamentos críticos dos aspectos que envolvem a temática. Assim, a tese procurou dar ênfase aos fatores jurídicos que circundam a questão, todavia, não dissociada dos enfoques sociais e políticos que determinam, em última análise, a garantia do direito à saúde conforme Constituição Federal.

Agrega-se a tais assuntos, a tormentosa questão da morosidade da justiça e da efetivação de direitos, relacionando-as à busca incessante do legislador em criar mecanismos de natureza processual para assegurar o atendimento do postulado da duração razoável do processo, como é o caso da tramitação preferencial aos idosos e portadores de doenças graves, e sujeitos aos procedimentos estampado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Como instrumento de verificação da efetividade da previsão legal que concede o trâmite diferenciado aos processos judiciais nas circunstâncias acima indicadas, procede-se a investigação de demandas judiciais de saúde, que tramitam no Poder Judiciário Estadual, Comarca de Pelotas, apurando-se o tratamento processual conferido nesses casos a fim de identificar o impacto dessa benesse legal para o andamento dessas ações. Para tanto, consultam-se processos judiciais em tramitação, coletando-se as informações necessárias para a análise proposta, quais sejam: data de distribuição dos processos, data do primeiro pronunciamento judicial, verificação da concessão ou negativa da antecipação de tutela pretendida e seus fundamentos, apuração do tempo transcorrido entre a primeira manifestação judicial e a efetivação da tutela jurisdicional. A partir das informações coletadas, averigua-se, em ações com trâmite especial, bem como nas demais, a efetividade da tutela jurisdicional vinculada ao direito à saúde, especialmente à luz do tempo decorrido para sua concretização, avaliando-se, com efeito, a duração razoável do processo. Objetiva-se, assim, examinar o direito processual civil como instrumento de política pública, verificar a efetividade do direito fundamental à duração razoável do processo, apurar a efetividade da previsão legal de tramitação preferencial dos processos, e, ainda, investigar a efetividade da tutela jurisdicional nos processos de saúde.

A título conclusivo, identifica-se a ausência de qualquer impacto favorável ao trâmite processual mais célere nos casos sujeitos à tramitação preferencial; percebe-se largo interregno entre a concessão da medida de antecipação de tutela de saúde e a efetivação da pretensão ao jurisdicionado, com flagrante desrespeito ao trâmite processual preferencial assegurado no art. 1048, Código Processo Civil - CPC/2015 (art. 1211-A, CPC/1973); vislumbra-se, também, destacado aspecto e impacto político do processo judicial, em especial ao enfrentar o tema da judicialização da saúde.

Palavras-chave: Acesso à Justiça – Direito à Saúde - Duração razoável do processo – Tramitação preferencial dos processos – Efetividade da prestação jurisdicional

ABSTRACT

With so many prerogatives assured on the constitutional level with the *status* of fundamental ones, a few appear, especially for the purposes of the present study, the right to health, the reasonable period of the process and the guarantee to access to justice in order to, combined with the phenomenon of judicialization of health, making it noticeable, in effect, an outlook of normative, political and social relevance which permeate the characteristics of the complexity and the up-to-dateness of the alluded issue. They are, thus, factors which justify an approach, in a doctoral thesis, of the so-referred object then enabling the general explanation of its outlines and critical notes of the aspects involving the theme. Therefore, the thesis tried to emphasize the legal factors surrounding the issue. Yet, not separated from the social and political focus which establish, ultimately, the guarantee of the right to health according to the Federal Constitution.

Added to such topics, the stormy situation of the slowness of justice and the establishing of rights, relating them to the continuous search from the legislator to create mechanisms of procedural nature to assure the appropriate service of the premise of reasonable period of time of the process such as the case of preferential procedures to the elderly and severely ill people, and subject to the procedures printed in the Senior Citizens' Statute, as well as the subjects entangled to the normative discipline relating to the Statute of the Child and the Adolescent.

As a verification instrument of the effectiveness of the legal provision which concedes differentiated procedural steps to the judicial proceedings in the circumstances indicated above, an investigation is made of health legal demands which are under way in the State Court, Court of Pelotas, analyzing the procedural handling given in these cases. In order to do so, ongoing judicial proceedings are checked and the necessary information is collected for the proposed analysis which are the following: distribution date of the processes, date of the first judicial statement, verification of the granting or denial of the wished anticipation of tutelage and its principles, verification of the elapsed time between the first judicial statement the realization of the judicial protection. Based on the information collected, we checked, in actions with special procedure, as well as in the others, the effectiveness of the judicial protection linked to the right to health especially in the light of the elapsed time for its realization, assessing effectively, the reasonable period of time of the procedure. Then the aim is to carefully look at the civil procedural law as a public policy instrument, check the effectiveness of the fundamental right to the reasonable period of time of the process, identify the effectiveness of the legal provision of preferential proceeding of the processes and, yet, investigate the effectiveness of the jurisdictional tutelage of health processes.

To conclude, we identify the absence of any favorable impact to the quickest procedural steps in the cases subject to preferential procedural steps. A large interregnum is noticed between the granting of the measure of anticipation of health regulation and the effectiveness of the pretension to the jurisdiction with blatant disrespect to the preferential procedural steps assured by the article 1048, CPC/2015 (art. 1211-A, CPC/1973). It is also true that it is possible to notice a considerable political aspect and impact of the judicial process especially when facing the issue of the health judicialization.

Key words: Access to Justice – Right to Health - Reasonable period of time of the process – Preferential procedural steps of judicial processes – Effectiveness of the jurisdictional provision

LISTA DE QUADROS

	TEOR DA QUADRO	PÁGINA
QUADRO 1	SOBRE AS RAZÕES DE DECIDIR PARA DEFERIR A TUTELA ANTECIPADA DE MEDICAMENTOS	113
QUADRO 2	PRINCIPAIS FUNDAMENTOS PARA INDEFERIMENTO DE FÁRMACOS	117
QUADRO 3	PRONUNCIAMENTOS NOS PROCESSOS DE CIRURGIA/EXAME	118
QUADRO 4	DISTRIBUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS POR NÚMERO DE DIAS PARA PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL	161
QUADRO 5	DISTRIBUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS CONFORME TEOR DO PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL	168
QUADRO 6	INDICAÇÃO DO TEMPO PARA ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA NOS CASOS DE DETERMINAÇÃO PARA COMPROVAR PEDIDO/INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO	175
QUADRO 7	TRATAMENTO PROCESSUAL NAS CAUSAS COM PEDIDO DE INFORMAÇÕES SOBRE SITUAÇÃO DE ESPERA ADMINISTRATIVA	177
QUADRO 8	PROCESSOS COM TUTELA ANTECIPADA DE MEDICAMENTOS DEFERIDA E TEMPO DE EFETIVAÇÃO NOTICIADO NOS AUTOS	179
QUADRO 9	EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NOS CASOS DE CIRURGIA/EXAME	182
QUADRO 10	PATROCÍNIO DOS PROCESSOS DE SAÚDE	186
QUADRO 11	DISTRIBUIÇÃO DO TEOR DO PRIMEIRO DESPACHO CONFORME PATROCINADOR DA CAUSA	187
QUADRO 12	PROCESSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL	190
QUADRO 13	PROCESSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA E O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL	191
QUADRO 14	PROCESSOS COM TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL E RESPECTIVA IDENTIFICAÇÃO, TEMPO PARA O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL E PATROCÍNIO DA CAUSA	202

QUADRO 15	COMPARATIVO DE MÉDIA DE DIAS PARA PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL CONFORME ENQUADRAMENTO DOS PROCESSOS	204
-----------	---	-----

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À SAÚDE: UMA QUESTÃO EM DEBATE	16
3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS CONTORNOS	34
4. ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESDOBRAMENTOS	47
5. PROCECIMENTOS METODOLÓGICOS	78
6. JURISDIÇÃO, PODER JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: INTER-RELAÇÕES E COMPLEXIDADES	89
7. ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS	120
8. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEUS ENTRELAÇAMENTOS COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL	135
9. TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL DOS PROCESSOS: REALIDADE OU FICÇÃO?	193
10. CONSIDERAÇÕES FINAIS	210
REFERÊNCIAS	221

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo motivou-se, preliminarmente, pela percepção da larga produção legislativa brasileira voltada, entre inúmeras outras áreas, para o direito processual civil, estando, nesse campo, geralmente justificada para solucionar, ou, pelo menos, valer como instrumento de minimização do severo problema da morosidade dos processos judiciais.

Corroborou para o despertar da temática proposta, o gravíssimo problema da judicialização da saúde, o qual sobrecarrega as instâncias do Poder Judiciário para concretizar esse direito fundamental, que deveria ser viabilizado pelas vias administrativas.

Nessa linha de aspectos, conjuntamente com tantas prerrogativas asseguradas no plano constitucional com o *status* de fundamentais, figuram, em especial para os propósitos do presente estudo, o direito à saúde, a duração razoável do processo e a garantia de acesso à justiça, de modo que, combinado com o fenômeno da judicialização da saúde, denota-se, com efeito, um panorama de relevância normativa, política e social, em que permeiam as características da complexidade e da atualidade da aludida matéria. Aliado a tais assuntos, agrega-se o tema da tramitação preferencial dos processos, assegurada, desde sua origem, aos idosos e portadores de doenças graves e, agora, com o Código de Processo Civil/2015¹, estendida também aos processos sujeitos ao trâmite previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, tudo nos termos do art. 1048, do Código de Processo Civil.

São fatores, portanto, que justificam uma abordagem em tese doutoral, do referido objeto, oportunizando, com isso, a explicitação geral dos seus contornos e os apontamentos críticos dos aspectos que envolvem a temática, buscando-se avaliar em que medida é garantida a efetividade do princípio fundamental, contemplado no art. 5º, LXXVIII, Constituição Federal² de 1988, que assegura a

¹ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui do Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Nas indicações seguintes do Código de Processo Civil, considerando o significativo número de vezes em que haverá referência a essa norma, deixar-se-á de referenciá-la nesses moldes.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Nas indicações seguintes do Código de Processo Civil, considerando o significativo número de vezes em que haverá referência a essa norma, deixar-se-á de referenciá-la nesses moldes.

duração razoável do processo e, ademais, investigar-se quais os reais impactos no trâmite processual do direito à tramitação preferencial, nos moldes previstos no art. 1048, CPC/2015 (art. 1211-A, CPC/1973³), apurando-se, dessa forma, a eficácia dessas normas, bem como do direito à saúde pleiteado nesses processos.

Considerando-se que o direito processual civil pode ser vislumbrado como um instrumento de política pública para endossar a garantia fundamental do acesso à justiça e, ademais, tem-se o direito à saúde, enquanto prerrogativa fundamental, objeto do universo dos processos investigados, inequivocamente resta destacada a importância de tais investigações. Em tais ponderações, pretendeu-se frisar as relações das políticas públicas com o Direito, e, em especial, as condições para que o sistema jurisdicional e o direito processual efetivem essas garantias constitucionais.

Visou-se, por conseguinte, apurar a capacidade das previsões legais dessa natureza (constantes no ordenamento processual civil) para concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo, o qual está situado entre os direitos e garantias fundamentais no art. 5º da Constituição Federal. Neste aspecto, a investigação a seguir exibida sinaliza o estudo de dois direitos fundamentais, um de cunho social e de direitos humanos, no caso, o direito à saúde (art. 6º, CF), e, outro, centrado na questão vinculada ao direito processual, que é o da duração razoável do processo (art. 5º. LXXVIII, CF). Além disso, foi pertinente na análise aqui esquadrinhada, estudar a efetividade da norma que fixa a tramitação preferencial aos idosos e portadores de doenças graves, procedendo-se a essa apuração nos processos relacionados ao direito à saúde, ou seja, que visem à concessão de medicamentos, cirurgias, exames médicos e/ou outros procedimentos correlatos, nos termos das delimitações que a seguir se explicitará.

A conjectura sócio-político-jurídica alcançou um patamar tão expressivo de demandas sociais com reconhecimento no plano normativo, que, iniludivelmente, confere aos sujeitos de direito um *status* privilegiado, pelo menos abstratamente, pois, de forma concreta, é pública e notória a dificuldade enfrentada pelo Estado para atender a tantas prerrogativas garantidas, como é caso

³ BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Norma já revogada pela Lei 13.105/2015. Nas indicações seguintes do Código de Processo Civil, considerando o significativo número de vezes em que haverá referência a essa norma, deixar-se-á de referenciá-la nesses moldes.

do direito à saúde, que fora concedido de modo universal pela Constituição Federal.

Assim, pela ineficiência do Estado em criar e implantar políticas públicas de saúde eficazes, esse grave problema social reflete em outro setor, qual seja concernente ao Poder Judiciário, que, igualmente, se apresenta imerso na gravíssima crise da morosidade, a qual apenas se aprofunda diante da generalizada inoperância do Estado nas demais searas, como nitidamente acontece pelo fenômeno da judicialização da saúde.

Em face dessa complexa engrenagem estatal, mecanismos legislativos são frequentemente criados sob a justificativa de resolver os problemas e celeumas do Estado, no caso específico, tem-se a previsão legal da tramitação preferencial dos processos, originariamente prevista no Código de Processo Civil de 1973, sendo nesse inserida com o fito de imprimir maior celeridade aos processos judiciais, porém, especificamente, a um grupo de jurisdicionados identificado como vulneráveis, diante da dramática lentidão dos processos judiciais.

Nesse panorama, as indagações centrais que se impõem são as seguintes: são medidas legislativas, de natureza procesual, como a tramitação preferencial, capazes e suficientes para imprimir aos processos uma duração com um tempo razoável? O direito à saúde dos idosos e portadores de doença grave é alcançado de modo eficaz e concreto por meio da instauração dos processos judiciais com a regência da aplicação das normas que determinam a tramitação preferencial para estes casos? A judicialização da saúde, no âmbito da Comarca de Pelotas, tem sido capaz de ensejar a satisfação dos jurisdicionados quanto ao atendimento desse direito fundamental e universal?

Partindo-se desses questionamentos se pretende examinar o direito processual civil como um instrumento de política pública adequado para o cumprimento do processo no tempo razoável de duração, exatamente como preconiza a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXXVIII. Não se pode descuidar da questão pertinente à efetividade do conteúdo constitucional, instaurando-se, com a previsão do princípio da duração razoável do processo a necessidade de concretizá-lo faticamente, pois, consoante Konrad Hesse (1991, pp. 18-19.), a “Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”. Porém, a Lei Maior torna-se ativa, desde que as tarefas nela

previstas sejam efetivamente realizadas e, ainda, se houver “a disposição de orientar a conduta segundo a ordem nela estabelecida”.

Ademais, tem-se como também como objetivo apurar a efetivação da norma que assegura a tramitação preferencial do processo aos idosos e portadores de doença grave nos processos de saúde⁴, investigando, dessa forma, através da metodologia indicada no capítulo cinco, o alcance primado por tal regra. Para granjear o objetivo anterior, impõe-se apreciar o tratamento processual conferido aos processos judiciais que tenham partes com direito à tramitação preferencial, apurando-se o pedido dos jurisdicionados quanto ao tratamento diferenciado, o deferimento pelo julgador, e, ainda, o registro – ou não - na capa dos autos da benesse. A partir dos diagnósticos acima exibidos, também se objetiva comparar a duração razoável do processo entre aqueles autos com direito ao trâmite diferenciado e os demais casos, aos quais não está concedido qualquer tratamento especial.

A construção argumentativa da tese procurou dar realce aos coeficientes jurídicos acerca das matérias, todavia, não dissociados das perspectivas sociais, políticas e humanitárias que conformam e determinam as políticas públicas, se encontrando, assim, em inteira congruência com as diretrizes do Curso de Doutorado em Política Social, da Universidade Católica de Pelotas. Está, conseqüentemente, em cabal sintonia com as diretivas essenciais do reportado Programa de Pós-graduação, quais sejam, as duas linhas de pesquisa que sustentam a área de concentração do Programa: “Estado, direitos sociais e política social” e ao da “cidadania, proteção social e acesso à justiça”.

É fundamental clarificar, antecipadamente, embora no tópico dos procedimentos metodológicos tais questões sejam detalhadas, que a análise da duração razoável do processo nos processos judiciais com direito ao trâmite especial, e nos demais casos, realiza-se essencialmente nos seguintes vieses: inicialmente pela verificação do tempo transcorrido entre a distribuição da demanda e o primeiro pronunciamento judicial, no qual, necessariamente deve haver a manifestação sobre o pedido de antecipação de tutela, que foi apresentado em todos os processos investigados; e, em um segundo momento, aferindo o lapso

⁴ Refere-se a “processos de saúde” como sendo aqueles em que são pleiteados medicamentos, cirurgias ou outros procedimentos, exames e/ou internações, frente ao Município de residência do autor da demanda ou o Estado do Rio Grande do Sul.

temporal transcorrido até a notícia processual de satisfação do jurisdicionado em relação a prestação obtida pela via judicial.

Para os fins de exposição dos resultados o presente estudo foi dividido em dez capítulos, sendo o primeiro relacionado a essa introdução. No segundo capítulo aborda-se a questão no direito à saúde e sua previsão constitucional, avaliando-se alguns de seus princípios norteadores, em virtude dos quais são suscitadas algumas controvérsias a respeito da sua condição de direito subjetivo, em decorrência do que se tem, ou não, a viabilidade do pedido de prestação jurisdicional para o atendimento de pretensão individual, esteja contemplada, ou não, nas políticas públicas de saúde. No terceiro capítulo apresentam-se as questões relacionadas ao desenvolvimento e entendimento contemporâneo do Estado Democrático de Direito. Já no quarto capítulo expõe-se o delicado tema do acesso à justiça e seus desdobramentos, contextualizando-se sua compreensão conforme as diferentes etapas de desenvolvimento do Estado e da própria concepção da sua finalidade e relevância.

Nesses primeiros capítulos, prepondera uma apresentação exclusivamente teórica dos assuntos centrais da investigação, quais sejam, conforme já assinalado, direito à saúde enquanto direito fundamental, Estado Democrático de Direito e o acesso à justiça, objetivando-se alicerçar os dados da investigação nesses temas, que permeiam os demais tópicos medulares do estudo.

A seguir, então, já no sexto capítulo, antecedido do quinto item, que versa sobre procedimentos metodológicos, apresentam-se os temas da jurisdição, do Poder Judiciário e da judicialização da saúde, e seus aspectos de inter-relação. São três assuntos que estão necessariamente sobrepostos, afinal, não há como referir-se ao fenômeno da judicialização sem relacioná-lo à compreensão da relevância do papel da jurisdição e do Poder Judiciário, igualmente contextualizando-os nesse cenário. Para ilustrar a realidade desses temas, apresentam-se alguns dados obtidos na coleta de informações realizada nos processos de saúde, tais como as razões de decidir nos pronunciamentos judiciais que versam sobre pedido de medicamentos, bem como os fundamentos adotados nas manifestações acerca dos pleitos de cirurgias.

Assim, esclarece-se que o presente estudo desenvolve-se com base, em síntese, em dois momentos. O primeiro preponderantemente teórico, expondo-se as questões relacionadas ao direito à saúde, Estado Democrático de Direito e

acesso à justiça e, o segundo, a partir do capítulo sexto, quando se instaura a apresentação e análise dos dados obtidos na coleta de informações dos processos judiciais de saúde, conforme critérios metodológicos expostos no capítulo cinco.

A partir dos dados amealhados, então, passou-se a dissecação das informações, com atenção às questões relacionadas especificamente no que tange à judicialização da saúde, do que, naturalmente, advém a problemática do ativismo judicial e das políticas públicas, tratados no capítulo sete.

Já no capítulo oito, desenvolve-se a matéria da duração razoável do processo, relacionando sua compreensão, entendimento e aplicabilidade com os aspectos macro e contextualizado no direito processual civil e do processo, e, ainda, expondo-se os dados da investigação realizada no que tange ao tempo do processo, verificando-se – em certo aspecto - a observância do tempo de razoável duração do processo. Posteriormente, no capítulo nove, são apresentados os dados da investigação dos processos de saúde na Comarca de Pelotas, com destacado enfoque ao tema da tramitação preferencial dos processos, o qual é exposto sob o prisma teórico, de sua previsão legal, mas, em especial, sob a luz do tratamento processual conferido nesses casos e suas relações com a duração razoável do processo.

Por fim, já nas considerações finais, expõem-se as reflexões sobre o papel político do processo no Estado Democrático de Direito, perspectiva exposta diante dos dados coletados e analisados nos processos de saúde da Comarca de Pelotas.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO À SAÚDE: UMA QUESTÃO EM DEBATE

Tendo-se como proposta nuclear do presente estudo a avaliação de processos judiciais relacionados ao direito à saúde, inegavelmente, faz-se necessário refletir sobre o tema, enfocando-se, de forma especial na questão dessa prerrogativa enquanto uma garantia fundamental, prevista na Carta Magna, nos arts. 6º e 196 e seguintes.

A posição topográfica do direito à saúde na Constituição Federal, em conjunto com o teor das disposições que a disciplinam, faz nascer a necessidade de enfrentar o tema questionando-se a sua vinculação com a matéria das políticas públicas, ou, atrelado à condição de direito individual subjetivo. É, outrossim, essencial essa abordagem na medida em que se propõe a analisar o tema do trâmite de processos cujo objeto é o alcance de pretensões relacionadas ao direito à saúde. Antes disso, porém, apresentam-se outros aspectos, de cunho geral, sobre o assunto.

Como é sabido, o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal, primeiramente, com *status* de direito fundamental, contemplado no art. 6º, *in verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

No repertório dos direitos sociais, sem dúvida, é a prerrogativa à saúde aquele que está mais estreitamente relacionado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e, além disso, pela previsão constante no art. 196, CF, representa o direito social que exige muitas prestações. Segundo o citado art. 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Identifica-se, com clareza, por conseguinte, tratar-se de direito tratado pelo legislador sob o ponto de vista de prevenção e proteção, buscando minimizar os riscos das enfermidades, para o que devem ser adotadas políticas públicas que viabilizem o alcance de aludida finalidade. E, ademais, também

abarca a necessidade de medidas que assegurem o acesso universal e igualitário aos serviços e ações de saúde.

Outro aspecto constitucional sobre o direito à saúde está contemplado no art. 197, segundo o qual: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

Com essa previsão, identifica-se que as medidas tomadas em relação à prestação dos serviços de saúde são de interesse público diante da relevância da temática, alçada ao degrau de direito fundamental pela própria Constitucional, porém, as ações e serviços de saúde podem ser realizados diretamente pelo Poder Público, mas também, de forma concorrente ou terceirizada, por pessoa física ou jurídica de direito privado. O art. 199, nesse sentido, prevê expressamente que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, facultando-se, nos moldes do §1º, que as instituições privadas participem “de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”.

Para o atendimento das demandas de saúde pelo Poder Público, a Carta Magna estabelece algumas diretrizes, fixando no seu art. 198 que a rede dos serviços de saúde deve ser regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, com as seguintes diretrizes: “I- de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II –atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade.”

Ao prever o art. 198 o “atendimento integral”, abre-se a necessidade de discutir qual a extensão dessa expressão, indagando-se se é viável defender, diante dela, a ampla e irrestrita prestação de serviços de saúde para o tratamento das enfermidades, ou, o dever do Estado de assegurar apenas um patamar mínimo. Essa questão, que é de suma relevância, e encontra na doutrina posicionamentos tanto em um sentido, como em outro, mas sempre sem poder se descuidar de outros aspectos, como a natural limitação de recursos do Poder Público.

Tal assunto, sob o viés dos limites do fornecimento das prestações pelo Estado, ganhou destaque em 2007, quando o Supremo Tribunal Federal

determinou a suspensão do fornecimento de medicamentos não previstos nas listas do SUS.

Assim, no âmbito do Poder Judiciário, nas ações com objeto relacionado ao direito à saúde, o debate central acerca da integralidade surge nos processos cujo objeto pretendido não dispõe de previsão no conjunto de normas que norteia as práticas do SUS. Reside, nesse ponto, a indagação sobre o dever de o Estado fornecer, por exemplo, medicamentos que não estejam abarcados no rol de fármacos aprovados e fornecidos pelo sistema de saúde.

De outra banda, para os profissionais diretamente envolvidos na área da saúde, o tema da integralidade é compreendido à luz do envolvimento das equipes de saúde, de diferentes áreas, para que, com a interdisciplinaridade que o assunto exige, os diversos campos dialoguem proporcionando o vínculo entre usuários e equipes. A integralidade igualmente é entendida como a união entre o corpo e a mente, não se fixando unicamente no aspecto exterior da saúde física. Observa-se que é um tema ainda em debate e em construção.

Para melhor compreensão desse princípio, colaciona-se o entendimento de Cecílio (2001), cujas ideias são apresentadas por Silva, Bezerra e Tanaka (2012, p. 253), destacando a visão da integralidade em duas dimensões: focalizada e ampliada. Em relação à dimensão focalizada, tem-se a compreensão:

A primeira seria o compromisso e a preocupação da equipe de saúde de um determinado serviço – por isso focalizada – em realizar a melhor escuta possível das necessidades de saúde trazidas por aqueles que buscam atendimento. Estas englobam: boas condições de vida; capacidade de acesso e consumo de toda tecnologia de saúde capaz de melhorar e prolongar a vida; vínculos (a)efetivos entre usuário e equipe/profissional que estabeleçam relação de confiança. Considerando a abrangência desta concepção, a integralidade não pode ser plena no espaço singular dos serviços, por mais competente e comprometida que seja a equipe. (2012, p. 253)

Quanto a dimensão ampliada, frisam os autores estar projetada em rede, e, por conseguinte, vislumbrada sob a forma ampliada:

Esta corresponde à articulação entre os serviços de saúde e outras instituições, visto que as várias tecnologias estão distribuídas em diferentes serviços e a melhoria das condições de vida depende de uma atuação Inter setorial. (2012, p. 253)

Sobre o tema da integralidade, que aqui não se pretende esgotar em face de sua dimensão, são importantes os esclarecimentos apresentados por Ruben Araújo de Mattos(2004, p. 1413):

Uma primeira dimensão da integralidade, na prática se expressa exatamente na capacidade dos profissionais para responder ao sofrimento manifesto, que resultou na demanda espontânea, de um modo articulado à oferta relativa a ações ou procedimentos preventivos. Para os profissionais, isso significa incluir no seu cotidiano de trabalho rotinas ou processos de busca sistemática daquelas necessidades mais silenciosas, posto que menos vinculadas à experiência individual do sofrimento. Para os serviços, isso significa criar dispositivos e adotar processos coletivos de trabalho que permitam oferecer, para além das ações demandadas pela própria população a partir de experiências individuais de sofrimento, ações voltadas para a prevenção. Aprofundemos um pouco mais essa questão: **não se trata de simplesmente desenvolver protocolos ou rotinas capazes de identificar e oferecer ações preventivas não demandadas diretamente pelas pessoas que procuram os serviços de saúde. Há que se compreender o contexto específico de cada encontro entre membros da equipe de saúde e as pessoas. Há que se adotar uma postura que identifica a partir do conhecimento técnico as necessidades de prevenção e as assistenciais, e que seleciona as intervenções a serem ofertadas no contexto de cada encontro.** (grifo nosso)

Compreende-se da visão de Mattos, que a integralidade deve ser concebida como oferta dos serviços de saúde de forma dialógica, acolhendo-se o indivíduo e, diante do seu contexto e peculiaridades de saúde, oferecer os mecanismos próprios para o alívio da questão que lhe motivou a buscar o atendimento. Em síntese, a integralidade deve promover a ampla assistência, inter e multidisciplinar, e atenta às especificidades de cada usuário. Sob tal visão, pode-se defender que a integralidade contempla o dever do Estado de também fornecer medicamentos ou procedimentos ainda que não previamente assegurados nas listas administrativas, aliando-se para tal compreensão o entendimento de que o direito à saúde é também direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Já no art. 220 da Carta Magna, estão previstas as atribuições do sistema único de saúde, as quais são as abaixo relacionadas, sem prejuízo de outras estabelecidas em lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação;
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Observa-se, claramente, a extensa gama de atribuições do Sistema Único de Saúde⁵, regulado pela Lei 8.080/90, que fixa, em seu art. 1º, a seguinte diretriz: “Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado”.

No art. 3º, por sua vez, o legislador deixou claro que a promoção do direito à saúde está relacionado às medidas que visam assegurar às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social, sendo, com efeito,, nos termos do art. 2º, § 1º, dever do Estado garantir a “formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e outros agravos”, cabendo, ademais, estabelecer as “condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Além disso, a Lei 8.080/90, assinala no seu art. 4º que o Sistema Único de Saúde engloba o “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público” que constitui o Sistema Único de Saúde.

Percebe-se, com nitidez, diante do teor constitucional e da mencionada norma aplicável à matéria, a complexidade do tema, especialmente quanto a sua organização e estruturação para a adequada e satisfatória oferta aos seus destinatários, quais sejam, os cidadãos.

O Sistema Único de Saúde deve ser compreendido como instrumento para garantir o direito à saúde, mediante a realização de políticas públicas que protejam o sujeito do risco de doenças, sendo promovido o acesso universal e igualitário aos serviços públicos.

⁵ BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Como não poderia ser diferente, a Lei 8.080/90, a partir das previsões da Constituição Federal, fixa em seu art. 7º, os princípios norteadores do Sistema Único de Saúde, assim exprimidos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV - organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017)

Para efeito desse trabalho, interessam, com maior destaque, dois desses postulados, quais sejam, o da universalidade e o da integralidade, objetivando-se, assim, compreender a extensão e o alcance desses preceitos e suas possíveis relações com o entendimento do direito à saúde enquanto direito subjetivo e, ainda, com o fenômeno da judicialização.

Sobre o princípio da integralidade, já foram expostos alguns entendimentos e linhas interpretativas em parágrafos anteriores, acerca da universalidade, se tratará a seguir. Antes disso, porém, cabe frisar que a

efetivação do direito à saúde, e, por conseguinte, o alcance do estado de saúde, impõe uma série de medidas e da concretização de outros tantos direitos, pois proporcionar o estado de saúde exige o atingimento do bem-estar do indivíduo e da coletividade, sendo imprescindível, para tanto, a viabilidade de condições adequadas no âmbito econômico e social, caminhos pelos quais se proporcionará o equilíbrio físico e mental.

No que tange ao princípio da universalidade do direito à saúde, que rege o Sistema Único de Saúde, impõe-se compreendê-lo e contextualizá-lo desde antes da sua organização, quando, então, travaram-se as discussões sobre o enfoque ou universalização do acesso à saúde.

A visão sobre um sistema focalizado defendia que as ações governamentais para atender as necessidades de saúde deveriam ser direcionadas aos hipossuficientes, pois o Estado, diante das limitações de recursos precisa privilegiar os mais necessitados. De outro lado, a visão universalista arguia pela necessidade de garantir a todos os cidadãos o acesso aos bens de consumo coletivos, frisando os aspectos de cidadania e de efetivação de direitos sociais conquistados, devendo o Estado assumir essa responsabilidade, financiando com recursos oriundos do orçamento. Analisando-se o teor do diploma constitucional, bem como a Lei 8.080/90, não há dúvidas da opção do sistema jurídico brasileiro por um modelo universal. (CASTRO, 2012)

Nessa linha, para Amelia Cohn, o debate sobre focalização ou universalização é uma falsa questão, vez que o binômio não é excludente, tendo sido a focalização uma estratégia para viabilizar a universalização da saúde. (COHN, 2005)

Desse modo, Castro esclarece que:

No caso da saúde, houve um processo de focalização de políticas e programas específicos, que se traduzem em ações de saúde com o objetivo de atender às necessidades de grupos sociais específicos, com características específicas, demandando cuidados de acordo com estas especificidades como são, por exemplo, os casos de gravidez na adolescência e saúde do idoso, mas que são regidos pela diretriz da universalidade do direito. Assim, iguais a estas, existem outras áreas estratégicas, refletidas em políticas específicas para orientar o processo de programação: 1) saúde da criança e do adolescente; 2) saúde da mulher; 3) saúde do adulto; 4) saúde bucal; 5) saúde da pessoa com deficiência; 6) saúde mental; 7) saúde do trabalhador; 8) urgências; 9) meningites; 10) dengue; 11) hepatite virais; 12) DST/AIDS. (2012, p. 270)

Com tais argumentos e observações, percebe-se que o direito à saúde deve ser, inequivocamente, acessível a todo e qualquer cidadão, independentemente de suas condições sociais ou econômicas, expressando-se, aqui, a sua universalidade.

Há, porém, em razão desse entendimento, naturais dificuldades de serem estabelecidos os contornos e os limites do direito à saúde, as quais não podem ser entendidas sem os aspectos de natureza política e econômica que contornam a questão.

O Poder Público, evidentemente, defende que o direito à saúde não deve ser interpretado como um direito subjetivo individual, mas analisado e construído como direito coletivo, para o qual o Estado tem deveres, porém, não de forma absoluta, pois o teor constitucional que o assegura é norma de eficácia limitada.

Compreende-se perfeitamente essa linha argumentativa quando se identifica o severo desafio para efetivar a universalidade do direito à saúde e contornar os seus impactos econômicos, especialmente pela agenda do Banco Mundial, pois o comprometimento econômico dos países em desenvolvimento com largo espectro de atenção ao direito à saúde pode inviabilizar o pagamento da dívida externa. Assim, o Banco Mundial busca a redução do papel do Estado para robustecer o mercado para o financiamento e oferta dos serviços de saúde. (NOGUEIRA, 2003, p.5)

Todavia, ao examinar-se o teor constitucional, a reforçada doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet (2005) leciona que ao ter a Carta Constitucional assegurado o direito à saúde como direito fundamental, art. 6º, e, a seguir, nos arts. 196 a 200, novamente disciplinado a matéria, inequivocamente assegura a compreensão de que o mesmo tem eficácia imediata e que pode ser demandado como direito individual.

Ademais, também frisa Sarlet (2005) que o entendimento do direito à saúde como direito ao recebimento de prestações materiais e, portanto, passível de dedução em face do Estado, é garantia de qualquer Estado dito comprometido com valores de humanidade e justiça. Destaca o autor que essa visão se impõe porque a negativa de serviços de saúde se equipara a incidência de pena de morte, sendo essa aplicada “para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade

de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes (...)” (2005, p. 329)

Corroborando o entendimento do direito à saúde como direito subjetivo, pode-se agregar a percepção de que também estando o Estado brasileiro vinculado ao preceito fundamental da solidariedade, igualmente é difícil não se enquadrar o direito à saúde como direito individual.

Todavia, as exigências de ordem econômica e política não se desvinculam do tema, pois, conforme Nogueira (2003, p.5) “vão conformando o direito à saúde, alterando seu conteúdo, seu alcance e os mecanismos acionados para sua garantia, tanto nos diversos países, como, muitas vezes, no interior de cada país”. Assim, frisa a autora que “as tendências estruturais nas economias nacionais ampliam essa complexidade e diversidade, tornando a análise dos direitos sociais um exercício contínuo de articulação global-local”.

Nessa linha, Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner (2003) explicitam que o direito à saúde além de ser direito de solidariedade, também é um elemento de cidadania. A relação com a solidariedade decorre do fato do Brasil “pugnar por uma adequação conformadora da realidade social com suas metas estipuladas constitucionalmente, aliadas à proposta estatal de erradicação da pobreza, organização do trabalho, dignidade da pessoa humana (...)”. (2003, p. 85)

Vitor Hugo Mota de Menezes, ao tratar sobre o direito à saúde, esclarece que o reconhecimento do direito à saúde como direito de solidariedade tem “caráter de mecanismo fomentador de isonomia, no sentido do alcance da satisfação aos direitos garantidos constitucionalmente”. (2015, p. 121)

Já a afirmativa da relação do direito à saúde com a cidadania, a mesma resta natural pela singela, mas complexa, conexão entre dignidade da pessoa humana, titularidade e exercício de direitos, bem como efetividade do direito fundamental à saúde.

Não há como deixar de referir, também, para compreender o direito à saúde como direito individual subjetivo, a sua previsão enquanto direito fundamental do homem, nos termos garantidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, instrumento de direito internacional auto-aplicável. Aliado a esse instrumento internacional, há outros que igualmente reforçam a previsão e impõem deveres aos Estados-partes, como são o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos, sendo esses instrumentos internacionais, conforme giza Menezes (2015, p. 121), que guindam o direito à saúde a um “direito afeto a todo o indivíduo, universalizante” .

Esses instrumentos, consoante esclarecem Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner, permitem categorizar o direito à saúde como um “direito humano, ligado principalmente à vida, como um direito político, visto que a todos deve ser concedido o acesso aos serviços públicos e, por fim, um direito econômico, social e cultural”. (2003, p. 89) Essas características do direito à saúde o tornam o direito fundamental mais completo, o que é corroborado pelo art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁶, segundo qual:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.
2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:
 - a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento é das crianças;
 - b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;
 - c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;
 - d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

No entanto, não é, e não pode ser, a complexidade do direito à saúde que a desconstrói como um direito subjetivo. Porém, é justamente em razão dessa complexidade que surge a defesa de ser o direito à saúde um direito coletivo, para o qual as prestações e serviços devem ser tratados para além da individualidade, pela via de políticas públicas e, ademais, arguindo-se que o Poder Judiciário não pode intervir nessa seara. Corrobora tal entendimento, para evitar a intervenção do Judiciário, o fundamento da insuficiência econômica e financeira dos entes da federação.

Na verdade, deve-se compreender o direito à saúde como direito individual e também coletivo, cujo atendimento depende de medidas direcionadas nas especificidades dos sujeitos, mas igualmente nas questões macro, isso porque a Carta Magna prevê, no seu art. 196, que o direito à saúde reside tanto em caráter

⁶ BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

preventivo de doenças, como no relacionado ao tratamento. Nessa linha, Nogueira (2003, p. 9) explicita:

No plano sócio-jurídico pode-se avaliar o direito à saúde em dois aspectos. No primeiro, as exigências dos indivíduos face ao coletivo, que obriga a submissão às normas jurídicas, como à vacinação, ao tratamento, ao isolamento em casos de algumas doenças infecto-contagiosas, à destruição de produtos impróprios para o consumo, ao controle do meio ambiente e do ambiente de trabalho. No segundo, a garantia da oferta de cuidados da saúde a todos que deles necessitam, o que corresponde ao ideal de igualdade, o que, por sua vez, submete-se ao pleno desenvolvimento do Estado democrático de direito. Dallari e Fortes (1997, p. 190) chamam a atenção para a tensão entre liberdade e igualdade ao se tratar do direito à saúde. Na esfera jurídica, esse direito, ao apropriar-se da liberdade e da igualdade “caracteriza-se pelo equilíbrio instável desses valores. [...] Os homens sempre tiveram a consciência de que para nada serve a igualdade sob o jugo do tirano e a liberdade só existe entre iguais”

Desse modo, cabe compreender o direito à saúde enquanto direito fundamental social que autoriza a exigência das prestações individuais, mas sem prejuízo de também ser vislumbrado enquanto objeto de política pública. Nessa linha Souza (2011) esclarece que:

Não há que se confundir a noção de políticas públicas com direitos fundamentais sociais. São categorias distintas, ainda que uma possa ser o meio de efetivação da outra, judicialmente exigível. O argumento segundo o qual os direitos sociais são de melhor aplicação através de políticas públicas universais, atendendo de forma mais eficaz e racional a alocação de recursos públicos e, de forma correlata, atendendo de forma mais efetiva o princípio geral da igualdade, não implica, de forma alguma, na ausência de tutela individual dos direitos sociais, inclusive em matéria de prestações individuais no âmbito do direito fundamental à saúde, que, de resto, já vem sendo reiteradamente confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, Germano Schwartz e Ricardo Gloeckner (2013) frisam que o direito à saúde tem a faceta de prestação e de abstenção, pois exige, simultaneamente, o dever do Estado de tomar medidas que não prejudiquem a saúde do cidadão, mas também permite ao cidadão exigir a sua prestação. Para tanto, então, surge a imprescindibilidade das políticas públicas.

Negar-se a visão prestacional do direito à saúde é negar a própria configuração do Estado Democrático de Direito, conformado nos moldes constitucionais no prisma do *Welfare State*.

As previsões constitucionais sobre o direito à saúde sinalizam a situação do mesmo em dupla condição, assegurando direito individual, mas, também, no prisma coletivo. Dessa forma, ao vislumbrar-se o direito à saúde também como

direito individual subjetivo, nasce a inquestionável prerrogativa de exigir prestações positivas do Estado, como se identifica com o fenômeno da judicialização da saúde mediante os pedidos de medicamentos, cirurgias, exames e, até mesmo, de leitos hospitalares e internações psiquiátricas.

Todavia, em material produzido pelo Observatório da Justiça Brasileira (SARLET; MOLINARO, 2010/2011), inobstante esteja consignado que “não reconhecer o caráter subjetivo do Direito à Saúde seria, por assim dizer, revelar a inocuidade de uma perspectiva programática da norma, apta à apenas direcionar os Poderes Públicos”, o mencionado ente destaca o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em processo de relatoria do Ministro Mendes, para quem “esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas”. Ademais, assevera Mendes:

(...) não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, proteja e recuperem a saúde. (2010/2011, p.32)

Porém, embora o posicionamento do STF acima expressado, no sentido de que direito subjetivo à saúde seria “direito público subjetivo a políticas públicas”, a própria Corte já reconheceu que o fenômeno da judicialização da saúde “dá-se mais pela falta de execução das Políticas Públicas já existentes do que pela sua ausência, mitigando, destarte, o argumento da separação dos poderes”.(SARLET; MOLINARO, 2010/2011, p. 33)

Inobstante o entendimento do STF, na expressão de Gilmar Mendes, tenha compreendido o direito à saúde como direito às políticas públicas, o que representa afastar da proteção judicial circunstâncias relacionadas a enfermidades raras, deve-se ponderar que essa espécie de demanda detém pouca representativa no universo da judicialização da saúde, sendo, em virtude da pouca expressividade, desinteressantes ao Estado para a fixação de políticas públicas. Portanto, deve-se compreender o direito à saúde como direito à vida, e, na visão de Schwartz e Gloeckner (2003, p. 89), “como um direito político, visto que a todos deve ser concedido o acesso aos serviços públicos e, por fim, um direito econômico, social e cultural”.

Além disso, corrobora a compreensão do direito à saúde como direito político, a lição de Colin Diver (1979), para quem a ação judicial compõe o sistema político e é instrumento para rearranjar as forças políticas. Sob esse

prisma, pode-se compreender o fenômeno da judicialização da saúde, enquanto provocação do Judiciário, como mecanismo de desacomodação, pelo qual se busca solucionar o conflito da ineficiência e insuficiência das políticas públicas pela via do Poder Judiciário.

Sem embargo, considerando as dificuldades financeiras do Estado em atender a extensão de variedade de demandas sobre saúde, desde medicamentos à procedimentos cirúrgicos, identifica-se na defesa dos entes da federação em processos judiciais, alguns argumentos despropositados, mas igualmente aqui trazidos apenas a título de contribuição, tais como: a) a concessão individualizada de prestações ofensiva ao princípio da igualdade dos cidadãos, b) privilégio de parcela da população em condições para a busca do Poder Judiciário, c) a observância do mínimo existencial, argüindo a necessidade de que as prescrições se dêem por profissionais do SUS e, também, sejam previstas nas listas do SUS como procedimentos/medicamentos autorizados, d) teoria da reserva do possível, segundo a qual há limites financeiros para o atendimento das prestações pretendidas, devendo serem analisadas com razoabilidade as pretensões frente ao sistema de saúde, e) entre outros argumentos, o da necessidade de que médicos do SUS prescrevam os medicamentos pleiteados ou a realização de perícia médica para atestar a necessidade, f) separação dos Poderes e a intervenção indevida do Judiciário em política pública de saúde. (VERÍSSIMO, 2006)

Não se pretende detalhar e analisar todos os fundamentos de defesa corriqueiramente apresentados nos processos que pretendem a tutela do direito à saúde, mas um deles, em especial, merece ser aqui destacado, qual o seja o relacionado à tese defensiva dos Municípios, Estados e União no sentido de inviabilidade de cumprir as prestações pretendidas em virtude do princípio da reserva do possível.

Nesse ponto, vislumbra-se, escancaradamente, os efeitos liberais no Estado contemporâneo, isto porque, conforme leciona Carl Schmitt (1992, p.88), o ideal liberal pretende abarcar o Estado no universo econômico, como bem enfatiza o mencionado autor:

O liberalismo decerto não negou radicalmente o Estado, mas por outro lado também não encontrou nenhuma teoria positiva do Estado e nenhuma reforma própria do Estado, mas procurou, isto sim, prender o político ao ético e subordiná-lo ao econômico; ele criou uma doutrina da divisão e do equilíbrio dos 'poderes', isto é, um sistema

de obstáculos e controles do Estado que não se pode designar como teoria do Estado ou princípio de construção político.

Reforçando a linha defensiva dos entes estatais, buscando restringir as prestações de saúde, em 2011, foi editado o Decreto 7.508/11⁷, regulamentando a Lei 8.080/90⁸, para fixar a necessidade de observância de alguns critérios para o fornecimento de medicamentos pelo Sistema Único de Saúde. Nesse sentido o art. 28 explicita:

Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente:

- I - estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS;
- II - ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS;
- III - estar a prescrição em conformidade com a RENAME e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e
- IV - ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.

Observa-se, pelo teor da previsão normativa, que está se condicionando o acesso aos tratamentos medicamentosos a quatro pressupostos, que devem ser atendidos de forma cumulativa.

Tal situação, patentemente restringe o acesso universal, pois alija o cidadão de escolher o profissional que cuidará de sua saúde, sendo compelido, para receber o tratamento do Estado, a sujeitar-se aos experts do Sistema Único de Saúde. Ofende-se, nesses casos, o elemento essencial da liberdade, o qual, segundo Nogueira (2003), “envolve a liberdade em várias situações, como por exemplo, o tipo de tratamento, a relação com o meio ambiente, as condições de trabalho”, tendo-se, naturalmente, que proceder escolhas. Porém, conforme Dallari e Fortes (1997, p. 190, *apud* NOGUEIRA, 2003, p. 9):

É obvio, então, que a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado. De fato, unicamente no Estado desenvolvido sócio-econômica e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar o estabelecimento do tratamento.

⁷ BRASIL. Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

⁸ BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

Nessa linha, Castro (2012, p. 272) expõe duras críticas ao Decreto 7.508/11. Primeiro porque, diante da forma de financiamento do Sistema Único de Saúde, todos os sujeitos contribuem para a sua manutenção diante dos tributos que são recolhidos, e tolher o acesso aos serviços pela escolha do médico que não compõe o sistema público é algo discriminatório. Nesse sentido, Castro exprime que “o SUS é um sistema mantido pela sociedade para uso de todos os cidadãos. Portanto, equivocada é a posição de que o ‘usuário potencial do SUS, que optou pela assistência sob uma relação jurídica de direito privado, não é titular de pretensões subjetivas em relação ao sistema público de saúde naquele tratamento’”. Segundo, porque exigir que o usuário obtenha prescrição dos medicamentos por profissional do SUS quando já foi submetido à análise de médico particular sinaliza cristalino desperdício do dinheiro público.

Quanto a esse segundo argumento e a potencialidade de desperdício dos recursos públicos, esclarece-se que no domínio de 62 processos analisados, em sete autos, o que corresponde a 11,29% do universo averiguado, o juízo postergou a análise da tutela antecipada para submeter o autor à consulta com profissional do SUS. E, a seguir, em cinco processos, ou seja, 71,43% concedeu a tutela antecipada porque não houve divergência entre a prescrição do profissional da rede privada e o da rede pública. Em relação aos outros dois processos em que houve a determinação de consulta com especialista, em um deles a morosidade para marcá-la foi tão significativa, que o paciente sendo portador de câncer não teve condições de, sequer, se deslocar para ser avaliado. E, no outro caso, o demandante desistiu do processo em virtude da troca de medicamentos.

Percebe-se, com tais dados, que a alegação de Castro (2012), quanto ao desperdício de recursos ao ser fixado no Decreto 7.508/11 a necessidade de análise pelo SUS dos pacientes já examinados e com prescrição realizada pela rede particular, é, incontestemente, dissipação não apenas de dinheiro público, mas de tempo para todos os envolvidos.

Ademais, Castro (2012) explicita que tolher do paciente a escolha do médico fere gravemente o direito de liberdade do assistido, pois a relação médico-paciente é *sui generis*, revestida de aspectos de confiança, exigindo uma interação pessoal e profissional, a qual tem muitos aspectos, tais como apoio psicológico, orientação e suporte quanto a aspectos relacionados aos hábitos saudáveis da vida,

problemas socioeconômicos e culturais que podem ser determinantes no surgimento da enfermidade, entre outros.

Por tais razões, Castro(2012) defende que ao se exigir do paciente que se submeta ao exame clínico de médicos do SUS para ter acesso aos serviços dessa engrenagem, tem-se situação que ofende a universalidade de acesso e a integralidade da atenção à saúde.

Além disso, Castro também argumenta que a pretensão do Poder Público de restringir o acesso a determinados tratamentos por ausência de previsão nos protocolos do SUS igualmente é inconstitucional e fere os princípios que norteiam o sistema, em especial pela forma de sua constituição, inobstante se possa reconhecer a sua relevância quanto à segurança aos pacientes. Sobre o tema, sublinha a aludida autora:

Esses protocolos têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis nas respectivas doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação dos resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento de medicamentos. Observando ética e, tecnicamente, a prescrição médica, os protocolos têm também o objetivo de criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz. Eles também pretendem incorporar conceitos e definições atuais de atenção farmacêutica. (...) Ocorre que a criação dos Protocolos para Medicamentos Excepcionais, que, segundo o Ministério da Saúde, envolveu um processo democrático de participação de todos os envolvidos na questão (usuários do SUS, técnicos do governo, associações de profissionais, entre outros) não foi, em nosso entender, avaliada e nem avalizada pelo Conselho Nacional de Saúde e tampouco pela Conferência Nacional de Saúde, que as os foros adequados para a tomada de decisões sobre políticas de saúde (dentre elas a política de medicamentos e de assistência farmacêutica). Como se percebe, a formação da comissão que elaborou o protocolo já se mostra tendenciosa. Além disso, não está clara de que maneira se deu a participação dos usuários e da indústria farmacêutica. O texto final foi elaborado por técnicos do governo. (...) O que se percebe é que o texto foi concluído após uma pretensa discussão democrática (...). (CASTRO, 2012, p. 276-277)

Em síntese, Castro (2012) destaca que os protocolos do SUS são ferramentas, instrumentos, mas não podem ser utilizados como doutrina, atrelando o fornecimento de medicamentos ao seu exclusivo teor, pois, em tal situação, haverá a temeridade para garantir a integralidade do atendimento do direito à saúde. Igualmente também se mostra inadmissível, consoante Castro, a exigência de que os medicamentos a serem oferecidos devem, obrigatoriamente, estar registrados na ANVISA, isso porque a ausência de registro não significa,

necessariamente, inexistência de segurança do fármaco. Deixa-se de apresentar os fortes argumentos defendidos por Castro para que também sejam fornecidas as drogas sem registro da ANVISA, contrariando a Recomendação nº31, de 30 de março de 2010, do Conselho Superior da Magistratura, bem como o texto da Lei 12.401/11, isso porque na pesquisa realizada, não se encontrou no universo de processos investigados na Comarca de Pelotas, pleitos dessa espécie, o que confirma a afirmativa de Castro de que número de processos judiciais sob esse ângulo é insignificante.

Refletindo-se sobre tal compreensão, não há como olvidar de avançar-se no entendimento do direito à saúde como um direito universal e, por conseguinte, qual o significado dessa expressão. Afinal, temos direito a todo e qualquer “bem da vida” relacionado ao direito à saúde? Podemos demandar qualquer prestação?

Embora as normas regulamentadoras da questão dividam a saúde em dois níveis no Brasil, quais sejam: Atenção Básica (Portaria GM 882/97) e Atenção Básica Ampliada (Portaria GM 384/03), a qual se subdivide em média e alta complexidade, e norteiam os serviços de saúde a serem prestados, os princípios constitucionais devem ser permanentemente orientadores da interpretação dessas regras.

Tem-se no âmbito da atenção básica as ações de caráter individual e coletivo que envolvam a promoção da saúde nas esferas da prevenção, diagnóstico, tratamento e reabilitação dos pacientes, percebendo-se, de forma escalonada, a abrangência de uma série de medidas e ações capazes não só de prevenir, como, também, tratar e restabelecer o estado de saúde do indivíduo.

Já na média complexidade tem-se a realização de ações e serviços que exijam profissionais especializados e o uso de recursos tecnológicos de apoio para o diagnóstico e a terapia. Nessa seara, toda a atenção de saúde enquadrada nesses termos deve ser organizada a partir de dados epidemiológicos e sociodemográficos do município, a correspondência entre a prática clínica e a capacidade resolutiva diagnóstica e terapêutica, a complexidade e o curso dos equipamentos, a abrangência recomendável para cada tipo de serviço. A alta complexidade, por sua vez, compreende o conjunto de ações que exigem alta tecnologia e alto custo, entre elas, a título exemplificativo, tem-se o tratamento oncológico, assistência em traumatologia-ortopedia, assistência aos pacientes com obesidade (cirurgia bariátrica), entre outros. (MENEZES, 2015)

Vislumbra-se, pelo conjunto normativo vigente, que orienta todo o sistema público de saúde, amplo arcabouço de regras. Porém, o cerne do direito à saúde, em face de sua complexidade, deve ser conjecturado a partir dos princípios constitucionais, em especial o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, solidariedade e universalidade e integralidade do direito à saúde, avaliando, no caso concreto, as possibilidades de aplicação desses preceitos e o acolhimento da pretensão formulada pelo jurisdicionado.

3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E SEUS CONTORNOS

O decurso da história de construção e de fortalecimento do Estado impôs a organização deste com a capacidade de promover a solução dos conflitos de interesse, exercendo tal papel com autoridade e independentemente da vontade dos sujeitos, tendo-se aí o nascedouro da atividade jurisdicional, pela qual se busca a composição dos litígios a partir do conteúdo normativo edificado no Estado de Direito, compelindo os sujeitos na observância das diretrizes ditas pelo Estado. Por tal instrumento, então, atenua-se a discricionariedade e o arbítrio, vez que a atividade de resolução das lides passa a estar submetida a critérios organizacionais e legais.

Assim, das faculdades nascidas com o poder político surge a necessidade de “criar limites jurídicos ou de fazer com que o próprio povo exerça o poder político, para redução dos riscos”. O nascimento do Constitucionalismo expressa justamente a necessidade de se compreender o Poder Estatal centralizado no conjunto normativo, tendo-se, a partir de então, no Estado Constitucional, “a legalidade é a máxima de valor supremo e se traduz com toda energia no texto dos Códigos e das Constituições” (BONAVIDES, 2003, p. 29).

Com isso, no Estado Constitucional estão previamente definidos quais os direitos e os deveres dos seus entes e dos membros da coletividade, bem como as penalidades incidentes na hipótese de inobservância das regras já estipuladas. A lei é, desta forma, o instrumento para “fixar os limites da liberdade individual, a fim de que seja possível a coexistência das liberdades, segundo as exigências da vida em sociedade” (FERREIRA FILHO, 2004, p, 19).

O Estado Constitucional apresenta três modalidades de caracterização, denominadas por Bonavides (2003, p.30), como Estado Liberal ou Estado Constitucional da Separação de Poderes, Estado Social ou Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e Estado Democrático-Participativo ou Estado Constitucional da Democracia Participativa.

O surgimento dessas diferentes “modalidades” de Estado, na verdade, decorre, historicamente, das necessidades sociais apresentadas, exigindo-se uma permanente reflexão acerca do papel do Direito e da demanda de reforma deste para o atendimento das carências da sociedade.

De modo a viabilizar a compreensão do panorama atual do Estado Constitucional Brasileiro vivenciado, cumpre-se tecer algumas ponderações acerca das mutações organizacionais enfrentadas de modo a perceber o que são estas “diferentes formas de Estado” indicadas por Bonavides. Pertinente destacar a importante observação de Ingo Sarlet (2012, p. 259) de que o desenvolvimento das concepções de Estado não ocorreu de forma linear na história, tampouco há modelos uniformes, tanto que “muitos Estados, em pleno século XXI, ainda não vivenciaram o Estado Social, embora o possam - e mesmo assim, várias vezes nem isso – terem consagrado formalmente nos textos constitucionais”.

Desse modo, pertinente frisar que as colocações e definições são apresentadas com finalidade didática e organizacional do tema, sendo fundamental ter-se presente que os “tipos” de Estado são frutos de momentos históricos e reflexos da cultura em dado recorte temporal, sem que, se possa compreender a existência de “tipos puros” de Estado. Alguns trechos das referências que serão realizadas a partir deste momento, sobre o tema em questão, foram objeto de desenvolvimento em Barcellos (2007).

Primeiramente, cumpre-se indicar alguns aspectos que permitam entender o Estado Liberal de Direito, pois, indubitavelmente, a organização do Estado Constitucional perpassa pela necessidade de entendimento de alguns aspectos da natureza liberal, em que pese se encontre posicionamentos e interpretações até mesmo divergentes sobre a questão, isto por conta, conforme diz Marcelo Figueiredo (2001, p. 69), “o termo *liberalismo* na ciência política é dotado de grande plasticidade e multissignificado”, sendo que a dificuldade aumenta “em virtude da ‘confusão’ de métodos ao se analisar de forma compactada períodos históricos e desdobramentos do liberalismo como se estivéssemos diante ‘de um só liberalismo’”. Os problemas residem exatamente no fato de a concepção de liberalismo alterar-se conforme o período histórico, pois sofre influências ideológicas, sociológicas e políticas.

O Estado Liberal (ou Constitucional da Separação dos Poderes) teve sua constituição delineada, com os seguintes elementos caracterizadores: o asseguramento e a concretização da liberdade; a limitação dos poderes dos governantes; a preservação dos direitos fundamentais como garantia da cidadania, enfim, o compromisso com os direitos políticos e civis. Tudo isso deve estar alicerçado nos balizamentos impostos aos governantes, evitando-se o poder

ilimitado da autoridade, caso contrário se está sob “o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio” (BONAVIDES, 2003, p. 31).

Conforme Streck e Bolzan de Moraes (2003), o Estado Liberal de Direito, visto como modalidade do Estado de Direito, caracteriza-se pela separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, sendo este o ideal de justiça. Destaca-se, outrossim, pela garantia das liberdades individuais, sendo os direitos dos homens mediadores de suas relações com o Estado; pela democracia, que representa o ideal de soberania. Esta, por sua vez, é controlada pelo sistema hierárquico das normas (controle de constitucionalidade), tendo-se, ainda, o caráter reduzido do papel do Estado, “apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos”, expressando-se, em vista disso, como Estado Liberal (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003, p. 90).

Portanto, é da própria lógica do Estado de Direito, fundada na lei, que “traduz a *justa* restrição da liberdade, reconhecida pela *vontade geral*”, que se procede a “articulação entre a liberdade e a sociedade política, entre a liberdade natural do indivíduo e a liberdade de cada um e de todos os indivíduos, integrados na vida social” (FERREIRA FILHO, 2004, p. 20). E, a partir de tais características, Streck e Bolzan de Moraes concluem haver “a consubstanciação do conteúdo político do liberalismo na forma jurídica do Estado ou Estado Liberal de Direito” (2003, p. 90).

E o Estado Liberal, então, embasado nas concepções liberais, desempenha um papel negativo, ou seja, abstém-se de intervenção na sociedade, devendo esta regular-se autonomamente, apenas com a proteção do Estado, que regulamenta as liberdades para poderem ser exercidas por seus membros. Trata-se, pois, da concepção minimalista do Estado, atuando tão somente para fins da segurança individual, de modo que todos possam exercer suas liberdades. Segundo Streck e Bolzan de Moraes, o ideal liberal teve como efeitos “o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal [...]” (2003, p. 62).

De acordo com Figueiredo (2001), o liberalismo apresenta-se em duas etapas: a primeira, nascida no século XVIII, salienta-se pela concepção do individualismo, e reconhece ao indivíduo os direitos inatos, bem como, a

existência de um pacto entre Estado e indivíduo. Ademais, caracteriza-se pelo combate à intervenção do Estado na economia. Já a segunda fase, iniciada no século XIX, origina-se nos questionamentos surgidos relativamente aos posicionamentos anteriores. Isso se dá especialmente por novas teorias, destacando-se, entre elas, a de Rousseau, consoante a qual a liberdade está garantida quando há obediência à lei. Do século XIX em diante, o liberalismo passa a apresentar uma série de transformações, ganhando destaque, a partir de 1905, um “novo liberalismo”, no qual o ideal de Estado abstencionista é um pouco afastado e surge a “noção econômica e cultural das liberdades e direitos constitucionais”, passando-se a admitir regulamentações legais (FIGUEIREDO, 2001, pp.70-71).

Mas, apenas a adoção da ideia de legalização não é suficiente para atender os anseios da época, também avança a defesa de participação total e indiscriminada do homem na formação da vontade estatal, buscando-se a consolidação democrática.

Observa-se, portanto, que o cerne do tema do liberalismo diz respeito à “liberdade contra o poder” (FIGUEIREDO, 2001, p. 72). Ainda quanto aos elementos norteadores da concepção de Estado Liberal cabe citar Sahid Maluf:

Quer sob a forma de monarquia constitucional, quer sob a forma republicana, a organização traduzia os ideais que empolgaram o mundo ao tempo das revoluções populares inglesa, norte-americana e francesa: soberania nacional, exercida através do sistema representativo de governo; regime constitucional, limitando o poder de mando e assegurando a supremacia da lei; divisão do poder em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário) com limitações recíprocas garantidoras das liberdades públicas; separação nítida entre o direito público e o direito privado; neutralidade do Estado em matéria de fé religiosa; liberdade, no sentido de não ser o homem obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; igualdade jurídica, sem distinção de classe, raça, cor, sexo, ou crença; igual oportunidade de enriquecimento e de acesso aos cargos públicos, às conquistas da ciência e à cultura universitária; não-intervenção do poder público na economia particular [...] (1995, p. 129).

Nessa seara estão as explicações de Streck e Bolzan de Moraes, para quem o Estado de Direito tem, como ícone, a questão do Direito, a partir do qual se apresentam os limites de ação, sem com isto limitar-se ao conteúdo dessa modalidade estatal à forma da lei, pois, na verdade, é imprescindível a presença de um ideário, sob pena de ter-se um Estado Legal; surge, então, na defesa do direito de liberdade, o Estado Liberal de Direito. Assim, conforme tais autores:

O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* –ou seja, a submissão da soberania estatal à lei – a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*(2003, p.89).

Sabe-se que a questão do liberalismo apresenta diferentes compreensões colaborando para algumas confusões com a ausência de distinção entre propósitos filosóficos, políticos e econômicos do Estado. Conforme aduz Figueiredo, muitas vezes

[...] analisando o cenário político (nacional) e não raro o internacional, a verdadeira “confusão” (propositada ou não) na utilização de tais categorias e idéias políticas como se estivéssemos a analisar o mesmo fenômeno. A opinião pública é iludida e ludibriada, sobretudo a camada da população menos culta e menos preparada politicamente, a imprensa não distingue (propositadamente ou não, tudo dependerá do momento político vivido) em que medida tais fatos são manipulados pela imprensa internacional pelos movimentos antagônicos, de modo a prevalecer a opinião desse ou de qualquer outra corrente ideológica ou política. O tema é realmente muito árduo e pleno de dificuldades. Em parte porque os conceitos “socialismo”, “capitalismo”, “democracia”, “liberalismo”, são plurissignificativos(2001, p. 73).

Essa confusão conceitual, talvez a mais evidente em relação ao liberalismo diz respeito aos problemas econômicos, associando-se, e até mesmo responsabilizando-se, o ideal liberal pelas mazelas sociais decorrentes das dificuldades econômicas, podendo isso ser consequência da distância existente entre a doutrina liberal e a realidade vivida.

Não há dúvidas que o desenvolvimento social, político e econômico de um Estado depende da união de uma série de fatores, porém, atribuir a responsabilidade pelas mazelas sociais à concepção liberal pode ter como origem a confusão conceitual referida. Isto porque o liberalismo, segundo alguns autores pesquisados, é uma doutrina política cujo escopo é a “melhoria das condições materiais do gênero humano”, propondo-se reduzir a pobreza e a miséria através da concepção de liberdade (STEWART JUNIOR, 1990, p. 69). Por tal lógica, então, parece contraditório atribuir-se à concepção liberal a responsabilidade pelos problemas sociais. No entanto, paralelamente, deve-se considerar que tal responsabilidade decorre do fato do Estado eximir-se da organização social, avalizando que o poder econômico molde o Estado às suas necessidades.

A possível confusão existente entre o vínculo da concepção de Estado Liberal e o problema econômico é explicitada por Linares Quintana:

A dinâmica econômica do liberalismo se funda na seguinte premissa: um homem faminto é um inimigo da ordem social; um povo faminto é um inimigo da humanidade. Para evitar o primeiro problema, deve implantar uma economia ordenada sobre a base da iniciativa e do aniquilamento do Estado comerciante e competidor. Para prevenir o segundo, deve-se combater os egoísmos econômicos das nações que sacrificam as conquistas de paz dos povos e as conquistas dos mercados(2001, p. 75).

Deixa-se, porém, de avançar nestas questões tendo em vista ser a proposta da abordagem sobre o Estado Liberal apenas viabilizar a uma brevíssima compreensão evolutiva da organização e estruturação do Estado, desde Estado Liberal até Estado da Democracia participativa.

O processo de mudança do Estado Liberal para Social, conforme Streck e Bolzan de Moraes é caracterizado nos seguintes termos:

Em resumo, pode-se dizer que, ao longo do século XIX, os liberais e os movimentos e partidos liberais mudaram a estrutura econômica, social e política da Europa, e modificaram drasticamente a comunidade internacional, quando, então, terminaram a escravidão e incapacidades religiosas, garantiu-se a tolerância, a liberdade de imprensa de manifestação e de associação; a educação foi estendida; o direito de voto ampliou-se – universalizou-se – até as mulheres; elaborações constitucionais limitando e responsabilizando os governos foram escritas.

Por outro lado, na medida em que o sufrágio se estendeu a novos setores sociais, os partidos políticos começaram a surgir, buscando votos de modo a governar na base do que ofereciam ao eleitorado, tornando os governos suscetíveis às solicitações populares, o que vai impor uma mudança de rota no projeto do Estado Mínimo no sentido da intervenção do poder público estatal em espaços até então próprios à iniciativa privada(2003, pp. 59-60).

Os autores explicitam, ainda, que os efeitos das ideias liberais foram exacerbadamente concretizados, ocasionando o ultra individualismo, comportamento egoísta e “concepção individualista e formal da liberdade onde há o direito, e não o poder de ser livre”, ensejando as transformações do Estado Liberal, arrolando, entre as causas para tais mudanças, a Revolução Industrial, a Primeira Guerra Mundial, a Segunda Guerra Mundial, a mobilização dos movimentos sociais, que rechaçam a ideia da livre força de mercado (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003, p. 62).

Mas o Estado Social, embora mantendo a substância liberal, reveste-se de preocupação com a justiça, de modo que se entende já não bastar haver garantido o direito à liberdade, como no Estado Liberal. Algo mais se fazia necessário: os direitos fundamentais e o caráter social das instituições do Estado. Bonavides (2003, p. 36) explicita que, nessa segunda modalidade de Estado Constitucional “seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais”, consolidando-se sua legitimidade conforme os direitos sociais se concretizam. Observa-se que o Estado Constitucional contemporâneo está embasado nos direitos fundamentais, na justiça e nos princípios. Entende-se, outrossim, os direitos fundamentais conforme concepção de Perez Luño (2013), para quem eles apresentam-se na normativa constitucinal como um conjunto de valores objetivos básicos, sendo um marco de proteção das situações jurídicas subjetivas.

Para Luño, os direitos fundamentais são resultado de um acordo das diferentes forças sociais, sendo resultado legítimo do consenso acerca da forma constitucional no Estado Democrático, constituindo pressuposto para edificação da sociedade democrática. Desse modo, conforme o autor: “al próprio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”. (LUÑO, 2013, p. 17)

Segundo Streck e Bolzan de Moraes (2003, p. 71), o Estado Social tem sua origem atribuída a duas razões principais, de ordem política e econômica. Na primeira está a luta pelos direitos individuais (Terceira Geração), políticos e sociais; na segunda, encontra-se a transformação da sociedade agrária em industrial. Os mesmos autores destacam, ainda, tal modelo de Estado caracterizar-se “como aquele que **garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político**”. (grifos nossos)

Vê-se, pois, comparativamente ao Estado Liberal, tratar-se de uma revolução no entendimento do alcance do Estado em relação à sociedade, pois, outros valores começam a destacar-se, transmudando, inclusive, o ordenamento jurídico, que passa a abranger as questões sociais. O item duvidoso diz respeito à efetividade dos preceitos desse Estado, nascido sobre a solidez do Estado Liberal

e, portanto, impregnado de seus elementos. Bonavides (2004, p. 184) refere exatamente essa questão frisando ser o Estado Social no capitalismo mais uma forma de organização política, não havendo modificações substanciais em postulados econômicos e sociais.

Na verdade, o Estado Social apresenta-se como um passo da burguesia no reconhecimento de direitos ao proletariado, buscando, dessa forma, amenizar as nefastas consequências da própria estrutura vigente. Bonavides sobre o tema esclarece:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

[...]

Tudo isso, porém, não se confunde com o Estado socialista, que exige para sua concretização muito mais que apenas o reconhecimento de direitos, impõe, por exemplo, a efetiva participação do Estado nos campos de ação da iniciativa privada, caso contrário mantém-se a organização capitalista (2004, p. 186).

Trata-se, de fato, da busca de caminhos pelos quais seja viável conciliar a ideia liberal com os problemas sociais existentes, visando, pois, à solução deles. Diante das disfunções do modelo de liberalismo clássico, este é revisto e enseja o ideal de Estado Social, para quem a lei não serve apenas para manter a ordem social e a paz, como no Estado Liberal⁹, mas também como instrumento de atuação, por exemplo, para assegurar direitos sociais e promover Justiça Social. Isto não significa o abandono do ideal liberal, mas apenas o acréscimo de outras ideias que venham possibilitar o incremento do próprio Estado. Conforme explicitam Streck e Bolzan de Moraes:

Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade

⁹No Estado Liberal são os direitos individuais que ganham destaque, já no Estado Social são os direitos coletivos, havendo uma demonstração de suposta preocupação com a coletividade.

estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica (2003, p. 94).

Não se pode desconsiderar, entretanto, serem tais aspectos ambíguos, pois, de um lado, estão os direitos fundamentais que, conforme afirma Vieira, são “pressupostos inexoráveis da plena realização da economia capitalista enquanto fundamento material da sociedade liberal moderna, estruturada sobre o princípio da liberdade individual”. De outro, têm-se os direitos sociais “pressupostos do ideal de participação no poder, igualmente defendido pelo liberalismo político, bem como a bandeira da distribuição das riquezas socialmente produzidas”. Este ideal foi incorporado ao cenário político pelas lutas sociais, passando, assim, a compor o sistema político-econômico contemporâneo. A ambiguidade entre tais questões é tão evidente que “[...] a integração entre direitos fundamentais burgueses e direitos sociais só tem geralmente ocorrido em nível legislativo e administrativo” (VIEIRA, 2004, pp. 272-273).

De qualquer modo, trata-se de uma forma de política social, a qual visa, segundo Claus Offe (2004, pp. 282-283), “[...] garantir a lealdade dos cidadãos ao sistema político”, de maneira a não questionarem “a forma de reprodução material da comunidade, defendendo o próprio modo de produção de uma possível implosão resultante dos conflitos inerentes a sua natureza constitutivamente contraditória”. Certo, segundo o autor, é o Estado estar defendendo “[...] os interesses do conjunto de membros de uma sociedade capitalista de classe”.

De outra banda, asseveram Behring e Boschetti (2011, p. 65) a lição de Pierson, segundo o qual, “[...] a simples presença de algumas medidas de regulação pública não é suficiente para definir sua existência”, sendo que para o referido autor, “[...] o que ajuda a demarcar a emergência de políticas sociais são alguns elementos surgidos no final do século XIX, decorrentes da luta da classe trabalhadora”.

Após a ênfase nas questões sociais, existe ainda, a tomada, pelo Estado, dos aspectos democráticos quando, então, destaca-se, como centro, a igualdade, a ser alcançada pelas normas, a partir das quais se permite assegurar condições mínimas de vida aos cidadãos. O Estado passa a ter por tarefa a *transformação do status quo*, utilizando, como instrumento, as leis e desempenhando o papel de manter o espaço vital da humanidade (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003, p. 98).

Dizem, ainda, Streck e Bolzan de Moraes (2003, p. 97):

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais, mas deve-se perceber que esta nova conjugação incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do assecuramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Mais que isso, o Estado Democrático indica a necessidade de transpor o aspecto meramente formal do Estado de Direito, alcançando-se a questão da Justiça e, também, da legitimidade, a qual abarca a necessidade de o Estado ter como fim os ideais manifestados livremente pelo povo. É o que prega Miguel Reale ao analisar os Anais da Constituinte Brasileira podendo-se, assim, transportar essas referências ao conceito geral de Estado Democrático, não apenas o brasileiro. Diz, assim, Reale:

Pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluía, por exemplo, a hipótese de adesão a uma nova Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre princípios democráticos (1999, p. 2).

O Estado da Democracia Participativa, caracterizado como a terceira modalidade de Estado Constitucional na classificação apresentada por Paulo Bonavides, tem por preceito basilar o direito à democracia, o qual se enquadra entre os direitos fundamentais de quarta geração. Isso não significa terem sido abandonados os demais direitos fundamentais, pertinentes às outras espécies de Estado (Liberal e Social), na modalidade de Estado da Democracia Participativa. Ao contrário, eles estão juntos ao direito à democracia que se agrega aos demais, estando todos concentrados na ideia de liberdade e justiça.

Bonavides (2003, pp. 44-45), então, explicita:

Com a Democracia participativa a soberania passa do Estado para a Constituição, porque a Constituição é o poder vivo do povo, o poder que ele não alienou em nenhuma assembleia ou órgão de representação, o poder que faz as leis, toma as decisões fundamentais e exercita uma vontade que é a sua, e não de outrem, porque vontade soberana não se delega senão na forma decadente da intermediação representativa dos corpos que legislam, segundo ponderava Rousseau,

com absoluta carência de legitimidade em presença do vulto e significado e importância da matéria sujeita.

[...]

O Povo é posto aí no interior e na cabeça da Constituição como instância concreta e material das supremas decisões coletivas da Nação, isto é, como ente político organizado e autodeterminativo que deixou de ter morada em regiões abstratas e metafísicas de puro simbolismo.

Constituição, povo e soberania desse modo exprimem o caráter e a qualidade do poder superlativo em termos contemporâneos de legitimidade.

O Povo é a Constituição, a Constituição é o Povo; os dois, com o acréscimo da soberania, compõem a santíssima trindade política do poder. Mas não de qualquer poder, senão daquele que traz a inviolabilidade, a grandeza ética, a fundamentalidade da Democracia Participativa.

No Brasil, com a Constituição Federal de 1988 foi inaugurada a fase da democracia participativa, expressa pela asseguuração de três instrumentos que a promovem: plebiscito, referendo e iniciativa popular. Contudo, na prática, tais instrumentos são muito pouco utilizados. Tem-se, no campo teórico, uma democracia participativa mas, de fato, a perpetuação da democracia representativa. Bonavides (2003, p. 57) esclarece que o diploma legal (Lei 9.709, de 18.11.98) regulamentador de tais instrumentos de democracia participativa apenas foi editado dez anos após a promulgação da Carta Constitucional, nascendo “[...] ultrapassado em termos de legitimidade relativos à instauração de uma democracia participativa, em virtude da redução do papel atribuído à eficácia da vontade popular nas decisões de império e soberania”. Assim, predomina o aspecto da representação na maioria das situações, sendo excepcionais as circunstâncias nas quais são adotadas as formas de democracia participativa.

Hans-Georg Flickinger (2003) destaca que, na verdade, tanto a visão liberal de Estado, como o ideal do bem-estar social, ou, ainda, as políticas da social democracia são incapazes de concretizar a justiça. Para o autor, a estrutura estatal está posta de tal forma que qualquer ato a ser praticado no Estado Liberal de Direito depende, para a sua “aceitação social”, da previsão normativa.

A fixação normativa dos atos possíveis ou vedados de prática no Estado serve tanto para a sociedade, como para o próprio Estado garantindo segurança para ambas as partes. Assim, há uma necessária vinculação do agir institucional às regras jurídicas, sendo a legalidade do agir a marca do Estado Liberal de Direito. Logo, suas ações, necessariamente, estão adstritas ao espaço autorizado pelo legislador. Nesse sentido está a lição de Luiz Vicente Vieira, subsidiada em Carl Schmitt:

O agir do Estado fica condicionado ao pressuposto da lei. O sistema legal passa a ser organizado na Constituição, a qual é, assim, considerada, de acordo com a concepção liberal do Estado, como um limite real ao poder do Estado. Daí a importância dos ‘freios e contrapesos’ constitucionais no funcionamento do Estado (2004, p. 234).

Desse modo o legislador desempenha a função de representante da vontade do povo no Poder Legislativo, pois, lá se encontra em virtude da escolha popular operada por meio do voto, garantia fundamental assegurada igualmente aos homens e às mulheres. Ele legitima os ocupantes do poder a criarem, revogarem e transformarem as leis a que se submetem os cidadãos e o próprio Estado.

A partir desta lógica de criação, revogação e transformação das leis em um sistema de Estado fundado em um esquema democrático e de legalidade, que tem na Constituição Federal o foco orientador dos caminhos a serem seguidos, em especial, a profunda preocupação com a tutela e a efetivação de direitos classificados como fundamentais, não se pode descuidar do acesso à Justiça e do direito processual, aspectos fundamentais do presente trabalho, e cuja compreensão exige a atenção aos elementos em que está alicerçado o Estado Constitucional. A propósito da questão processual, leciona Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 126):

Nesta perspectiva, é fácil concluir que é preciso construir uma teoria do processo que tome em consideração o Estado constitucional e, especialmente, o seu dever de tutela dos direitos, lembrando-se que, entre os deveres de tutela do Estado constitucional, está o de tutela jurisdicional, que deve considerar as várias tutelas prometidas pelo direito hegemônico em nome de uma organização justa. Quer dizer que a compreensão das regras processuais exige a elaboração de uma dogmática atenta ao dever de tutela do Estado constitucional, vale dizer, de uma dogmática que expresse a necessidade de adequação do processo, sob a luz dos direitos fundamentais, às diferentes necessidades substanciais carentes de tutela.

De resto, deve-se destacar, conforme assegurado pela Carta Magna pátria para a construção do Estado Democrático de Direito, a existência de diversos direitos e garantias fundamentais, entre os quais, a garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), ao contraditório (art. 5º, LV, da CF) e o concernente à duração razoável do

processo¹⁰ (art. 5º, LXXIII, da CF). Dessas, são decorrentes outras normas, as quais são fruto de escolhas políticas, como é o caso da tramitação preferencial dos processos.

Acerca das escolhas políticas do legislador, Guilherme Botelho (2015, p. 53) informa que este fenômeno decorre do fato do direito ser produto da cultura e, além disso, que “as normas jurídicas têm conteúdo moral, podendo, por vezes, apresentarem-se como imorais”. Botelho também sublinha que as normas podem ser vistas sob três momentos distintos:

Em um primeiro lugar, o legislador escolhe os valores sociais a serem protegidos; em um segundo momento, elabora as sanções em abstrato às violações destas proteções; em último momento, passa a traçar a forma de atuação destes direitos de forma concreta, função esta justamente das normas de natureza processual(2015, p. 54).

Veja-se, assim, a estreita relação entre os elementos ideológicos, políticos e culturais na formulação das normas reguladores da vida em sociedade e, por consequência, também, no âmbito do direito processual, enquanto instrumento viabilizador do acesso à justiça e da efetivação de direitos, e, ainda, no aspecto relacionado às políticas públicas, que permitem, paralelamente com outras medidas, a promoção de direitos, como é o caso do direito à saúde.

¹⁰ A previsão deste princípio da Carta Magna pátria ocorreu com a EC nº 45/2004 mas, antes disso, já havia no Brasil a necessidade de observância do mesmo em vista do Pacto San José da Costa Rica.

4. ACESSO À JUSTIÇA E SEUS DESDOBRAMENTOS

Ao propor-se desenvolver um tema que envolve a judicialização de direitos sociais – em especial, o direito à saúde - e, de forma concomitante, matérias relacionadas aos princípios processuais constitucionais como a duração razoável do processo, e, ainda, a questão do direito processual civil de outorga do direito à tramitação preferencial dos processos, não se pode deixar de abordar o instigante assunto do acesso à justiça, sobre o qual se passa a discutir nesse capítulo.

Sem dúvida, este não é um tema novo de pesquisa no campo das ciências jurídicas e sociais no Brasil, sendo, inequivocamente, matéria inesgotável diante de sua amplitude. A pretensão que aqui se apresenta é abordar como o direito processual civil, ao assegurar a tramitação preferencial dos processos aos idosos e aos portadores de doenças graves, permite efetivar a garantia constitucional do acesso à justiça, bem como viabilizar a concretização da duração razoável do processo.

Para tanto, então, será enfocada primeiramente a problematização do acesso à justiça para permitir a elucidação das questões propostas.

Segundo Marco Antonio Marques da Silva (2006, p. 126), o “[...] acesso à justiça num Estado Democrático de Direito deve ser entendido como a possibilidade posta ao cidadão de obter uma prestação jurisdicional do Estado, sempre que houver essa necessidade para a preservação do seu direito[...]”. Afirma o autor, também, que a prestação jurisdicional deve ser realizada de modo imparcial, rápido, eficiente e eficaz. Nesse sentido, percebe-se a concepção de acesso à justiça vinculada à atividade jurisdicional do Estado, mais especificamente, como equivalente de acesso aos Tribunais e alcance de uma decisão por este órgão.

Porém, para viabilizar o acesso à justiça nestes moldes, impõe-se a observância de alguns princípios, entre eles, o da acessibilidade, segundo o qual a efetivação do acesso se dará se houver pessoas capazes de estarem juízo sem obstáculos de natureza financeira, bem como munidos do direito à informação:

O princípio da acessibilidade pressupõe a existência de pessoas capazes de estar em juízo, sem óbices de natureza financeira, de sorte a possibilitar na prática a efetivação dos direitos individuais e coletivos. O direito à informação se constitui no primeiro componente

a tornar algo acessível, é o conhecimento dos direitos que temos e de como utilizá-los. É o ponto de partida e ao mesmo tempo ponto de chegada para que o acesso à Justiça alcance a todos. Ponto de partida porque uma série de direitos, no campo individual, não seriam reclamados e ponto de chegada porque, no campo coletivo, eventuais direitos reclamados e obtidos eram realidade para poucos. O segundo elemento para se garantir a acessibilidade está relacionado com a escolha ou com a indicação das pessoas mais adequadas para a efetiva defesa de direitos porventura existentes(OLIVESKI, 2013, p. 80).

Os outros princípios, situados juntamente com o da acessibilidade, conforme Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000), autor que também indica a acessibilidade entre os preceitos vinculados ao acesso à justiça, são: operosidade, utilidade e proporcionalidade.

A operosidade corresponde à oportunidade de participação direta ou indireta na atividade judicial ou extrajudicial, havendo uma atuação produtiva e laboriosa. Para tanto, Carneiro (2000, p. 63) indica dois elementos fundamentais: atuação ética de todos os envolvidos na dinâmica judicial ou extrajudicial e, também, a utilização dos instrumentos e institutos processuais que permitam maior produtividade.

A utilidade significa a condição para o processo entregar ao titular do direito material aquilo que lhe cabe, fazendo-o de modo rápido e proveitoso (CARNEIRO, 2000, p.79).

Por fim, Carneiro (2000, p.95) sublinha o princípio da proporcionalidade como outro norteador do acesso à justiça, definindo-o pelo exercício realizado pelo julgador para a solução dos conflitos ao eleger os interesses, princípios e normas que prevalecem no conflito existente: “[...] em algumas oportunidades, o juiz tem de fazer uma escolha entre uma ou outra interpretação; em outras situações, a opção não se coloca mais no campo da simples interpretação, mas alcança a disputa entre duas normas, dois princípios que se encontram em conflito”.

Percebe-se, na verdade, pelas colocações de Carneiro (2000, p. 79), que o princípio da acessibilidade, enquanto norteador do acesso à justiça, corresponde a oportunizar e facilitar o acesso aos tribunais. E, ademais, que o princípio da utilidade é apresentado estreitamente vinculado à função jurisdicional, pois para o autor “[...] a jurisdição ideal seria aquela que pudesse, no momento mesmo da violação, conceder, a quem tem razão, o direito material”.

Todavia, o entendimento que vincula o acesso à justiça como equiparação de acesso ao Poder Judiciário, e que perdurou por largo tempo, vem sendo reiteradamente revisitado por diversos autores, percebendo-se uma evolução – ou transformação - nesta concepção, como adiante se expõe.

Entre os autores referenciais para o tema em questão, tem-se a obra clássica *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 4), na qual os autores detalham a transformação conceitual entorno ao assunto, expondo que, inicialmente, nos Estados Liberais dos séculos XVIII e XIX, a visão era que o “[...] direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”. De fato, frisam os autores, a existência de três ondas no movimento do acesso à justiça, as quais se iniciaram em 1965 e estão identificadas nos seguintes moldes: a primeira representada pela proposição da assistência judiciária aos hipossuficientes; a segunda relacionada à representação jurídica para os interesses difusos, tais como ambiental e consumidor e, a terceira, com o foco especial no acesso à justiça, visando combater os obstáculos de “[...] modo mais articulado e compreensivo” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

Deixa-se de detalhar a primeira e a segunda onda por não guardarem relação mais estreita com o objeto de estudo, privilegiando-se de forma mais objetiva a abordagem da terceira onda do acesso à justiça, vez que, segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 25), ela “[...] centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, sendo este o enfoque do tema que se pretende priorizar.

Nesse sentido, Suzana Pastore (2004) afirma haver duplo sentido para o acesso à justiça: particular e geral. No primeiro reside a percepção de alcançar o acesso à justiça “[...] pela oportunidade de alguém participar, em sua defesa própria, de um procedimento judicial”. No segundo enfoque, “[...] o acesso à justiça é dado pelas condições de existência objetiva da justiça, ou seja, as condições de participação no processo político, econômico e social”. Assim, afirma a autora:

[...] a acepção jurídica do termo “acesso à justiça” engloba um largo conteúdo: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo perpassa por aquela que enfoca o processo como instrumento para realização dos direitos individuais e aquela mais ampla,

relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico, mas, inclusive, proporcionar a realização da justiça aos indivíduos (PASTORE, 2004, p. 158).

Maria Tereza Sadek, ao perquirir sobre o tema do acesso à justiça com viés sociológico, compreende-o da seguinte maneira: “[...] significa a possibilidade de lançar mão de canais encarregados de reconhecer direitos, de procurar instituições voltadas para a solução pacífica de ameaças ou de impedimento a direito”. Ressalta a autora que as instituições componentes do sistema de justiça “representam o espaço garantidor da legalidade e, nesta medida, da possibilidade concreta de realização da igualdade” (2009, p. 175). Para mais, também frisa a autora que “[...] a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos”, pois, sem ele nenhum outro direito de concretiza (2009, p. 173).

Nessa linha, Cappeletti e Garth (1988, p. 28) destacam que o redimensionamento da compreensão do acesso à justiça “[...] exige nada menos que o estudo crítico e reforma de todo o aparelho judicial”. Para tanto, os autores indicam algumas possibilidades, entre elas, a reforma dos procedimentos judiciais em geral, a construção de mecanismos alternativos de solução dos conflitos, como o juízo arbitral e a conciliação, a instituição de procedimentos especiais para determinados tipos de causas, como, por exemplo, nos casos de conflitos de vizinhança e de consumidores, mudanças nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos¹¹ e, ainda, a simplificação do direito¹².

Percebe-se, desse modo, que a compreensão do acesso à justiça rompeu com a visão que o restringia à mera possibilidade de apresentar uma demanda ou defesa perante o Tribunal, ganhando relevo o desenvolvimento de mecanismos alternativos à solução dos conflitos, sendo este um trajeto que visa promover o acesso à justiça efetivo, mas também romper com o monopólio jurídico.

¹¹ Neste elemento de sugestão, Cappeletti e Garth enfocam alternativas para facilitar o acesso à profissionais prestadores de serviços jurídicos de qualidade, como, por exemplo, os parajurídicos, que são assistentes jurídicos com diversos graus de treinamento em Direito, exemplificando com a experiência alemã de um funcionário-juiz paraprofissional, que “tem papel importante no aconselhamento daqueles que necessitam preparar suas demandas judiciais”.(p. 52)

¹² Neste item, os autores grifam a complexidade para o entendimento do direito e, portanto, a necessidade da lei ser mais compreensível ao cidadão comum, igualmente também viabilizando de modo mais simples o acesso dos sujeitos aos seus direitos. Apresentam, desse modo, exemplos que ilustram tal simplificação do direito, como a exclusão da culpa para os casos de divórcio e, também, a dinâmica da responsabilidade civil objetiva. (p.55)

Segundo Joaquim Falcão (1996, pp. 275-276), a prestação jurisdicional está alicerçada em três monopólios: “[...] o do juiz de dizer a lei, do advogado de representar em juízo, e do Ministério Público de defender os interesses sociais individuais indisponíveis”, os quais têm sua origem na visão de especialização profissional, mas criam uma cultura jurídica influenciada por padrões corporativos. Em face destas ponderações, entre outras, o autor questiona sobre qual a melhor alternativa para solução destas questões:

Manter um monopólio profissional num poder enfraquecido, incapaz inclusive de implementar o ideal de Justiça que molda a especialização profissional e que todos desejam com sinceridade e patriotismo, ou formular uma nova parceria, não monopolista, base para um Poder Judiciário crescentemente poderoso, eficiente e democrático? (FALCÃO, 1996, p. 282)

A percepção atual do sistema de solução de conflitos brasileiro sinaliza a acolhida do posicionamento no sentido de quebra do mencionado monopólio, vez que são observadas algumas iniciativas, tal como adiante se detalhará, a Resolução nº125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (2010), na qual está prevista a adoção dos mecanismos extraprocessuais para solução de conflitos, no caso, mediação e conciliação, para as quais se dispensa advogado e, ainda, são realizadas por profissionais preparados para tal tarefa, mas não investidos na magistratura.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro deixou claro o propósito de, através de suas instituições, promover a solução dos conflitos, vez que neste diploma legal encontram-se diversas garantias para tal fim, bem como está assegurada a organização de instituições estatais para o desempenho de tal intento. Nesse sentido, podem ser destacadas algumas das diversas previsões constitucionais, entre elas, a de inafastabilidade do Poder Judiciário para solução dos conflitos (art. 5º, XXXV¹³), a vedação a juízo ou Tribunal de Exceção (art. 5º, XXXVII¹⁴), a vedação de medidas provisórias versando sobre temas como legislação processual, cidadania, organização do Poder Judiciário, entre outros (art. 62, §1º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”)¹⁵, a

¹³ Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; Art. 5º, XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

¹⁴ Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; Art. 5º, XXXVII “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

¹⁵ Art. 62, paráf. 1º: É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I – relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; b) direito penal,

independência financeira e administrativa do Poder Judiciário (art. 99¹⁶), o papel constitucional do Ministério Público, a quem incumbe defender a ordem jurídica e o regime democrático (art. 127¹⁷), a advocacia como atividade essencial à democracia, juntamente com a Defensoria Pública, a quem cabe a orientação e defesa dos necessitados (art. 134¹⁸).

Como se percebe dos dispositivos acima referidos, o acesso à justiça está consolidado no art. 5º, inciso XXXV, CF, merecendo destaque que a proposição constitucional é extremamente abrangente, pois assegura a inafastabilidade do Judiciário tanto para os casos de lesão, como de ameaça a direito. Portanto, percebe-se a preocupação do legislador constituinte em garantir aos sujeitos de direito a intervenção do Estado também de modo preventivo à consolidação de lesões, e não apenas quando concretizados os danos e houver necessidade de reparação.

Além disso, a Constituição Federal, com foco na ampliação do acesso à justiça, também estabeleceu a possibilidade de que, agindo em substituição processual, terceiros reivindicuem direito alheio nas hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, como as associações, sindicatos, entidades representativas etc. Nesse sentido, Cassio Scarpinella Bueno esclarece que:

[...] o acesso à justiça, tal qual delineado pela Constituição Federal, não se limita, como na tradição do direito brasileiro, a permitir que o indivíduo vá ao judiciário para pretender tutelar (proteger) direito seu. Também entidades associativas, representativas, institucionais, podem pleitear direitos de seus associados ou, de forma ainda mais ampla, direitos da coletividade em geral naquilo que vem sendo chamado de “direito processual coletivo”(2012, p. 142).

Percebe-se, pelo conjunto de previsões constantes na Carta Magna, a amplitude da garantia de acesso à justiça, seja pelo conteúdo relacionado à inafastabilidade do Poder Judiciário para a apreciação das lesões e das ameaças a direito, seja pela extensão dada pelos teóricos enquanto oportunidade de alcance à ordem jurídica justa.

processual penal e processual civil; c) organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; [...]

¹⁶ Art. 99. “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira”.

¹⁷ Art. 127. “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

¹⁸ Art. 134. “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5o , LXXIV.”

Como expõe Bruno Costa de Oliveira (2014, p. 188), a previsão constitucional do art. 5º, XXXV, é vislumbrada “[...] não apenas como uma *garantia de não exclusão de acesso do cidadão*, mas como um direito a *algo*”, ou seja, espera-se uma prestação da autoridade pública. Assim, resume Oliveira que o acesso à justiça é interpretado pelos processualistas com uma “[...] garantia voltada aos cidadãos de que o Estado disponibilizará um processo capaz de dar tratamento *efetivo* às crises jurídicas ocorridas na sociedade, pacificando esses conflitos por meio da concessão de uma tutela jurisdicional”.

Em que pese diversos autores tratem o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário como sinônimo de acesso à justiça, na verdade, salvo melhor juízo, definitivamente não pode ser assim percebido. A partir dos conceitos já esposados sobre acesso à justiça, situa-se este em um plano mais amplo, que abarca o princípio que veda a exclusão do Poder Judiciário para análise de lesão ou de ameaça a direito. Veja-se que o acesso à justiça pode abranger a garantia de provocar o Poder Judiciário, mas também assegura um processo justo, adequado e efetivo, e, ainda, a oportunidade de alcance de instituições aptas à solução de conflitos e, em consequência, que permitam o acesso aos direitos, o que não necessariamente se dará pela atuação do Poder Judiciário. Por conseguinte, a inafastabilidade do Poder Judiciário deve ser vislumbrada como uma garantia no sentido da vedação de normas que impeçam o acesso a tal órgão, mas sem restringir o acesso à justiça ao Poder Judiciário.

Esta compreensão de acesso à justiça de modo mais amplo, em relação à ordem jurídica justa, está estreitamente associada às transformações ocorridas na concepção e configuração do Estado, especialmente ao compreender sua estrutura enquanto Estado Social, relacionado aos valores e concepções vigentes conforme o lugar e a época. No Brasil, o esquema constitucional traçado, com todos os seus valores e princípios confirma tal questão.

Inequivocamente, tem o Poder Judiciário um expressivo peso no sistema estatal, sendo o princípio consagrado no art. 5º, XXXV, CF, de extrema relevância para ordem social, para o Estado de Direito, e a manutenção das instituições, mas inconfundível com a visão de acesso à justiça contemporânea, ou, pelo menos, não limitadora da compreensão que se deve ter de tão relevante tema.

Segundo Eduardo Lamy e Horácio Rodrigues (2010, p. 137), “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Por sua vez, se for percebido o Judiciário como componente de um sistema abrangente de acesso à justiça indiscutivelmente pode-se enquadrar a atividade jurisdicional também como um direito humano básico, conforme afirmam Lamy e Rodrigues.

Na verdade, a compreensão do acesso à justiça perpassa a identificação de sua “[...] carga ideológica, política, econômica e social”, conforme indica Walter Camejo Filho (2004, p. 43), para quem “a amplitude do acesso, portanto, dependerá sempre de uma prévia opção valorativa do Estado, podendo-se chegar a impasse como o vivenciado pelo atual momento político brasileiro”.

Corroborando tal entendimento se extrai da Constituição Federal algumas confirmações, pois se identifica neste diploma legal a responsabilidade do Judiciário de ativamente participar da consolidação dos direitos da cidadania e de protagonizar a efetivação de políticas públicas não concretizadas pelos órgãos do Estado competentes para tanto, sendo isto evidenciado pelo fenômeno de judicialização. Expressa tal fenômeno a estatística da judicialização, quando se identifica que até 1988 chegavam 350 mil novos processos por ano ao Judiciário e, nos dias atuais tem-se o assombroso número de 100 milhões (PACHÁ, 2015).

Este dado acompanha outro, igualmente alarmante, qual seja, conforme denominação de Rodolfo de Camargo Mancuso (MANCUSO, 2015, p. 348), “[...] crise de efetividade dos comandos judiciais”, pois, segundo boletim do CNJ de 2009, na fase executiva dos processos alcança-se 89,8% de congestionamento processual. Assim, afirma o autor:

Os direitos reconhecidos na Justiça, ao fim e ao cabo de prolongado processo, ainda têm que enfrentar, na fase jurissatisfativa, novas resistências por parte dos obrigados (embargos, impugnações diversas), fazendo com que se reduza expressivamente a vantagem ou a utilidade que os titulares daqueles direitos esperavam usufruir (MANCUSO, 2015, p. 348).

Tais números, sem dúvida, sinalizam a dimensão do problema enfrentado pelo Estado Brasileiro para solucionar os conflitos e efetivar os direitos pleiteados. Com tais dados, vislumbra-se claramente a incapacidade do Estado em realizar o papel de pacificar a sociedade apenas com o uso do sistema

jurisdicional, até algum tempo compreendido como único mecanismo de acesso à justiça.

Este último dado apresentado merece destaque por sinalizar a inoperância da reforma processual pertinente à execução, a qual foi concretizada pela Lei 11.232¹⁹, de 2005, transformando a execução de sentença - enquanto procedimento autônomo - em cumprimento de sentença, sendo desenvolvida nos mesmos autos do processo de conhecimento, e, portanto, dispensando algumas exigências formais, sendo, em síntese, efetivada com o escopo de “resolver” as execuções de sentença incapazes de satisfazer o credor.

Como forma compensatória a tal ineficiência, ao longo dos tempos surgiram outras propostas e instrumentos de pacificação social, algumas se valendo do Poder Judiciário, com a criação de novas estruturas, mas também se utilizando do direito processual civil, sob novo formato. Tratam-se dos Juizados Especiais Cíveis (Lei 9.099/95)²⁰, Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/01)²¹ e Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei 12.153/09)²² que propõem processos dotados de celeridade, de informalidade e de simplicidade para solucionar as demandas apresentadas. Nas normas que disciplinam o procedimento nos Juizados identifica-se a política pública adotada pelo Estado Brasileiro de facilitação e simplificação dos processos nestes casos. A facilitação é constatada na medida em que é dispensado o pagamento de custas processuais para instaurar um processo nos Juizados, e isto independentemente das condições socioeconômicas do autor e, ademais, também possível demandar – observados determinados requisitos - sem advogado. No que tange à simplificação do procedimento, também é perceptível pela dinâmica adotada nas audiências e restrição ao cabimento de recursos, por exemplo.

¹⁹ BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm.

²⁰ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm

²¹ BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm

²² BRASIL. Lei 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm

Irrefutavelmente, os Juizados Especiais são resultado de um avanço na política estatal, seja pela potencialidade de aproximação do Poder Judiciário da sociedade, por exemplo, com a dispensa de pagamento de custas processuais, seja, ainda, pela adoção de uma dinâmica processual menos complexa, regida pela simplicidade e oralidade e, também, pela busca da conciliação, rompendo, desse modo, com o formalismo até então presente de modo tão arraigado. Em estudo realizado por Erik Macedo Marques (2006, p. 74) sobre os Juizados Especiais em São Paulo, conclui-se que tal reforma “[...] decididamente trouxe nova luz sobre as exigências rígidas e formais do sistema jurídico”. Ademais, destaca Marques que “[...] a informalidade e a oralidade, a busca constante da conciliação entre as partes, indicam não apenas uma mudança dos procedimentos, mas uma mudança das próprias concepções sobre o que é a aplicação do direito”.

De outra banda, identifica-se a investigação de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000, p. 159), no qual há referência a dados socioeconômicos do público do Juizado da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, que engloba a Favela da Mangueira, indicando que apenas 13% do público frequentador daquele Juizado recebe até três salários mínimos. Diante disso, percebe-se ser fundamental para a efetiva ampliação do acesso aos Tribunais não apenas medidas legislativas, mas instrumentos de informação à população economicamente desfavorecida, desmistificando o alcance ao Poder Judiciário e realizando o princípio da acessibilidade, cujo conceito já foi exposto. Carneiro (2000, p. 227), nessa linha, destaca que o sistema dos Juizados Especiais carece de assistência judiciária adequadamente estruturada, bem como de informação jurídica à população em geral.

A problemática da deficiência de informação à sociedade é também indicada por José Renato Nalini (1994, p. 101) como elemento merecedor de esforços, defendendo que a divulgação do Judiciário, acerca de sua tarefa institucional, amplia o acesso à justiça, “[...] pois esclarece o destinatário e o habilita a melhor direcionar o seu pleito”.

Nesta perspectiva, identifica-se o forte elo entre acesso à justiça, processo civil e justiça-social, como assinalam Lamy e Rodrigues (2010, p. 137):

O acesso à justiça é o ‘tema-ponte’ a interligar o processo civil com a justiça-social, objetivo maior do Estado contemporâneo. O acesso à justiça deve ser visto, desse modo, como princípio norteador desse Estado. Para isso, o direito processual deve buscar a superação das

desigualdades que impedem o acesso, bem como a participação por meio do próprio processo na gestão do Estado e na concretização da democracia e da justiça social, e a jurisdição deve ser capaz de realizar, de forma efetiva, todos os seus objetivos.

Percebe-se, iniludivelmente, que a criação do sistema dos Juizados Especiais representa o rompimento de paradigmas, sendo sua simplicidade um dos caminhos para a concretização da justiça social.

Considerando esta estreita relação entre acesso à justiça e realização da justiça social, identifica-se, ainda, entre outras medidas tomadas para agilizar a solução de litígios, mas com o escopo maior de agir em prol do Poder Judiciário, a criação do Conselho Nacional de Justiça. Trata-se de inovação inserida pela Emenda Constitucional nº 45²³, de 2004, nos moldes do art. 92, CF, tendo, entre suas funções, a tarefa de zelar pela autonomia do Judiciário, mas também o papel fiscalizatório, competindo-lhe receber reclamações e denúncias contra membros do Poder Judiciário e de seus órgãos auxiliares, nos termos do art. 103, §7º, CF. Em que pese o alarme inicial que a proposta de criação deste órgão gerou, pelo temor de ofensa à independência do Judiciário, reconhece-se, passada uma década desde sua instalação, a relevante colaboração para melhoria da qualidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário, focando na modernização e eficiência do referido órgão, identificando, por dados estatísticos organizados, as precariedades e deficiências, viabilizando, deste modo, o aprimoramento da prestação jurisdicional, que ainda tem o um largo caminho a trilhar.

Em trabalho organizado pelos juristas Rui Stocco e Janaína Penalva, compilando textos analíticos sobre uma década do CNJ, Antônio de Pádua Ribeiro (2015, p. 77) afirma que tal órgão “[...] veio para construir e não para destruir, para congregar e não desagregar, para unir e não desunir, enfim, para convocar a colaborar, na medida das suas forças, todos aqueles que possam contribuir para a edificação de um judiciário melhor”.

Em atenção ao seu papel institucional, em 2010, o CNJ editou a Resolução nº 125²⁴, a qual, a partir de uma série de preocupações, entre elas, o

²³ BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

²⁴ BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

reconhecimento da necessidade de “[...] consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios” e, ainda, a percepção de que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, visando, assim, assegurar o direito à solução dos conflitos por meios adequados, e, ademais, buscando a redução de estatísticas de judicialização.

Com isso, então, nos termos do art. 7º da Resolução nº 125, os Tribunais foram incumbidos da criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, visando, desse modo, instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Estes, por sua vez, ainda que organizados pelo próprio Judiciário, dispõem-se a resolver litígios por meios extraprocessuais, como a conciliação e a mediação. Tem-se a infraestrutura do Judiciário, servindo tanto aos Cartórios Judiciais na busca da composição de processos, como também para resolver pleitos ali apresentados sem prévia judicialização, atentando à dinâmica informal e simples, dispensando uma série de requisitos procedimentais observados nos processos (e inclusive nos Juizados Especiais) e que, por consequência, demandam significativo lapso temporal.

Observa-se, portanto, uma nova concepção de acesso à justiça, pela qual, “[...] o Estado compromete-se a resolver conflitos por meio de diversos sistemas de resolução de conflitos e não exclusivamente pela via dos tribunais” (SILVA, 2014, p. 17). Tal dinâmica, inequivocamente, representa o reconhecimento, pelo Estado, de sua incapacidade para solucionar os conflitos pelo mecanismo tradicional: o processo. Ademais, também sinaliza a percepção sobre a relevância de um Estado pró-ativo que, ao reconhecer as deficiências no desempenho de tarefas inerentes - como a atividade jurisdicional -, busca alternativas para promover o bem-estar social, no caso, solucionando atritos.

Sem dúvida, a proposição do CNJ, instituindo uma política nacional de conciliação é ir além da mera redução estatística dos dados de judicialização, pois visa, também, promover mudanças na cultura jurídica do País (PACHÁ, 2015). Tanto é assim, que tal proposição vem acompanhada de debates em outras esferas, como no campo da educação jurídica, onde se deve buscar uma transformação da cultura jurídica de conflitos e de estímulo à judicialização, fortalecendo a capacidade de promover a prevenção e solução de conflitos pelos

meios de alternativos. Esta é, inclusive, uma exigência para os cursos de Direito no Brasil, que apresentam em seus programas curriculares propostas para o ensino jurídico atento a tal dinâmica.

Conforme expõe Marcelo Malízia Cabral (2014, p. 25), “[...] o novo conceito de acesso à justiça valoriza e fomenta a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, comunitários e/ou estatais, tais como a conciliação, a mediação e a arbitragem”. Nesse sentido, no Brasil vem se trabalhando, desenvolvendo e investindo nestas dinâmicas, como se demonstra pelas iniciativas já referidas, todavia, não se pode parar.

Incontestavelmente precisa-se compreender o acesso à justiça para além de mero alcance aos tribunais ou a mecanismos alternativos de solução dos conflitos. É fundamental, independentemente da via alcançada pelo sujeito, que, em qualquer delas, haja o alcance efetivo e concreto dos direitos, tendo-se a equivalência entre os direitos formalmente garantidos no plano normativo e a realidade social. Impõe-se desconstituir a visão equivocada que equipara acesso à justiça ao acesso aos tribunais. Além disso, descabe vincular a ampliação do acesso à justiça à necessidade de reformas legislativas, pois estas, se desacompanhadas de uma nova visão e interpretação pelos operadores do direito, não resultam efetivas.

Em que pese os propalados mecanismos alternativos de solução dos conflitos sejam de alcance facilitado, comparativamente ao burocrático e custoso meio processual, a utilização deles não serve para concluir pela concretude do acesso à justiça, pois fundamental é ter-se do aparato estatal o alcance real do direito por seu titular.

Mais do que isso, deve-se também interpretar o acesso à justiça como “[...] acesso à tutela jurisdicional de uma norma justa”, conforme expõe Ricardo Castilho (2006, p. 13), pois “[...] se não for justa a ordem jurídica – ou seja, se não respeitar os direitos fundamentais do homem nem se coadunar com as exigências sociais -, não há porque lutar por um acesso à Justiça efetivo” (2006, p.15).

Segundo Kazuo Watanabe (2014, p. 26), quando se menciona o acesso à justiça enquanto norma assegurada em nível constitucional, tem-se o princípio da adequação, segundo o qual “[...] não se assegura apenas o acesso ao Poder

Judiciário, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada dos conflitos”.

E, a solução adequada pode se dar tanto pela via processual, como pela autocompositiva, desde que se tenham sistemas adequados e capazes de assegurarem o desenlace do conflito, pois, segundo Mauro Cappelletti, nos procedimentos conciliatórios é difícil “[...] determinar os padrões e garantias mínimos a serem mantidos nessas espécies”. Mais do que isso, destaca Cappelletti (1994, p. 86), sobre o uso de tribunais alternativos:

O risco, obviamente, é o de que a alternativa só proporcione uma justiça de segunda classe, porque é quase inevitável que falte aos julgadores nos tribunais alternativos, pelo menos em parte, as salvaguardas de independência e treino de que dispõem os Juízes ordinários. E aos próprios procedimentos poderiam faltar, pelo menos em parte, as garantias formais de equidade processual que são típicas do procedimento ordinário [...].

Em que pese tais problematizações, Cappelletti destaca ser fundamental avaliar as necessidades para que, a partir daí, extraiam-se os remédios legais que correspondam aos problemas e às aspirações contemporâneas da sociedade civil, sublinhando que “[...] entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiadamente caros, lentos e inacessíveis ao povo”. Disso, então, grifa o autor “[...] o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente” (CAPPELLETTI, 1994, p. 94).

Também adequada para a reflexão a ponderação de Janaína Penalva (2015, p. 175) sobre o enfoque nos mecanismos alternativos de solução dos conflitos:

O problema do acesso à justiça no Brasil é o problema da baixa efetividade dos direitos e isso não pode ser resumido na ideia de que as disfuncionalidades do sistema são causadas pelo número excessivo de ações judiciais que, por sua vez, são frutos da cultura da litigiosidade.

Combater a cultura do litígio é a razão errada para se apoiar a cultura da conciliação. Soluções autocompositivas não são melhores em si mesmas. São melhores apenas se forem instrumento efetivo de garantia de justiça no caso concreto.

Percebe-se, por conseguinte, a extensão da expressão “acesso à justiça” para além do mero acesso aos tribunais, pois alcançar o Poder Judiciário, ou mesmo ter acesso aos mecanismos alternativos de solução dos conflitos, não

significa o efetivo alcance da justiça. Tanto assim que, conforme José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 39), da garantia de acesso aos tribunais “[...] deduz-se, sem dúvida, a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”.

Igualmente Kazuo Watanabe (1988, p. 128) destaca que “[...] não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”. No entanto, para o alcance de fins tão ambiciosos, o autor esclarece a necessidade de adoção de nova *postura mental*, pois “[...] o direito vem sendo utilizado como instrumento de governo para a realização de metas e projetos econômicos. A ética que predomina é da eficiência técnica, e não da equidade e do bem-estar da coletividade”.

Contudo, ao se defender a admissão à justiça como acesso à ordem jurídica justa, cabe questionar: no que exatamente reside tal afirmativa? Segundo Leslie Sherida Ferraz (2015, p. 356), a expressão *acesso à Justiça* está dotada de profunda polivalência semântica, devendo ser compreendida não apenas como afluência aos Tribunais, mas também em outras arenas. Se compreendida tão complexa expressão neste sentido, seguramente não se vivenciaria o dilema da sobrecarga do Poder Judiciário, pois estaria interiorizada na cultura dos sujeitos de direito a viabilidade de adequada solução de conflitos nos campos apropriados, como a própria esfera administrativa dos litigantes, em especial do Poder Público.

Watanabe (1988, p. 132) sublinha que a disseminação de promessas de direitos sociais, como habitação, emprego, reforma agrária, direito de vida e saúde geram expectativas e ansiedades e a não concretização dos mesmos os enfraquece, mas também gera o encaminhamento ao Poder Judiciário, no qual se vislumbra ser o Estado o “[...] litigante mais frequente nos foros do País”. Acentua-se que, se houvesse a adequada oportunidade de acesso à ordem jurídica justa nos diversos campos da sociedade, como mencionado no parágrafo anterior, e, em especial, na esfera executiva do Poder Público, não se vivenciaria o dilema da sobrecarga do Poder Judiciário, visto como última instância capaz de viabilizar o alcance das pretensões.

Desse modo, não se pode descuidar da responsabilidade de todos os poderes que compõem o Estado brasileiro, pois, conforme Emílio Borges e Silva (2012, p. 55):

A base política do modelo estatal brasileiro lastreia-se no respeito e promoção dos direitos fundamentais, notadamente os sociais, de maneira que todas as esferas de poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, possuem o compromisso com a concretização destes direitos.

Diante de tal responsabilidade, reforça-se a lição de Leslie Sherida Ferraz, antes citada, no sentido de que o acesso à ordem jurídica justa pode/deve se dar em todas as esferas, e não apenas no âmbito do Judiciário, e tampouco nas esferas alternativas de solução de conflitos, pois, em face do amplo campo de responsabilidades, é incumbência de todos promover o alcance dos direitos, em especial, os ditos fundamentais e, em consequência, viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

No entanto, em que pese tais ponderações, não se pode desconsiderar alguns outros elementos que vêm contribuindo para sobrecarga do Judiciário, especialmente no que diz respeito a pedidos relacionados à efetivação de direitos fundamentais.

A litigiosidade crescente também está associada à complexidade da sociedade moderna, inclusive no campo econômico, e, ainda, “[...] a incrível velocidade em que se processam as transformações sociais no mundo contemporâneo, cuja percepção foge até mesmo ao segmento mais instruído da sociedade”. Tais fatores, segundo Watanabe (1988, p. 132) geram algumas consequências importantes:

a) Incremento assustador de conflitos de interesses, muitos dos quais de configuração coletiva pela afetação, a um só tempo, da esfera de interesses de um grande número de pessoas, b) impossibilidade de conhecimento da existência de um direito, mormente por parte da camada mais humilde da população e c) impossibilidade de avaliação crítica do sistema jurídico do País, somente factível através de *pesquisa permanente* feita por especialistas de várias áreas e orientada à aferição da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica a que se destina.

Diante de tais problemas envolventes do acesso à justiça, relatados em 1988 por Watanabe, mas ainda nos dias hoje persistentes, destaca o autor que para promover o acesso à ordem jurídica justa são fundamentais quatro diretrizes:

1)O direito à *informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente* a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do País; 2) *direito de*

acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direito; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características(WATANABE,1988, p. 135).

Tem-se, desse modo, três aspectos centrais para o acesso à ordem jurídica justa, quais sejam: o pleno conhecimento da sociedade quanto aos seus direitos, de modo a buscarem efetivá-los, juízes inseridos na realidade social com uma visão multidisciplinar dos conflitos, atentando para os aspectos socioeconômicos que – inevitavelmente – ensejam as lides e impõem a aplicação do Direito e, ademais, normas e mecanismos processuais que permitam executar os princípios e diretrizes constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a duração razoável do processo, entre outros.

Sabidamente, no que diz respeito à apropriação pela sociedade acerca de suas prerrogativas fundamentais, a Constituição Federal, desde a sua promulgação, diante da extensa gama de direitos assegurados, juntamente com o fortalecimento de instituições como Ministério Público e Defensoria Pública, é responsável pela consolidação da cidadania, que – irrefutavelmente – é um dos elementos fundamentais para o acesso à ordem jurídica justa. Como grifam Eduardo Lamy e Horácio Wanderlei Rodrigues (2010, p.137), “[...] o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Quanto à inserção de juízes na realidade social, têm-se diversas dinâmicas e projetos construídos pelo Poder Judiciário que visam à aproximação dos magistrados da sociedade, entre eles, por exemplo, a simplificação da linguagem utilizada nas decisões e manifestações.

No que diz respeito aos instrumentos processuais como elementos fundamentais e essenciais para promoção do acesso à justiça, colhe-se a seguinte expressiva lição de Candido Rangel Dinamarco (2006, p.15):

Não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo, [...] não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando

injusta. Para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas.

A partir da percepção posta por Dinamarco, no sentido de ser *indispensável aprimorar internamente a ordem processual* para promover o acesso à justiça, percebe-se ser o direito processual um relevante instrumento para efetivação das políticas públicas de acesso à justiça, o qual se firma como um direito fundamental, sedimentado na Carta Constitucional, e, por conseguinte, exigente de mecanismos capazes de concretizá-lo, como o direito processual.

Conforme lecionam Cappeletti e Garth (1988, p. 5):

Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais, que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

No campo do direito processual, tem-se o direito de ação, enquanto direito subjetivo à prestação jurisdicional, e enquadrado como um direito cívico, conforme enfatiza Pietro Virga (1988, p. 152), pois “a esses direitos dos cidadãos correspondem obrigações de prestação por parte dos órgãos estatais”. É o direito de ação elemento desencadeador da atividade jurisdicional, na medida em que temos o princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual, a função estatal de solucionar conflitos depende da provocação das partes. Por conseguinte, não há esta atividade sem ter-se, antes de tudo, a prática do direito de ação, pelo qual se exige o desenvolvimento do papel estatal da jurisdição e - em tese - alcança-se a solução dos litígios. Mais do que isso, está o direito de ação localizado no *status* de direito fundamental, nos termos fixados na Carta Magna, art. 5º, XXXV: “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No direito de ação localiza-se uma dupla função. A primeira, representada pela busca do direito ameaçado ou lesado, almejando-se pelo resultado da atividade jurisdicional a satisfação pessoal do autor, mas, por outro lado, também representativo do interesse do sujeito em obter do Estado o desenvolvimento do seu papel pacificador. Nessa linha, expõe Elival Ramos (1988, p. 160) que há o “[...] interesse genérico do cidadão no exercício das

funções públicas para o bem-comum”. Por tais aspectos, então, indaga-se sobre o papel político do direito de ação, ou seja, se este também representa um “[...] direito de participação no poder” (1988, p. 160).

Conforme Ramos (1988, p. 160), para “[...] a coexistência de um direito político e de um direito de ação é preciso que este último signifique participação no poder, ou seja, na função exercida pelo Poder Judiciário”. Contudo, esclarece o autor que tal participação não precisa ser direta, bastando sua ocorrência de forma indireta, ao haver a provocação do exercício da função pública. Porém, não se pode desconsiderar que a demanda apresentada em face da jurisdição, especialmente quando se dá para a busca da satisfação de direitos sociais, como, no caso, o direito à saúde é representativa da participação no poder, vez que se requer, pela intervenção do Judiciário, a concretização de políticas públicas de fornecimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos, entre outros tratamentos.

Desta forma, então, tem-se o direito de ação dotado de relevante papel político, pelo qual, iniludivelmente, temos a provocação do Poder Judiciário pelo cidadão para o desenvolvimento da tarefa de pacificação social em face do próprio Estado, que descumpre, por exemplo, o dever de prestar assistência integral à saúde.

Nestas provocações do Judiciário identifica-se a duplicidade de interferência do sujeito no desempenho das funções públicas e, com efeito, no poder desenvolvido por estas. Observa-se que há a provocação do Estado para que, pela atividade jurisdicional, reconheça o direito fundamental à saúde e imponha, ao próprio Estado, o cumprimento de tal dever, com a consequente efetivação do direito fundamental. Tal episódio ocasiona o propalado fenômeno da judicialização da política.

Segundo Ramos (1988, p. 165), na hipótese da ação popular tem-se um “[...] autêntico direito político de ação” [...], pois há o controle do Poder Público pelo Poder Judiciário. Nas demandas que versam sobre direito à saúde, há, igualmente, configuração do direito de ação como direito político, pois nelas determina o Judiciário o fornecimento de medicamentos, realização de tratamentos e de procedimentos cirúrgicos, ocorrendo nítida interferência na política pública de saúde a partir da provocação dos cidadãos, que estão – incontestavelmente – dotados de poder, entendendo-se este como nascente da

“[...] capacidade humana de agir ou de fazer algo, associando-se com outros e entendendo-se com eles” (LEAL, 2006, p. 20). No que tange a tais aspectos, na verdade, deverão ser desenvolvidos de forma aprofundada, objetivando-se apenas frisar – neste momento – as relações do acesso à justiça com o papel político do direito de ação.

Ainda em relação às dificuldades para o acesso à justiça, Eduardo Lamy e Horácio Rodrigues (2010, pp.137-152) explicitam a existência de diversos elementos – jurídicos e não jurídicos – que dificultam a realização do acesso. Entre os não jurídicos, identificam os citados autores os seguintes pontos: pobreza, ausência de informação e fatores simbólicos. Já na condição de entraves jurídicos, apontam os autores: limitação na legitimidade para agir, necessidade de advogado, duração dos processos, formalismo processual, estrutura e funcionamento do Poder Judiciário, inexistência ou ilegitimidade do direito material, ausência de assistência jurídica preventiva e extrajudicial e criação de direito material sem o correspondente instrumental processual.

Observa-se que entre os elementos não jurídicos que contribuem para as dificuldades de acesso à justiça tem-se, merecendo o devido destaque, a pobreza e a ausência de informação. Para a pobreza situa-se como entrave o elevado custo processual e, mesmo quando assegurada a assistência jurídica integral aos necessitados, nos moldes previstos no art. 5º, inciso LXXIV, CF, as dificuldades econômicas dificultam o efetivo acesso à ordem jurídica justa, tudo em decorrência da desigualdade, do abismo potencialmente existente entre as partes de condições socioeconômicas distintas. Para tanto, frente a tal cenário, deve dispor o direito processual de mecanismos de minimização – ou até mesmo eliminação – das desigualdades, promovendo um processo justo e adequado, no qual seja viabilizado o equilíbrio entre as partes. Evidentemente, ao referir-se a condição do processo civil como instrumento para o alcance de tal finalidade, há que se considerar que não se acredita ser o processo civil suficiente para, de forma isolada, alcançar tal escopo. Na verdade, reconhece-se que o processo pode ser uma ferramenta auxiliar para tanto, mas depende das inúmeras instituições estatais para o alcance de seus fins.

Contudo, para a igualdade necessária, pressupõe-se o acesso à informação, o conhecimento de seus direitos, sendo proposto por Lamy e Rodrigues (2010, p. 140), no contexto em tela, a presença de três elementos a serem considerados:[...]

“(a) sistema educacional; (b) os meios de comunicação; e (c) a quase inexistência de instituições responsáveis pela prestação da orientação para os direitos (assistência jurídica preventiva e extrajudicial)”. Em relação ao sistema educacional, frisam os mencionados autores que é importante instrumento para identificação e divulgação de direitos e dos instrumentos adequados para sua defesa e, com isso, a concretização de uma formação cidadã. No que tange aos meios de comunicação, a televisão é importante veículo para o acesso à informação, podendo servir para o desempenho das funções educativas de promoção do conhecimento dos direitos. E, ainda, quanto à insuficiência das instituições oficiais para assistência jurídica preventiva e extrajudicial, são elemento base desse esquema, pois, o conhecimento dos direitos sem a correspondente instituição que os viabilize, não promoverá o acesso à justiça (LAMY E RODRIGUES, 2010, p. 143).

Relativamente aos entraves jurídicos expostos pelos autores em comento, destaca-se a excessiva exigência no cumprimento das formas processuais como elemento central na temática, pois ele emperra o processo e traz expressivas dificuldades para o alcance de seus fins institucionais. Conforme Sálvio de Figueiredo Teixeira (2010, p. 149):

[...] somente procedimentos rápidos e eficazes têm o condão de realizar o verdadeiro escopo do processo. Daí a imprescindibilidade de um novo processo: ágil, seguro e moderno, sem as amarras fetichistas do passado e do presente, apto a servir de instrumento à realização da justiça, à defesa da cidadania, a viabilizar a convivência humana e a própria arte de viver.

Percebe-se, nas afirmativas de Sálvio Teixeira, o entendimento de que um processo simples, que permita agilidade, terá aptidão para realizar a justiça. Não há dúvidas de que a presença de tais características em um processo, conjuntamente com outros fatores e aspectos, são capazes de contribuir para a efetivação processual. Segundo Walter Camejo Filho (2004, p. 44), “[...] o processo deve ser humano, democrático e eficiente”, mas isto não corresponde à possibilidade de alcance do processo por todos, porém, que deve apresentar-se como “[...] instrumento adequado para a efetiva realização do Direito, pacificando os conflitos sociais de maneira justa – permeada pelas garantias da paridade de armas, da ampla defesa e da imparcialidade”.

O sistema brasileiro vem buscando, por sucessivas reformas e modificações legais, viabilizar um processo que pacifique e satisfaça direitos eficazmente. O sistema dos Juizados Especiais Cíveis, criado pela Lei 9.099/95²⁵, apresentou-se com tal propósito, vez que norteado pelos princípios da celeridade, simplicidade, oralidade, informalidade e economia processual, porém, cabe questionar: até que ponto este sistema vem sendo capaz de atender de forma efetiva a demanda que lhe é apresentada? Mais do que isso, em que pese a facilidade de acesso a tal sistema pela dispensa de advogado nas causas de até 20 salários mínimos, tal dinâmica tem sido eficaz na entrega da prestação jurisdicional? A restrição aos recursos cabíveis nestes casos, torna satisfatória a prestação jurisdicional? Estas são apenas algumas das inquietações que se deve ter, não se propondo o presente texto a respondê-las, por não ser objeto do estudo, mas somente marcar uma situação real.

De outra banda, no estudo de Erik Macedo Marques (2006, p. 84), sobre os Juizados Especiais em São Paulo, entre suas conclusões, encontra-se a afirmativa de que a informalidade do sistema dos juizados permite a adaptabilidade do sistema às necessidades e demandas da região onde o mesmo está localizado, bem como às circunstâncias temporais, como, por exemplo, problemas com assinatura telefônica. Disso, então, pode-se extrair a importante condição dos Juizados como instrumento de realização da justiça quando são capazes de adequarem-se às necessidades da comunidade em que situados.

A partir da percepção de Marques, destaca-se a previsão constante no Código de Processo Civil de 2015, no qual está assegurada a possibilidade do “negócio processual”, o qual autoriza aos sujeitos do processo adaptar o procedimento às suas necessidades e condições. Nesse sentido os artigos 190 e 191 do CPC/2015:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em

²⁵ BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm

contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

Tal previsão visa romper com o formalismo processual, permitindo a flexibilização dos procedimentos de modo atento às necessidades do caso concreto e dos sujeitos diretamente interessados na solução da demanda, sendo, de certo modo, reflexo da percepção do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, a qual, por conseguinte, deve estar representada pela atenção às necessidades dos sujeitos no processo.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2004, p. 12), ao comentar sobre o direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário, frisa que “[...] não basta abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos”. Frisa o autor, também, que o processo, sob o prisma constitucional, deve afastar-se das construções conceituais e técnicas, observando a realidade política e social. Pertinente esclarecer que Oliveira de forma alguma defende a desconsideração das exigências formais do processo, pois estas conferem segurança, mas pugna pela necessidade da eficiência processual, defendendo, para tanto, a adequação da forma às circunstâncias reais. Assim, conclui Oliveira (2004, p. 15):

[...] pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça.

O mérito está em conciliar a segurança jurídica que o formalismo traz ao sistema processual, mas sem descuidar da efetividade que permita a realização da justiça.

Em face das ponderações apresentadas, pode-se situar a questão do acesso à justiça, para fins organizacionais e de enfoque para o presente trabalho, nos termos a seguir apresentados.

Primeiramente, é fundamental a compreensão clara e nítida de que acesso à justiça difere do acesso aos Tribunais, ou melhor, trata-se de instituto muito mais amplo e abrangente do que o mero alcance e oportunidade de provocar o Poder Judiciário.

Evidente que viabilizar aos cidadãos as condições para a apresentação de demandas perante o Poder Judiciário é um dos instrumentos de acesso à justiça, porém, apenas tal oportunidade, desacompanhada de um processo adequado, um resultado capaz de por fim ao litígio com celeridade, atendendo, desta forma, aos fins jurisdicionais de pacificação social, estará longe de caracterizar-se como acesso à ordem jurídica justa. Não se pode descuidar, ainda, que inúmeras vezes o litígio a ser solucionado pela atividade jurisdicional é muito mais do que um conflito jurídico, uma vez que estão envoltos diversos elementos de cunho social, econômico e, até mesmo, afetivo e psicológico, que deveriam ser ponderados no desempenho da função judicial, pois, em variados momentos, o jurisdicionado busca a oportunidade de manifestar-se, isto é, de ser ouvido.

Em que pese tenha-se a atividade jurisdicional, enquanto monopólio do Estado, ainda nos dias atuais, percebida como principal instrumento para solução dos conflitos, pois, equivocadamente, a sociedade identifica na figura do juiz o “[...] sujeito apto a resolver todos os problemas”, a jurisdição não pode mais ser identificada como a única instância para tal fim.

Os movimentos de acesso à justiça contribuíram para a compreensão de que o acesso à justiça deve ser compreendido como o acesso à ordem jurídica justa, e que tal oportunidade não se situa exclusivamente na jurisdição, em que pese culturalmente esta seja identificada como o principal canal.

Desse modo, ao verificar-se na Carta Magna pátria a previsão da inafastabilidade do Poder Judiciário entre os direitos fundamentais, está se restringindo a atividade legislativa que pretenda, com instrumentos normativos, impor obstáculos ou restrições de alcance à atividade jurisdicional.

Também se mostra como pertinente, conforme Nelson Nery Junior, compreender o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional como princípio do direito de ação, estando nele assegurado, além do “direito ao processo justo”, a prerrogativa de “[...] obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*”, pois “não é suficiente o direito à tutela jurisdicional” (NERY JÚNIOR, 2010, p. 175).

Não obstante, não se pode compreender o referido teor constitucional como expressão do acesso à justiça, tudo em face da amplitude e abrangência deste, nos termos já explicitados. Não se está afirmando que a Constituição Federal não garanta o acesso à justiça, mas apenas esclarecendo que o art. 5º, inciso XXXV, da CF, assegura apenas um dos vieses do acesso à justiça, que é a oportunidade de provocar a atividade jurisdicional e dela obter concretamente a pacificação do litígio de forma adequada e satisfatória.

Com tal afirmativa, torna-se pertinente e prudente questionar: se o acesso à justiça não está expresso no art. 5º, inciso XXXV, CF, onde a Carta Magna o assegura?

Expressamente não se localiza um dispositivo legal que garanta o acesso à justiça, mas o mesmo está contemplado no preâmbulo da Constituição Federal quando se tem a condição de um Estado Democrático de Direito destinado a promover e assegurar direitos sociais, bem-estar, igualdade e justiça como valores supremos e, ainda, o foco em uma sociedade fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias. Além disso, também quando se tem entre os fundamentos deste Estado a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III), as quais acompanham o entendimento contemporâneo de acesso à justiça como concretização qualificada de direitos, ou seja, de forma adequada, célere e eficaz.

Como já anunciado, reformas processuais objetivando dar-lhe eficácia foram e são permanentemente concretizadas, entre elas, uma das questões nucleares dessa pesquisa, qual seja a tramitação preferencial aos idosos e portadores de doença grave, inserida no ordenamento processual (CPC/73) pela Lei 12.008, de 2009, fazendo constar no art. 1221-A, CPC/73, agora mais recentemente assegurada no art. 1048, CPC/2015. Todavia, são medidas dessa natureza, justificadas demagogicamente como indispensáveis para corrigir ou minimizar o problema da morosidade judicial, que oportunizarão a correção desse dramático obstáculo para a realização do acesso à justiça?

Antecipando-se, desde já, os achados de pesquisa, vislumbrou-se, na realidade investigativa, a absoluta imprestabilidade da referida norma, como se detalhará no capítulo relacionado à duração razoável do processo, a partir do que se sinaliza as adversidades do Estado como um dos elementos imbricados nesta seara, em especial a crise ideológica e filosófica do Estado. A primeira, conforme

explicita José Luiz Bolzan de Moraes (2011, pp. 34-35), destacada pelo embate entre “[...] a democratização do acesso ao espaço público da política, oportunizando que, pela inclusão e participação ampliada, tenha-se um aumento significativo de demandas e, para além, tenha-se, também, a complexificação das pretensões sociais”. Porém, tal transformação vem acompanhada da “[...] burocratização das fórmulas”, percebendo-se decisões técnico-burocráticas por aqueles que devem responder à demanda política. Assim, “[...] põe-se em contradição a democracia – como fórmula política – e a burocracia – como arranjo funcional”. Já a crise filosófica do Estado, segundo Bolzan de Moraes:

[...] atinge exatamente os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social. Aponta para a desagregação da base do Estado Social, calcada esta no seu fundamento a *solidariedade*, impondo um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos direitos sociais ou sua construção insuficiente, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas característicos desse modelo de Estado (MORAIS, 2011, p.36).

A crise do Estado, no entanto, conforme Bolzan de Moraes, na mesma obra, abarca, ainda, a denominada crise constitucional ou crise institucional, a qual surge como consequência das demais e se apresenta “[...] como processo de desconstitucionalização promovido pelo dito neoliberalismo, além de se ver constrangida, muitas vezes, pelo descompasso entre as *promessas* que contempla, a vontade política e as condições econômicas para a sua realização”. Desta forma, ressalta o autor a visão de José Eduardo Faria:

Com o prevalecimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico, a concepção de uma ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral se esvanece (FARIA, In CITTADINO, 2011, p. 40).

Pertinente, assim, a reflexão de Luigi Ferrajoli sobre a crise da democracia ao destacar a divergência entre a normatividade e a efetividade, tendo-se um paradigma constitucional que se apresenta como modelo normativo complexo, mas não “plenamente realizado nem plenamente realizável”:

As garantias podem reduzir esta divergência, quanto mais amplas, ambiciosas e comprometidas forem as promessas constitucionais, mas certamente não podem eliminá-la, pois elas mesmas consistem em figuras deônticas. Por isso, podemos falar somente, em relação às

democracias constitucionais, de um grau mais amplo ou restrito de garantismo, e por isso de democracia, em função do grau de efetividade do conjunto de garantias, dos direitos e dos princípios constitucionais. Mas esta virtual ilegitimidade representa também o maior mérito do paradigma constitucional. Somente nos Estados absolutos não existe essa divergência, mas apenas coincidência entre a existência e a validade das normas, produzidas pelo exercício, desprovido de limites jurídicos, dos poderes legislativos e de governo. Essa divergência deontológica entre a normatividade e a efetividade da democracia constitucional é, portanto, fisiológica, existindo sempre, dentro de certos limites, certo grau de inefetividade das garantias. Mas pode se tornar, além de tais limites, patológica, quando alcance um ponto de crise, ou pior, de ruptura (FERRAJOLI, 2015, p. 147).

Ferrajoli realça, ainda, que é a crise econômica, decorrente da desregulação financeira, o principal fator da crise da democracia. Percebe-se a impotência da política em face da economia e, aliado a isto, a “onipotência da política em relação às pessoas e em prejuízo dos seus direitos constitucionais, gerada pela intolerância aos limites e aos vínculos por aqueles normativamente impostos, mas cada vez mais ausentes dos horizontes das políticas de governo” (FERRAJOLI, 2015, p. 148).

Nesse sentido Alysson Mascaro Nascimento afirma que o direito processual denota as mudanças da legalidade, pois “[...] é por meio dele que o ciclo da reprodução econômica capitalista pode-se complementar, inclusive para o pleito judicial do contrato ou na proteção estatal da propriedade”. Assim, acentua o autor que:

As reformas processuais, muito mais do que imperativos políticos – o são também – são imperativos de uma nova estrutura econômica do capitalismo, que abandona a universalidade da legalidade e da instância jurídica como forma de segurança de sua reprodução, e já vai apostando numa legalidade ou em procedimentos jurídicos particulares à sua condição burguesa e seus interesses (MASCARO, 2013, p. 190).

Não se pode desconsiderar que ao tempo em que a previsão legal de tramitação preferencial dos processos foi inserida no ordenamento processual pela Lei 12.008/2009²⁶ (ainda no Código de Processo Civil de 1973), teve sua justificativa embasada na lentidão processual e propunha-se até mesmo a fixar o

²⁶ BRASIL. Lei 12.008, de 29 de julho de 2009. Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm.

prazo para o julgamento destes processos em sede recursal em um mês. Manifestamente, tratava-se de importante e relevante medida, que se não tivesse sido objeto de veto, talvez fosse capaz de agilizar – em certa medida - os resultados processuais quando sob tramitação preferencial. A curiosidade está nas razões do veto:

A fixação de prazo para o julgamento dos recursos que tramitam em regime de prioridade é ineficiente para assegurar a celeridade almejada, haja vista que inúmeros fatores, muitas vezes de ordem material e operacional, são causas da morosidade da tramitação processual e não podem ser superadas pelo simples estabelecimento de prazo máximo para julgamento.

É evidente que questões materiais e operacionais implicam no andamento do processo, bem como a conduta das partes. Todavia, o andamento dos processos em sede recursal, nos Tribunais, sabidamente tem um eixo central sob o aspecto processual, o qual deve ser priorizado. Por conseguinte, são raras as circunstâncias materiais e operacionais que ensejariam a exceção à regra. Em sede recursal há uma reduzida prática de atos processuais, incomparáveis com as dinâmicas a serem observadas em primeira instância, momento em que o estabelecimento de prazos para a conclusão das etapas processuais efetivamente parece ser indesejável. Talvez, a fixação de limites temporais para os julgamentos dos recursos pudesse ser medida pertinente se acompanhada da ressalva sobre incidentes ou desdobramentos possíveis auxiliando, desse modo, no alcance de um processo desenrolado em tempo razoável. Ademais, quiçá fosse a referida previsão estimuladora, ou até coercitiva, para a tomada de medidas de ordem administrativa e de gestão em alguns Tribunais, visando efetivar a duração razoável do processo.

Cabe destacar outro veto presente na aludida norma, o qual versa sobre a responsabilização direta do agente público que dá causa ao descumprimento do regime de tramitação preferencial. A justificativa para supressão desta medida está na possibilidade de ser responsabilizado objetivamente o Estado. Sob o aspecto de indenização do jurisdicionado que sofreu lesão pelo desrespeito à benesse em comento, realmente inexistem consequências maiores pelo veto. Porém, sob o prisma de comprometimento e, portanto, responsabilidade do agente público no cumprimento e observância dos ditames legais, talvez também se tenha perdido a possibilidade de avançar em uma revisão sobre o papel dos agentes

públicos no desempenho de suas funções, o que se levanta neste item apenas a título de reflexão.

A perquirição sobre a efetividade das normas constitucionais e processuais, no caso, a duração razoável do processo e o direito à saúde de um lado e, de outro, a tramitação preferencial dos processos, é tema que não se dissocia das questões do Estado de Direito e sua crise, bem como o respectivo espaço político.

Em um Estado Constitucional, com diversas prerrogativas asseguradas como relevo de direitos fundamentais, identificar-se, por si só, a necessidade de provocar o Judiciário na busca da consolidação de uma garantia básica e elementar, estreitamente vinculada à dignidade da pessoa humana, como representa o direito à saúde, é, notoriamente, grave sintoma dos sérios apuros no qual o Estado de Direito contemporâneo está imerso. O direito à saúde, como leciona Ingo Sarlet, está relacionado à garantia “[...] de uma sobrevivência que atenda aos mais elementares padrões de dignidade”, sendo que “a dignidade da pessoa humana, além de constituir um dos princípios fundamentais da nossa ordem constitucional (art. 1º, III, CF), foi guindada à condição de finalidade precípua da ordem econômica (art. 170, CF)” (SARLET, 2012, p. 331).

A opção investigativa, limitada à judicialização dos casos de saúde, justifica-se como forma de averiguar, nesses casos, o atendimento de duas garantias fundamentais, quais sejam, o direito à saúde e a duração razoável do processo, pois, nos termos expostos por Sarlet:

[...] a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos (SARLET, 2012, p. 329).

É incontestável o número crescente de processos judiciais nos últimos anos, em especial os que versam sobre direito à saúde, refletindo a ineficiência dos serviços públicos, o crescente acesso à justiça e, ainda, o incremento do exercício da cidadania, já que tais dados representam a busca da concretização das prerrogativas fundamentais dos cidadãos pela atuação do Poder Judiciário. Apenas a título ilustrativo, observa-se na estatística geral no âmbito do Tribunal

de Justiça do Rio Grande do Sul, sem especificação dos tipos de demandas, na última década, ter dobrado o número de processos cíveis instaurados, tendo-se registro de 286.147 novos pleitos iniciados em 2004 e 526.816 em 2013²⁷, estando, evidentemente, entre estes, as questões relacionadas à saúde.

Como explicita Luiz Werneck Vianna, o Poder Judiciário sofreu transições, entre elas, por força de novos mecanismos de acesso à justiça, e passou a ensejar “[...] um cenário favorável para uma pedagogia cívica que viabilize a superação da cultura política do paroquialismo e da sujeição, dando passagem para uma de participação, território da cidadania ativa e da democracia” (1999, p. 260).

Neste aspecto, reflete Boaventura de Sousa Santos, ao avultar a contribuição da sociologia para a democratização da administração da justiça, assinala que tal ramo das ciências humanas permite “[...] mostrar empiricamente que as reformas do processo ou mesmo do direito substantivo não terão muito significado se não forem complementadas com outros dois tipos de reformas”. São estas a reforma da organização judiciária de modo a transformá-la em democrática e, ademais, a mudança da formação e dos processos de recrutamento dos operadores do Direito, pois, “[...] as novas gerações de juízes e magistrados deverão ser equipados com conhecimentos vastos e diversificados (econômicos, sociológicos, políticos) sobre a sociedade em geral e sobre a administração da justiça em particular” (SANTOS, 2013, p. 222).

É inegável que o Poder Judiciário constitui um importante organismo da “vida republicana brasileira”, não podendo, portanto, as matérias da sua alçada de apreciação, ficarem restritas às discussões internas ao órgão e entre os seus profissionais, pois, naturalmente, se trata de “[...] questão pública que também diz respeito aos partidos, à vida associativa e à cidadania em geral” (VIANNA, 1999, p. 260).

No entanto, quando se aprofunda a temática da judicialização, mais especificamente quanto ao direito à saúde, outras questões ainda surgem, no caso, as políticas públicas e a interferência do Judiciário quanto ao tema.

²⁷ Não foram localizados dados no relatório de atividades do Tribunal de Justiça do RS específicos sobre processos de saúde, porém, tais informações sinalizam a crescente busca do Poder Judiciário pela sociedade, tal como mencionado. Os dados estatísticos mencionados situam-se no Relatório Anual de Atividades do TJ/RS de 2013, disponível em http://www.tjrs.jus.br/site/administracao/prestacao_de_contas/relatorio_anual/2013/RA_2013_TJ_RGS/pdf/Relatorio_2013_09_Relatorios_Estatisticos.pdf

Se, por um lado, não se pode negar a necessidade de intervenção do Poder Judiciário diante das hipóteses em que a vida das pessoas está sendo desrespeitada pela omissão do Poder Público, tendo expressão democrática de nosso Estado, por outro viés, também não se pode desconsiderar o impacto de tais manifestações judiciais no sistema de políticas públicas de saúde.

Acerca do tema, Felipe de Melo Fonte (2015, p.190) apresenta um comparativo, exposto pelo norte-americano Mark Tushnet, entre o papel de um guarda de trânsito e a função do juiz. Explicita que o guarda de trânsito, por mais que esteja apto a administrar o trânsito na cidade, não seria a pessoa recomendada para gerir o fluxo de toda a cidade, pois suas atividades são restritas a um cruzamento. Nessa linha, da mesma maneira a situação do juiz, que é “incapaz de ver o todo”, e, embora “[...] algumas teses jurídicas disponíveis lhe reconheçam alguma legitimidade para adentrar em tais questões, ainda assim eles não teriam a necessária visão de conjunto que permitisse dar tratamento sistêmico às políticas públicas (...)”. Segue Fonte:

Ao fornecer um medicamento ou determinar a internação de um doente em um hospital público, o juiz acaba por retirar o dinheiro correspondente a estas prestações de outras finalidades públicas, causando prejuízo ao todo o sistema. Assim, descortina-se um dos argumentos contrários à efetivação de tais direitos pelo Poder Judiciário, e que reforça a ilegitimidade dessa função estatal para o controle de políticas públicas. (2015, p.190)

A respeito do papel do Poder Judiciário nos processos que envolvem o tema do direito à saúde, a complexidade de sua intervenção diante do sistema de políticas públicas que permeiam a matéria, retornar-se-á ao serem expostos os aspectos do Poder Judiciário, processo e políticas públicas, conforme capítulos subsequentes.

Antes, porém, de iniciar a abordagem dos itens indicados, expõe-se, no capítulo logo a seguir, os aspectos dos procedimentos metodológicos, pois adiante já são ilustrados alguns dados obtidos com a investigação de processos judiciais de saúde em tramitação da Comarca de Pelotas.

Desse modo, têm-se esses capítulos iniciais de cunho expositivo teórico, passando, adiante, sem perder igualmente a abordagem teórica, a ilustrar determinadas questões com as informações de pesquisa alcançadas.

5. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Considerando a temática envolta no presente estudo, com especial destaque para os coeficientes jurídicos respeitantes à duração razoável do processo, ao acesso à justiça e ao trâmite diferenciado de processos que tenham como parte pessoas idosas, portadores de doenças graves, ou, ainda, que estejam sujeitos aos procedimentos atrelados à dinâmica do Estatuto da Criança e do Adolescente, o estudo teve como campo empírico a realidade no tratamento de processos judiciais, em andamento na Comarca de Pelotas, Poder Judiciário Estadual, que tenham por objeto prestações relacionadas ao direito à saúde. Esta escolha impõe uma abordagem quantitativa, relacionada aos aspectos objetivos contidos nas questões norteadoras e, igualmente, uma abordagem qualitativa. Para a abordagem qualitativa optou-se pela análise de conteúdo que será desenvolvida enquanto técnica de análise de textos e apresentada após explicitações de ordem quantitativa.

Recorda-se que a indicação dos aspectos relacionados à metodologia da pesquisa sempre pode instaurar outras discussões em um trabalho científico, em especial diante das diferentes compreensões teóricas existentes quanto ao assunto.

Todavia, a fim de tornar clara a opção realizada para essa pesquisa, esclarece-se, desde logo, que o procedimento da análise de conteúdo adotado está embasado nas lições de Laurence Bardin, referência teórica sobre o tema.

E, nesse sentido, a autora referida traz uma clara distinção entre análise de conteúdo e a análise documental. Vejamos, assim, os esclarecimentos:

Enquanto tratamento da informação contida nos documentos acumulados, a análise documental tem por objectivo dar forma conveniente e representar de outro modo essa informação, por intermédio de procedimentos de transformação. O propósito a atingir é o armazenamento sob uma forma variável e a facilitação do acesso ao observador, de tal forma que este obtenha o máximo de informação (aspecto qualitativo), com o máximo de pertinência (aspecto qualitativo). A análise documental é, portanto, uma fase preliminar da constituição de um serviço de documentação ou de um banco de dados. (1995, p. 45)

Já em relação à análise de conteúdo, Bardin explicita que essa técnica está centralizada na investigação de mensagens (comunicação), procedendo-se à análise categorial temática, sendo o objetivo a “manipulação de mensagens (conteúdo e expressão desse conteúdo), para evidenciar os indicadores que

permitam inferir sobre uma outra realidade que não a da mensagem”. (1995, p. 46)

Denota-se, assim, que o uso do método da análise de conteúdo pretende descortinar os elementos de comunicação presentes nos documentos investigados, sendo que, conforme a lição de Bardin, “não existe o pronto-a-vestir em análise de conteúdo, mas somente algumas regras de base(...). A técnica de análise de conteúdo adequada ao domínio e ao objectivo pretendidos, tem que ser reinventada a cada momento(...)”(1995, p. 46)

Corroborando o entendimento de Bardin, tem-se na lição de Antonio Chizzotti (2006, p. 98) com a seguinte compreensão: “o objetivo da análise de conteúdo é compreender criticamente o sentido das comunicações, seu conteúdo manifesto ou latente, as significações explícitas ou ocultas”.

Igualmente esclarecedoras são as ponderações de Minayo (2009, p. 84) sobre o assunto, para quem, “através da análise de conteúdo, podemos caminhar na descoberta do que está por trás dos conteúdos manifestos, indo além das aparências do que está sendo comunicado”.

Assim, no presente trabalho, a escolha dos métodos de coleta de informações e a sua posterior avaliação são orientadas pelos objetivos do estudo e pela natureza do objeto a ser pesquisado, no caso, o conteúdo dos processos judiciais que tenham o direito à saúde como objeto.

Sobre a organização da análise de conteúdo, Bardin (1995) explicita alguns passos necessários para a construção de uma investigação adequada e capaz de alcançar seus objetivos. Assim, destaca que há três pólos cronológicos a serem observados: pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados.

Na primeira fase, tem-se a organização propriamente dita, na qual se deve escolher os documentos que serão objetos da investigação, serem formuladas as hipóteses e os objetivos de apuração. Na eleição do material que será examinado, Bardin (1995) esclarece que se deve indicar o universo dos documentos investigados, dispondo-se de algumas regras norteadoras para tal eleição, que pode ser por exaustividade, representatividade, homogeneidade ou pertinência. Cada um desses critérios implica na observância de outras diretrizes, as quais são apresentadas a seguir.

A regra da exaustividade exige que esteja reunido todo e qualquer material relacionado ao campo de investigação, não se admitindo que fique de fora qualquer coeficiente, pois é preciso levar em consideração todos os elementos desse *corpus*. (BARDIN, 1995) Para a presente investigação, tal critério de coleta de dados é absolutamente descartado pela inviabilidade de reunirem-se todos os processos judiciais, de forma exaustiva para a análise.

A regra da representatividade prevê que a amostra deve dispor do material necessário e viabilizador da generalização dos resultados para o todo, devendo-se ter o cuidado ao se estabelecer essa forma de organização do *corpus* porque, conforme Bardin, “nem todo o material de análise é susceptível de dar lugar a uma amostragem, e, nesse caso, mais vale abster-nos e reduzir o próprio universo”.²⁸ No que tange a regra da representatividade, igualmente não é esta a modalidade criteriosa nesse estudo, pois, seguramente, para que se possa generalizar informações quanto à tramitação preferencial, efetividade jurisdicional e duração razoável do processo, seria fundamental construir o campo de pesquisa para além da Comarca de Pelotas, e, igualmente, valendo-se de processos de outros Tribunais, de forma a serem alcançadas informações de diferentes realidades do Poder Judiciário.

A regra da homogeneidade prevê que os documentos a serem averiguados devem apresentar-se de forma homogênea, sem particularidades que impliquem na fuga dos padrões fixados de seleção. Essa modalidade de construção do *corpus* é necessária quando o pesquisador pretende “obter resultados globais ou comparar entre si os resultados individuais”. (BARDIN, 1998, p. 98) Igualmente não reside para o estudo em questão, a técnica da homogeneidade, pois um *corpus* de pesquisa relacionado a processos judiciais não apresenta condições de homogeneidade.

Por fim, a autora (BARDIN, 1995) expõe a regra de pertinência, na qual se tem a necessidade de que os documentos sejam adequados para atender ao objetivo de pesquisa pretendido. Esse é o critério adotado para a construção do campo de dados coletados para análise, sendo os documentos reunidos para exame, adequado para atender a proposta investigativa, pois em todos há as informações necessárias e relevantes para coleta e averiguação.

²⁸ BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. Lisboa:Edições 70, 1995, p. 97-98.

Realizada a coleta das informações a partir da regra da pertinência, passou-se ao exame dos dados obtidos, avaliações que permitiram a distribuição de informações de forma quantitativa, mas que, em especial quanto ao teor de alguns pronunciamentos judiciais de análise dos pedidos de tutela antecipada, ocorrem sob o prisma da análise de conteúdo, nos termos acima sinalizados.

Entretanto, para o alcance da pretensão de pesquisa, estabeleceu-se como *corpus* da investigação, processos judiciais em tramitação na Justiça Estadual, cujo objeto, conforme já mencionado, seja uma prestação relativa ao direito à saúde, assim entendidos os casos com pleitos de medicamentos, cirurgias, exames ou outros procedimentos.

Houve, propositadamente, a exclusão dos processos judiciais em tramitação no âmbito da Justiça Federal com o fim de limitar o campo de análise e, ademais, focar na situação dos processos perante a Justiça Estadual, viabilizando examinar *essa* realidade forense.

Além disso, também contribuiu para a opção excludente dos processos da Justiça Federal a predominância das demandas encaminhadas àquela justiça ao rito fixado pela Lei 10.259/2001, próprio para os Juizados Especiais, e, ainda, sujeitos à forma eletrônica, o que, por si só, já implica em uma dinâmica processual distinta, que igualmente pode contribuir para o tratamento processual diferenciado em relação aos processos em meio físico. Além disso, as demandas nesta esfera do Judiciário têm a União no polo passivo, o que, de certa forma, ampliaria o ângulo a ser apreciado quanto a efetividade da tutela jurisdicional de saúde, pois Municípios, Estado e União apresentam estruturas organizacionais bastante diferentes, o que, seguramente, poderia interferir na investigação e nas conclusões da presente tese doutoral. Embora tais fatores pudessem diversificar os resultados, é fundamental destacar que o interesse embrionário da investigação foi o de analisar as condições desses processos no ambiente da Justiça Estadual, tão somente.

Assim, foram consultados processos físicos em andamento no Poder Judiciário Estadual, com o Município de Pelotas na condição de réu, de forma isolada, ou em conjunto com o Estado do Rio Grande do Sul, consolidando-se, assim, um litisconsórcio passivo.

Foram 63 processos acessados na investigação, mas esmiuçados detalhadamente 62 processos, sendo um descartado por tratar-se de autos de

execução provisória, sem os registros processuais objeto da apuração pretendida, a exemplo dos demais casos acessados. A coleta dos dados dos processos ocorreu entre 23 de janeiro de 2017 e 17 de fevereiro de 2017.

Considerando as regras de distribuição da competência funcional ou, em razão da matéria, os processos investigados estavam em andamento na Justiça Estadual de Pelotas, na 6ª. Vara Cível (48 processos), Juizado Especial da Fazenda Pública (7 processos) ou Juizado da Infância e Juventude (7 processos), todos em andamento, alguns na fase cognitiva, outros já em fase executiva, da própria prestação objeto da demanda, ou de honorários sucumbenciais.

O acesso aos mencionados autos objeto de estudo ocorreu no ambiente da Procuradoria Jurídica do Município de Pelotas, não havendo qualquer interferência da investigadora na seleção dos processos a serem examinados, os quais foram disponibilizados aleatoriamente, conforme a rotina de andamento interno do referido setor.

Há que se justificar, no entanto, a razão pela qual o acesso aos processos objeto da investigação ocorreu no ambiente da Procuradoria do Município de Pelotas. Explicita-se que, originariamente, foi apresentado ao juízo da 6ª. Vara Cível a possibilidade de acesso a processos judiciais já arquivados a fim de, mediante carga desses autos, se oportunizasse a análise nos moldes idealizados preliminarmente no projeto de tese. A proposição era justamente obter os dados a serem estudados a partir de autos sem andamento, evitando-se qualquer tumulto ou obstáculo à adequada condução desses processos. Contudo, em conversa com o juiz titular da 6ª. Vara Cível da Comarca de Pelotas, Dr. Luis Antônio Saud Telles, que colocou o Cartório Judicial inteiramente à disposição, foi ponderado que diante do número de funcionários em atividade do cartório, por força de eventos como férias e licença-saúde, não havia condições de prospectar quando se oportunizaria o alcance dos referidos autos processuais, vez que, naturalmente, tal medida implicaria no deslocamento de servidor do Cartório para busca em arquivo. Corroborando tal questão, foi ponderado pelo Juiz Titular que se fazia fundamental a apresentação de uma lista dos processos a serem apreciados, exigindo-se, desse modo, que a pesquisadora subsidiasse o Cartório com rol previamente definido dos autos a serem verificados, pois não haveria condições do Cartório identificá-los. Ponderadas pela investigadora, diante dessa necessidade, as naturais dificuldades para a operacionalização da indicação de

listagem de processos, destacou o magistrado que a esmagadora maioria das demandas que versam sobre saúde são patrocinadas pela Defensoria Pública do Estado, onde, então, poderia se obter uma relação dos processos.

Frente a tais aspectos, buscou-se a Defensoria Pública do Estado, situada em Pelotas, na busca da oportunidade de, naquele ambiente, serem analisadas demandas de saúde.

Inobstante tenha sido obtida a autorização (verbal) e investigados alguns processos em suas dependências (cinco autos), em um turno, a seguir, na busca da designação de nova data para o comparecimento à Instituição, a informação foi de que a Defensora Pública, que ocupara a sala gentilmente cedida no turno de comparecimento da investigadora, estava retornando de férias, e, em consequência, seria difícil o espaço físico para dar continuidade às análises. De fato, percebeu-se, nitidamente, a ausência de ambiente estruturado que viabilizasse pessoa estranha a desempenhar alguma atividade.

Assim, culmina-se com a busca da terceira instituição, na qual poderiam ser examinados processos de saúde, no caso, a Procuradoria Jurídica do Município de Pelotas, que, prontamente, acolheu o requerimento e disponibilizou, a par de toda a sua carência estrutural, processos judiciais de saúde a serem analisados.

Os processos foram sendo acessados na medida em que realizada a carga dos autos pelo Município de Pelotas. Frisa-se que a carga desses autos foi sempre decorrente da natural movimentação processual, que implicara na necessidade de pronunciamento do Município. Nenhum processo foi carregado por indicação da investigadora, que perscrutou apenas e tão somente as ações com trâmite destinado, naquele momento, ao Município de Pelotas.

Nos 62 processos analisados, os pedidos formulados estavam relacionados à satisfação do direito à saúde, pretendendo-se o fornecimento de medicamentos, realização de cirurgias ou de exames correlatos, além de consultas médicas com especialistas ou dinâmicas pertinentes à internação hospitalar.

No exame desses processos, foram coletados os seguintes dados:

- ✓ número do processo
- ✓ data de distribuição
- ✓ vara judicial
- ✓ patrocínio da causa

- ✓ condição da parte de beneficiária, ou não, da benesse de tramitação preferencial
- ✓ requerimento e concessão, ou não, do benefício da tramitação preferencial
- ✓ data do primeiro despacho/decisão interlocutória
- ✓ conteúdo do primeiro despacho/decisão interlocutória, o que inclui verificação dos casos de deferimento e de indeferimento do pedido de tutela antecipada
- ✓ data e fundamento(s) para as hipóteses de deferimento e de indeferimento da tutela antecipada pleiteada
- ✓ data de citação e/ou intimação da parte ré
- ✓ notícia processual de satisfação, ou não, da prestação jurisdicional nos casos em que concedida a tutela antecipada
- ✓ medidas coercitivas para a satisfação do jurisdicionado nos casos de descumprimento da ordem judicial expedida

A partir da coleta das informações, três aspectos centrais foram inspecionados: duração razoável do processo, tramitação preferencial dos processos e efetividade da prestação jurisdicional concedida em sede de antecipação de tutela.

O tópico da duração razoável do processo foi apreciado a partir dos fenômenos encontrados acerca do tempo da tramitação entre a distribuição dos processos no Poder Judiciário e, portanto, a data de provocação da atividade jurisdicional e o primeiro pronunciamento judicial, versando sobre o acolhimento, postergação ou indeferimento do pedido formulado a título de tutela antecipada na petição inicial. Com isso, considerando que todos os processos de saúde que compuseram o *corpus* da pesquisa tinham pleito de concessão da tutela antecipada, identifica-se a capacidade do Poder Judiciário em atender a garantia constitucional da duração razoável do processo, analisada, em primeiro momento, apenas sob o prisma do lapso temporal para a apreciação judicial do pleito em cognição sumária.

O segundo item nuclear da pesquisa residiu na verificação do tratamento processual conferido aos autos enquadrados nos termos da legislação que outorga o trâmite especial preferencial. E, ainda, na comparação do expediente dos processos nos quais foi concedida a tramitação preferencial, prevista no art.

1048²⁹, CPC, com aqueles em que as partes não possuem direito ao citado benefício, construindo-se, assim, a análise da efetividade de normas que visam concretizar o princípio constitucional da duração razoável do processo, no caso específico, a regra prevista no art. 1048, CPC/2015 (art. 1211-A, CPC/1073).

Também em relação aos processos inseridos nos moldes do trâmite especial, procedeu-se a identificação do patrocínio dos processos, se realizados por advogados particulares, Defensoria Pública ou serviços de assistência judiciária gratuita, e eventuais impactos em relação ao requerimento, concessão e efetividade do direito.

O terceiro tópico objeto do estudo centrou-se na conferência da efetividade da tutela antecipada concedida para o atendimento dos pleitos de saúde, os quais estão centrados em pedidos de medicamentos, cirurgias, entre outros procedimentos. Nesse nicho, buscou-se apurar não só a satisfação da parte no atendimento do pleito deferido em sede antecipação de tutela, mas, também, correlacionar com o contentamento da medida no que tange ao tempo transcorrido para tanto, e, por conseguinte, a duração razoável do processo e a concretização do acesso à justiça enquanto acessão à ordem jurídica justa.

É importante acentuar que a verificação acerca do tempo decorrido entre a ordem judicial e a satisfação da parte com o fornecimento do “bem da vida” encontrou severas dificuldades diante da postura dos sujeitos do processo – tanto autores, quanto réus – que negligenciam comunicar nos autos o cumprimento da tutela obtida. Por outro lado percebem-se os reiterados comunicados para noticiar o descumprimento das ordens judiciais. Desse modo, nos casos em que as partes silenciam nas comunicações processuais, presume-se a satisfação da pretensão, porém, sem ser possível analisar o tempo para tanto. Já nos demais processos, com reiterados comunicados de descumprimento da tutela antecipada, na imensa maioria, identificou-se a satisfação da parte pela realização de bloqueio de valores, viabilizando, desse modo, a verificação da duração razoável do processo.

Dessa forma, a partir dos registros processuais objetivou-se apreender a realidade do desenvolvimento dos processos, promovendo a reflexão e a crítica

²⁹ Art. 1048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: I – em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei 7.713, de 22 de dezembro de 1988; II – regulados pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

acerca de alguns momentos das dinâmicas processuais, especificamente à luz das teorias sobre acesso à justiça, duração razoável do processo, efetivação de direitos, sem descuidar, ainda, da tramitação preferencial dos processos e da concretização do direito à saúde.

Não se pode deixar de registrar que a proposição inicial, idealizada para essa pesquisa, embrionariamente, era de avaliar o tempo de tramitação dos processos nos quais fora outorgado o benefício da preferência para os idosos ou portadores de doença grave, conforme estabelecido no art. 1048 do CPC/2015 (art. 1211-A, CPC/1973), e, assim, aquilatando, também, a efetividade das ordens judiciais pertinentes ao direito à saúde, averiguando, dessa forma, o tempo transcorrido até a finalização da prestação jurisdicional. Propunha-se ao fim, nestes casos, investigar a efetividade do princípio fundamental da duração razoável do processo, consagrado em nível constitucional, avaliando, desse modo, a existência real de processos mais ágeis, com um andamento que promovesse concretamente a satisfação dos direitos em lapso temporal razoável por força da concessão da referida benesse. Porém, diante das condições e da forma de condução dos processos judiciais, nos termos em que foi constatado pela investigação, restou inviabilizada essa proposta inicial, claramente mais ampla e abrangente. A impossibilidade dos termos investigativos preliminarmente aventados se deve ao fato do inadequado tratamento conferido aos processos condizentes aos moldes do trâmite preferencial, optando-se, assim, por averiguar, então, o tempo do processo entre a sua distribuição e o primeiro pronunciamento judicial e, também, a satisfação da antecipação de tutela concedida.

Já em outro eixo da investigação, além das análises relacionadas ao tempo de tramitação dos processos e da efetividade das tutelas judiciais concedidas, procedeu-se, também, a verificação do teor dos pronunciamentos judiciais realizados inicialmente nos processos e seus eventuais impactos na duração razoável do processo.

Julgou-se relevante, ainda, diante da expressiva quantidade de demandas judiciais versando sobre pedido de medicamentos, averiguar as razões de decidir favoráveis ou contrárias a esse tipo de pleito, apurando-se o teor dos pronunciamentos, e seus eventuais impactos, quanto à duração razoável do processo, indicando-se, ademais, quantitativamente cada um dos tipos de manifestação, e, qualitativamente, alguns desses pronunciamentos. Procede-se, de

igual maneira, em relação aos feitos com pedido relacionados à cirurgias/procedimentos.

Na apuração do teor dos pronunciamentos judiciais, em determinados processos localizou-se a exigência judicial de comprovação do requerimento formulado pela parte à Administração Pública, ou, a demonstração da negativa administrativa ao pleito. Em face do impacto dessa medida no trâmite processual, perquiriu-se a pertinência dessa ordem judicial em consonância com o entendimento jurisprudencial dominante no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul nos anos de 2012 a 2016. A apuração se deu pelo link de “pesquisa de jurisprudência” no site www.tjrs.jus.br, com as expressões “pedido administrativo” e “saúde”. A limitação aos anos de 2012 a 2016 decorre por serem esses os anos de instauração dos processos nos quais se localizou a modalidade de pronunciamento.

Por fim, considerando que há processos examinados em andamento na vara judicial comum, mas também em tramitação no Juizado Especial da Fazenda Pública, cujo procedimento está regulado pela Lei 12.153/09, procede-se a verificação do teor do primeiro pronunciamento judicial, o lapso temporal para tanto, e a corresponde satisfação do jurisdicionado.

A decomposição dos processos e dos dados coletados permitiram diagnosticar alguns aspectos sobre o andamento dos processos de saúde, tendo-se dados quantitativos em inúmeros pontos da investigação, na verdade, em sua imensa maioria.

Todavia, têm-se, também, em menor expressão, certos aspectos relacionados à pesquisa qualitativa, especificamente, pelo método da análise de conteúdo.

Acerca do tema da análise de conteúdo, tem-se como referência Laurence Bardin (1995), segundo a qual, na fase de pré-análise da investigação há a necessidade de formulação das hipóteses e dos objetivos. Em relação aos objetivos, os mesmos já foram apresentados na introdução desse estudo e, quanto às hipóteses inicialmente constituídas, têm-se algumas delas nos seguintes moldes: insuficiência das alterações legislativas que criam mecanismos visando minimizar a morosidade processual no âmbito do Poder Judiciário, ineficácia da previsão legal que prevê a tramitação preferencial dos processos para os casos contemplados no art. 1048, CPC/art. 1211-A, CPC (idosos, portadores de doenças

graves, e processos regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente), desrespeito pelo Poder Judiciário das normas que fixam prazos para os pronunciamentos judiciais, no caso, para análise dos pedidos de tutela antecipada.

Registre-se, assim, que os itens acima arrolados foram o objeto da presente pesquisa e, inobstante, originariamente, no projeto de tese, parecesse relevante apreciar, também, o eventual impacto do novo CPC nos coeficientes objeto da pesquisa, as informações coletadas indicam o descabimento desse viés investigativo. Foram analisados, na imensa maioria, processos instaurados na vigência do CPC de 1973, mas aproximadamente 10% do total pesquisado são processos distribuídos já em 2016, na vigência do atual CPC. Contudo, embora atual Código de Processo Civil contenha inovações, não se vislumbrou qualquer impacto quanto ao tempo de tramitação desde o protocolo da petição inicial até o primeiro despacho do juiz e/ou análise da tutela antecipada.

A segunda etapa para a análise de conteúdo, conforme Bardin (1995, p. 101), está na exploração do material, fase na qual deverão ser organizados os dados, realizando-se as “operações de codificação, desconto e enumeração, em função das regras previamente formuladas”, objetivando-se avançar-se para a etapa de “tratamento dos resultados obtidos e interpretação”.

No tratamento dos resultados obtidos, Bardin (1995, p. 104) destaca a necessidade de codificação do material coletado, pela qual se construirá a transformação dos dados brutos obtidos em informações sistematizadas e resultados. Esse processo de codificação implica no recorte, que é escolha das unidades, a enumeração, elegendo-se as regras de contagem e a classificação e agregação conforme as categorias construídas.

Assim, a partir das informações obtidas da análise dos dados processuais, as categorias de averiguação centraram-se no primado do acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, duração razoável do processo, tramitação preferencial nos processos de saúde, no Poder Judiciário Estadual, Comarca de Pelotas, efetividade da tutela antecipada de saúde.

6. JURISDIÇÃO, PODER JUDICIÁRIO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: INTER-RELAÇÕES E COMPLEXIDADES

Nesse capítulo apresentam-se aspectos gerais dos temas da jurisdição, do Poder Judiciário e sua conformação nos moldes constitucionais do Estado Democrático Brasileiro, bem como a temática da judicialização no atual sistema constitucional. Considerando que o objeto do presente estudo centra-se no preceito constitucional da duração razoável do processo e suas relações com a efetividade da previsão de tramitação preferencial dos processos, especificamente nos processos de saúde, não se pode deixar de abordar alguns itens pertinentes à atividade jurisdicional, ao Poder Judiciário e sua conformação no Estado Brasileiro, ao lado dos Poderes Executivo e Legislativo, bem como tratar do assunto da judicialização para fins de proceder as conexões entre as matérias.

Não se pretende trazer a colação questões históricas sobre a jurisdição, porém, também não se pode deixar de mencionar - sinteticamente - alguns aspectos gerais de relevo, com o fito de situar a temática na organização do Estado, bem como suas eventuais influências na conformação e compreensão do direito processual civil.

Historicamente, o desenlace das disputas está vinculado a um poder centralizador, sendo por força da consolidação e da organização do Estado de Direito, juntamente com a dinâmica da separação dos poderes, que a tarefa jurisdicional é atribuída a um órgão específico, no caso, o Poder Judiciário, restando, assim, vedada a autotutela, salvo nos casos expressamente previstos em lei. Conforme Humberto Theodoro Júnior, a dinâmica da “[...] justiça privada, já desacreditada por sua impotência, foi substituída pela Justiça Pública ou Justiça Oficial”:

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 45).

Nesta dinâmica, organiza-se o Estado para o desempenho das três funções elementares: legislativa (Poder Legislativo), administrativa (Poder Executivo), e judiciária (Poder Judiciário).

Por sua função legislativa cria-se a ordem jurídica, construindo-se de forma preventiva e hipotética as regras que incidirão nas relações sociais, devendo ser observadas pelos sujeitos de direito. Todavia, nem sempre se verifica o cumprimento adequado das normas, ainda que sejam imperativas. Nesses casos, então, impõe-se ao Estado a atuação de modo a promover o cumprimento das regras vigentes e, por conseguinte, a satisfação dos direitos por seus titulares pela provocação do Poder Judiciário, o qual é inerte, não agindo senão quando instado a fazê-lo.

Conforme Elaine Harzheim Macedo (2005)³⁰, a jurisdição corresponde a uma das funções do Estado, expressando o exercício da soberania de forma autônoma em relação as demais tarefas, em especial a de legislar e a de administrar. Não se pode desconsiderar a lição de Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 24) ao esclarecer que o surgimento da autêntica jurisdição se dá a partir do momento em que “o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social”.

Assim, para viabilizar o cumprimento da tarefa pacificadora, o Estado incumbiu-se da função jurisdicional – *jurisdictio* -, ou seja, da tarefa de “dizer o direito”. Trata-se do papel de composição dos litígios aplicando aos casos concretos a norma jurídica abstrata. Desenvolve-se a jurisdição na medida em que provocada a resolver as disputas, valendo-se do ordenamento jurídico, que deve ser interpretado diante da circunstância real.

Desde já se cumpre esclarecer que a afirmativa acima, no sentido de incumbir à atividade jurisdicional o papel de “dizer o direito”, não representa a compreensão de que cabe ao juiz ser mero aplicador das leis, afinal, sabidamente o direito é muito mais do que apenas as leis.

O desempenho da função jurisdicional deve abranger, também, a compreensão quanto à adequação do texto legal ao caso concreto. Impõe-se a observância dos princípios e diretrizes constitucionais e, deve, em especial, oportunizar-se ao jurisdicionado o verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, assegurando a participação processual como instrumento de influência e

³⁰Tal caracterização no Estado Brasileiro sempre esteve presente, sendo que as constituições republicanas contemplaram a tríplice separação dos poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, em que pese a Constituição de 1937 não estabelecesse expressamente “o sistema de separação do poder soberano da nação, embora continuasse prevendo a institucionalização de cada Poder”. (MACEDO, 2005, p.67)

convencimento do julgador, dando-se, assim, concretude à essência do princípio do contraditório. É elementar a permissão para que o julgador, inclusive, declare inconstitucional determinada norma, deixando-a de aplicar à situação específica, por exemplo, por força do controle difuso de constitucionalidade.

Conforme alude Moacyr Amaral dos Santos (1999, p. 69), “[...] a finalidade da jurisdição é resguardar a ordem jurídica, o império da lei e, como consequência, proteger aquele dos interesses em conflito que é tutelado pela lei, ou seja, amparar o direito objetivo”. A jurisdição simultaneamente apresenta-se como um poder do Estado, mas, também, como um dever, não havendo, com efeito, a possibilidade de imiscuir-se o Estado em prestá-la quando provocado.

Como já mencionado, de forma alguma se pode compreender a tarefa jurisdicional como mera aplicação da lei, em que pese este já tenha sido o entendimento, em outros tempos, esposado por clássicos processualistas, como, por exemplo, Chiovenda (2014, p. 78), para quem a jurisdição é “[...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la praticamente efetiva”.

Segundo lição de Ovídio Baptista, há alguns elementos que podem ser extraídos da doutrina de Chiovenda, assim esclarecidos: “[...] a soberania estatal pressupõe duas funções bem distintas, uma delas destinada a produzir o direito, ou seja, legislar; a segunda, destinada a atuá-lo”. No campo da atuação da lei, há duas funções estatais que a realizam: a administrativa e a jurisdicional, sendo que “[...] para o administrador, a lei é seu limite, enquanto para o juiz a lei é seu fim”, pois o administrador deve cumprir a lei para a realização do bem comum, enquanto o juiz “[...] age para a atuação da lei, realizando o direito objetivo”, sendo o alcance do bem-comum tarefa indireta e genérica. Ademais, assevera o autor a lição de Chiovenda no sentido de que “[...] tanto o administrador quanto o juiz julgam, pois não se age senão com apoio num juízo. O administrador, porém, formula um juízo sobre a própria atividade, o juiz, ao contrário, *julga uma atividade alheia*” (SILVA, 2002, p. 28).

Porém, a visão de Chiovenda é objeto de críticas, localizando-se, por exemplo, as ponderações de Daniel Mitidiero (2005, pp. 76-77) quanto ao entendimento de Chiovenda de que “[...] o ordenamento jurídico seria pleno,

cumprindo ao juiz tão somente subsumir a norma ao caso concreto alçando mão de uma atividade puramente intelectual”.

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 29) esclarece:

A objeção a ser feita à célebre doutrina chiovendiana sobre jurisdição está em que o grande processualista italiano, sob a influência das ideias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas, e até, em certo sentido, antagônicas, a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um *dado* prévio, uma coisa existente, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador, restando ao juiz a exclusiva tarefa de aplicação da lei ao caso concreto.

As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função criadora do direito, à medida que o preceito legal, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um projeto de norma reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve completar na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular submetido a seu julgamento.

O entendimento de Chiovenda, então, é criticado na medida em que se passa a compreender que a atividade jurisdicional, na verdade, configura-se como um dos planos de criação do direito, paralelamente ao âmbito legislativo. Neste espaço plano a criação do direito está influenciada pelos aspectos políticos, enquanto que naquele a [...] “criação será de feição normativo-jurídica, mas *secundum jus*, ou, em outras palavras, qualificando-se a criação do direito por distintas intencionalidades constitutivas” (MACEDO, 2005, p. 81).

Assim, a tarefa da jurisdição caracteriza-se para além da mera aplicação da lei, sendo, à vista disso, uma função do Estado que permite criar o direito para o caso concreto quando observado pelo julgador todo o conjunto de normas e valores que fundamentam o próprio Estado. Assim, o julgamento que culmina – muitas vezes, mas nem sempre – na solução de um conflito, não pode descuidar dos valores que alicerçam o Estado de Direito, no caso, aqueles fixados na Carta Magna, como, por exemplo, o bem-estar e a realização da justiça, havendo, também nestes casos, criação do direito.

Ademais, também se deve adequar a compreensão sobre a atividade jurisdicional de que a complexidade das relações sociais e econômicas da sociedade contemporânea exige o desempenho da jurisdição de forma atenta a inúmeras outras questões e áreas do conhecimento que não estritamente fechadas no universo jurídico.

É fundamental, cada vez mais, a qualificação da função jurisdicional, capacitando-a a um desempenho multi e interdisciplinar. Definitivamente não há mais condições de compreender-se a atividade judicante encarcerada no universo jurídico. A desconstrução concreta e real da visão cultural e sistêmica de que o Direito logra solucionar os conflitos sociais é medida que se impõe. Muito se teoriza sobre o tema, porém, medidas pragmáticas precisam ser alcançadas, como a seguir delineia-se ao abordar a judicialização da saúde.

Nas lições de Elaine H. Macedo (2005, pp. 67-68), o direito é monopólio do Estado, “[...] tanto na sua constituição e previsão em abstrato como na sua aplicação aos conflitos de interesse”, portanto, afirma a autora, “[...] passou a ser patrimônio ideológico da civilização moderna e que se agudiza frente ao crescimento do espaço ocupado pelo Estado na organização da vida social”.

Cabe também referir o entendimento de Francesco Carnelutti sobre o tema, pois é outro clássico processualista italiano, para quem “[...] o caráter específico da jurisdição está na eliminação de uma lide, entendida essa como um conceito pré-processual, como um conflito de interesses qualificado pela pretensão de um litigante a um bem e a resistência de outro à entrega do mesmo” (2005, p. 77). A jurisdição, então, para Carnelutti, centra-se na função de solucionar as lides.

Ovídio Baptista da Silva (2002, pp. 34-35), contudo, afirma que o vício desta doutrina está “em procurar definir o ato jurisdicional indicando não *o que ele é*, mas *aquilo a que ele serve*; não o seu *ser*, mas a sua *função*, ou finalidade”. Ademais, também peca o teórico ao limitar a atividade jurisdicional às circunstâncias em que haja composição da lide, desconsiderando, desta forma, outros mecanismos capazes de comporem conflitos, bem como outras atuações jurisdicionais, nas quais não há, necessariamente, deslinde de atritos. Desse modo, conclui Ovídio Baptista da Silva “o que realmente caracteriza o ato jurisdicional é a virtude, que lhe seria imanente, de produzir coisa julgada, ou seja, a composição da lide que seria justa, como aplicação incontrovertível da lei”.

Porém, também não merece prosperar a compreensão da atividade jurisdicional como aquela que essencialmente gera a coisa julgada, vez que tal concepção, cerne da doutrina de outro processualista italiano, Allorio, igualmente fora rebatida, pois neste caso a manifestação judicial que extingue o processo por ausência de algum pressuposto processual não seria jurisdicional, afinal, não

enseja a coisa julgada material. No que tange ao entendimento de Allorio, Ovídio Baptista destaca serem duas as objeções em face desta teoria. A primeira seria o fato de ser vislumbrado o exercício da atividade jurisdicional e, por conseguinte, a formação de coisa julgada, apenas no processo declarativo, excluindo-se o processo de execução e a jurisdição voluntária³¹. A segunda ponderação reside no fato de que, em determinadas formas procedimentais, não ocorre o fenômeno da coisa julgada (SILVA, 2002, p. 32).

Ao ter-se como eixo central da doutrina de Carnelutti a concepção de solução da lide, Daniel Mitidiero (2005) grifa:

A solução de conflitos não é apanágio exclusivo da jurisdição: diuturnamente as pessoas resolvem seus litígios de maneira autocompositiva ou buscando mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos (o exemplo mais notório é a arbitragem), com o que não calha procurar o traço distintivo do ato jurisdicional na sua pretensão vocação para eliminação de uma lide.

Alexandre Freitas Câmara (2014, pp. 78-81), comentando acerca destas duas diretrizes principais sobre a jurisdição, esclarece que, embora para alguns processualistas as teorias de Chiovenda e de Carnelutti sejam complementares, na verdade tal entendimento é um equívoco. Câmara formula tal afirmativa por força do entendimento sobre o ordenamento jurídico em que cada uma delas está assentada, esclarecendo haver duas vertentes sobre o assunto: unitária ou constitutiva e dualista ou declaratória. Na primeira compreende-se que as leis materiais são insuficientes para a criação de direitos subjetivos, vez que originam apenas expectativa de direitos, os quais são concretizados pela atuação jurisdicional, sendo que o surgimento da lide se dá exatamente pela ausência de certeza quanto à existência do direito antes da sentença. Na segunda direção o entendimento é completamente diverso, vez que a percepção é no sentido de que a norma jurídica cria o direito substancial e o Estado-juiz aplica-o no caso concreto.

Em face de tais aspectos, Câmara (2014, pp. 81-82) pondera o equívoco no entendimento de Carnelutti por compreender que a jurisdição não tem a função de compor a lide, vez que esta “é um fenômeno ‘sócio-lógico’, um conflito

³¹ Importante frisar que no processo de execução vislumbra-se de forma destacada a força coercitiva do Estado, pois por ele praticam-se atos capazes de intervir na esfera patrimonial de um devedor a fim de satisfazer o correspondente credor. Não há dúvidas de que, nestes casos, tem-se a atuação do Estado com escopo de resolver um conflito adotando-se medidas concretas de natureza satisfativa. Então, evidentemente que não se pode desconsiderar serem tais práticas – na essência – de natureza jurisdicional, em especial ao analisar-se a origem, a organização e a consolidação desta função estatal.

degenerado de interesses, e o exercício da jurisdição não tem por fim a sua composição”. Ademais, pondera Câmara que “[...] o desaparecimento do conflito (que eventualmente ocorra) se dará como mera consequência do fato de, uma vez prestada a jurisdição, ter se tornado tal litígio irrelevante para o direito, não sendo mais possível trazer à discussão a mesma lide em nenhum outro processo”. Também argumenta Câmara que a jurisdição não pode ser vista como função estatal de composição de lides, vez que a lide “[...] não é elemento essencial ao exercício da jurisdição, mas sim elemento accidental”, pois há diversos casos em que inexistente lide, como pode se ocorrer nos casos de usucapião, por exemplo, em que a concretização efetiva do direito material depende do processo. Desse modo, sublinha Câmara que se deve assumir a função da jurisdição como de atuação da vontade concreta do direito objetivo e não da lei.

Na busca de um conceito contemporâneo de jurisdição, Daniel Mitidiero (2005, p. 80) explicita que “[...] a jurisdição é antes de tudo poder³²; uma das manifestações do poder estatal, cujo exercício se leva a cabo através da função judiciária”. Ademais, esclarece o autor que a “[...] jurisdicionalidade de um ato é aferida na medida em que é fruto de um sujeito estatal, dotado de império, investido em garantias funcionais que lhe outorguem imparcialidade e independência, cuja função é aplicar o direito (e não apenas a lei) de forma específica, dotado o seu provimento de irreversibilidade externa”.

Além disso, para compreensão da jurisdição, deve-se ter presente, também, que a mesma aplica o direito, estando autorizada a fazê-lo para além da lei, da mera legalidade, porém, mediante fundamentos justificados na juridicidade estatal.

A jurisdição, então, pode ser compreendida como o poder do Estado para aplicação justa e adequada do direito objetivo, dotada de força coativa a compelir a observância do provimento judicial, visando o alcance do bem-estar comum, servindo, na imensa maioria das vezes, para a solução dos conflitos com a satisfação e eficácia de direitos. Tem o julgador, neste exercício, a tarefa de

³² A identificação da jurisdição como um poder do Estado, segundo Elaine Harzheim Macedo, é decorrente dos ideais do Estado Liberal, sendo os Estados Unidos da América que mais contribuíram para a propagação desta configuração, vez que lá houve um profundo processo de distinção dos poderes do Estado, vislumbrando-se a jurisdição como tal. A autora esclarece que: “os Estados Unidos da América aplicou o princípio da separação de poderes, desenvolvendo um sistema de ‘freios e contrapesos’ onde o Judiciário adquire uma função de controle constitucional dos atos estatais que a tradição de sua história soube não só respeitar como tornar efetiva, adquirindo a magistratura americana, a exemplo da matriz inglesa, não só independência no agir jurisdicional como respeito a seus pronunciamentos”.(MACEDO, 2005, p.78)

interpretar o caso concreto à luz do ordenamento jurídico, ponderando os aspectos econômicos, sociais e políticos contemporâneos, atentando à necessidade de adequação (quando assim for preciso) do teor normativo à realidade social, vez que - não raras vezes - a conjectura do tempo em que originada a norma é absolutamente distinta do contexto em que será aplicada.

Convém suscitar a ponderação de Ernane Fidélis dos Santos, para quem o relevante da atividade jurisdicional “[...] é a função de regular a situação concreta, nada mais”, pois compreender a tarefa jurisdicional como um complemento da missão legislativa é ilusório:

A lei não é o direito em si mesma. Ela é simplesmente um dos critérios de apreciação do direito. O Legislador cria a lei e o juiz, ao julgar, regula a situação concreta com o direito que busca no critério apresentado. O critério poderá ser a lei; quase sempre o é, mas não necessariamente, pois outros poderão existir, por imposição da própria lei ou por determinação do próprio juiz, já que ele, ao decidir, tem inteira independência. O que importa na jurisdição é a função de regular a situação concreta, nada mais(SANTOS, 2011, p. 85).

Como bem examina José de Albuquerque Rocha, seria impensável que o Estado “[...] estabelecesse o direito e não instituísse, concomitantemente, uma atividade específica, tendente a garantir sua eficácia nos casos de violação”. Desse modo, então, deu-se “a criação da função jurisdicional com objetivo específico de assegurar, em última instância, a hegemonia do direito na sociedade, até com o uso da força [...]” (ROCHA, 2002, p. 89).

De outra banda, a jurisdição também é um direito, consagrado na Carta Constitucional com o *status* de direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXV, assegurando-se aos cidadãos o acesso a esta atividade estatal, mas também impondo ao Estado a adoção de medidas que mantenham o exercício jurisdicional, tolhendo-se qualquer providência lesiva à inafastabilidade da prestação jurisdicional enquanto garantia fundamental, bem como também estando vedada qualquer negativa de exercício desta função.

Veja-se, desse modo, que a jurisdição deve ser vislumbrada tanto como um poder /dever do Estado, ao ser o responsável pela solução dos litígios, como também um direito dos jurisdicionados, aos quais deve ser assegurada a atuação qualificada do Estado para dirimir as demandas apresentadas. Porém, quando se afirma que a garantia da jurisdição deve ser *qualificada*, e busca-se essa

compreensão relacionando-a ao tema da judicialização da saúde, fortalece-se a afirmativa de que não pode o Judiciário ser um mero garantidor do direito à saúde aos jurisdicionados, aplicando cruamente a previsão de que a saúde é direito de todos e, portanto, direito subjetivo a ser atendido em qualquer circunstância.

Antonio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff (2011), no estudo “Os Tribunais e o Direito à Saúde”, afirmam, porém, que tanto o Superior Tribunal de Justiça, como o Supremo Tribunal Federal, já se manifestaram no sentido dos amplos poderes da jurisdição sobre o tema, afirmando que “[...] o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examine, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”. Além disso, contribuem os autores:

O próprio STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a *efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos*, extraído daqui – como que silogisticamente – a conclusão de que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive *acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública*. (2011, p. 33)

Realizadas as ponderações sobre o tema da jurisdição e a imprescindibilidade de que seja prestada de forma qualificada, desconstruindo-se a visão de que o juiz, isoladamente, pode prestá-la adequadamente, a seguir expõem-se aspectos³³ do Poder Judiciário, em especial sua configuração nos moldes constitucionais.

³³ O sistema jurídico de regulação do Judiciário brasileiro sofre inúmeras mudanças conforme os momentos históricos vivenciados. Assim, por exemplo, tem-se que, com a queda da República Velha e a instituição do Governo Provisório, algumas medidas foram tomadas no que tange ao Poder Judiciário até a Constituição de 1934, indicando-se, entre elas, segundo Ferreira (2005, p. 77): “obrigatoriedade a publicação dos atos judiciais no Diário da Justiça, que passaria a ser separado do Diário Oficial (1931); imposição aos magistrados para pagamento de impostos; criação de comissão de correição administrativa; não jurisdição sobre mérito de punições por transgressão disciplinar, nem por *habeas corpus* e nem por qualquer outro recurso judicial; promulgação do Código Eleitoral e criação da Justiça Eleitoral, criação das Juntas de Conciliação e Julgamento para dirimir conflitos oriundos das relações de trabalho; Consolidação das leis penais (1932); instituição do recurso *ex-officio* para o Supremo Tribunal Federal das decisões da justiça locais de segunda instância contrárias a leis federais, decretos ou atos do Governo da União.” Já na Constituição de 1934, cabe grifar – a título comparativo da atuação do Poder Judiciário - a previsão destacada por Gilmar Ferreira Mendes que vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas (2014, p. 53). Com o advento da Constituição de 1937 houve a extinção da Justiça Federal, passando-se a competência para apreciação e julgamento das causas de interesse da União à Justiça Estadual (FERREIRA, 2005, p. 78). Ademais, também se tem com este diploma legal a concessão de poderes ao Presidente da República para tornar sem efeito decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade de lei ou ato, o que, inequivocamente, pode ser vislumbrado como flagrante interferência do Poder Executivo, a qual estava justificada sob o argumento do bem-estar do povo (FERREIRA, 2014, p.

Com a Constituição Cidadã, em 1988, uma série de garantias e de prerrogativas ao Poder Judiciário e seus membros, com grifo para a garantia de sua autonomia funcional, administrativa e financeira, bem como sua independência em relação aos demais Poderes, garantia esta que é – inequivocamente - um direito fundamental na dinâmica do Estado Democrático de Direito.

A atual configuração do Poder Judiciário, e os poderes e garantias conferidas aos magistrados, são destacados por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira como dignos de nota pela extensão das possibilidades de atuação e intervenção do Poder Judiciário brasileiro.

Interessante constatar que inobstante os períodos de interferência do Executivo no Judiciário, com a possibilidade de afastamento de juízes de seus cargos, historicamente esta sempre foi uma função estatal dotada de uma série de garantias e prerrogativas, sendo vislumbrada como espaço para o resguardo de direitos ameaçados ou lesados, identificando-se a crescente consolidação social e política deste órgão no decurso da história.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010, p. 147) sublinha o extenso campo de atuação do Judiciário brasileiro, comparando-o com outros países e, neste sentido, frisa algumas restrições existentes para a atuação do Judiciário nas outras nações, quais sejam: a) o Judiciário pode intervir nos casos de violação da lei e ao vício de incompetência, mas não nos casos de excesso de poder; b) ausência de possibilidade de revisão de ato administrativo, salvo para fins condenatórios para ressarcimento de prejuízos ou medidas determinantes de adimplemento específico; c) não é admitido para análise de matérias de competência dos órgãos contenciosos administrativos; d) tolera limites na responsabilidade direta da administração. Já em relação ao sistema brasileiro,

54). Na égide da Constituição de 1946 tem-se a institucionalização da Justiça do Trabalho, a criação do Tribunal Federal de Recursos, que mais tarde (CF/1988) origina o Superior Tribunal de Justiça, a previsão de aposentadoria compulsória para juízes aos 70 anos de idade, e, ainda, facultado aos Estados, a organização da justiça. O restabelecimento da jurisdição federal se dá apenas com o Ato Institucional nº 2, que previu a competência do Presidente da República para nomear juízes federais e fixou a competência da Justiça Federal em razão da pessoa e da matéria. Este mesmo instrumento suspendeu as garantias da vitaliciedade e inamovibilidade dos juízes (FERREIRA, 2005, pp. 80-81). Em 1965 a Emenda Constitucional nº 16 consagra a ação direta de inconstitucionalidade, com efeito *erga omnes* e *ex-tunc*, impulsionando o fortalecimento do sistema de controle de constitucionalidade. Nas Constituições de 1967 e de 1969 a estrutura do Poder Judiciário não sofre modificações, porém, resulta profundamente alterada a extensão de atividade deste órgão, pois por força da conjuntura política da época, perde o Judiciário a prerrogativa de “garantir direitos individuais em face do regime” (FERREIRA, 2014, p. 55).

merecem relevo os seguintes aspectos: a) inexistência de restrições à análise de excesso de poder pelo Judiciário; b) possibilidade ilimitada de revisão de atos administrativos, inclusive com a desconstituição de atos administrativos pelo Judiciário, e, ainda, a emissão de decisões de natureza condenatória.

Tal amplitude de atuação do Poder Judiciário reflete a opção jurídica e política do Estado brasileiro, conferindo ao cidadão ampla possibilidade de questionamento dos atos de natureza administrativa, o que representa sua participação política no esquema estatal, exercendo, desse modo, a cidadania, a qual se situa entre os fundamentos da República Brasileira.

Ademais, também expressam a profundidade dos poderes do magistrado às possibilidades consagradas no direito processual civil, como, por exemplo, a livre apreciação da prova produzida no processo, a permissão para a determinação de ofício da produção de provas, a possibilidade de aplicar o direito mais adequado para o caso concreto por força do princípio “iura novit curia”.

Destaca-se que medidas de fortalecimento dos poderes do juiz visam promover a igualdade das partes, equiparando-as e elevando-as às mesmas condições, minimizando as diferenças culturais e de poderio econômico ou financeiro, sem, contudo, representar uma indeterminação dos poderes. Desse modo, conforme Oliveira (2010, p. 187):

Não obstante a função social do processo, o excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do direito fundamental à segurança sem falar do eventual menosprezo ao nexó entre o direito material e o processual(OLIVEIRA, 2010, p.187).

O processo presta-se, de modo imediato, à solução dos interesses dos sujeitos a ele vinculados, mas também, em um aspecto mais amplo, serve à coletividade por ser um instrumento para a promoção da paz social, sendo o juiz um agente político do Estado no desempenho do poder/dever jurisdicional, atividade esta que permite a consolidação do Estado Democrático de Direito.

É exatamente em razão dessas funções e características do Poder Judiciário no Estado Brasileiro, que a atual conjuntura nacional identifica a incessante busca da satisfação de direitos no âmbito do Judiciário, inobstante muitas questões devessem ser solucionadas pela gestão do Poder Executivo. É o que se percebe, claramente, quanto ao direito à saúde, objeto de milhares de

demandas judiciais, que sobrecarregam a atividade jurisdicional, mas deveriam ser administradas em outros ambientes do setor público.

Inequivocamente, essa situação é decorrente da visão social, política e ideológica sobre o Poder Judiciário, atribuindo-se a essa instituição a condição de resolver os conflitos e ele submetidos. Vários autores destacam essa visão como cultural, enraizada em nossa sociedade.

Maria Teresa Sadek (2011, p. 198) ressalta que há uma ideologia consagrada, refletida no ensino jurídico, assentada na ‘noção de adversariedade’, ou seja, o estudo do direito embasa-se na concepção de haver sempre “[...] dois polos, um adversário do outro, em um jogo de soma zero”. Tal visão do direito, inequivocamente, afeta o funcionamento das dinâmicas alternativas de solução de conflitos, pois, nos termos questionados por Sadek: “[...] como se pode conceber, criar e fortalecer uma instituição fundada na conciliação, como os juizados, quando aquele ou aquela que a representa é alguém formado na concepção adversarial?”. Assim, conclui a autora ser “[...] muito pouco provável o fortalecimento de uma instituição ‘conciliadora’ liderada por uma cabeça que não é a favor de acordos, mas treinada para decidir em um jogo de soma zero”. Percebe-se, com clareza essa questão cultural quando foi criado o sistema dos Juizados Especiais, especificamente o Federal e da Fazenda Pública, e os índices de conciliação nessa estrutura, que tem entre seus princípios a busca da composição pelo uso da conciliação, são insignificantes, culminando até mesmo com a supressão da audiência de conciliação pela ausência de postura das partes que possam viabilizar a composição, conforme hoje é a realidade dos Juizados Federais e da Fazenda Pública em Pelotas.

Nesse sentido, Mancuso (2015, pp. 349-350) destaca a necessidade de modificação no sentido dado ao acesso à justiça em face às consideráveis transformações sociopolítico-cultural-econômicas ocorridas desde o século passado, sendo inadmissíveis os “[...] qualitativos exagerados e ufanistas, senão já utópicos, representados por vocábulos grandiloquentes, tais verdadeiras palavras de ordem, como ‘universalidade’, ‘indeclinabilidade’, ‘ubiquidade’”. Ademais, ressalta haver uma “[...] cultura demandista” decorrente da visão do processo como “arena de combate”, “tudo na perspectiva de uma judicialização generalizada, irrestrita e, a certos respeito, até banalizada (a chamada judicialização do cotidiano)”.

Também acolhe a ideia da existência de uma cultura de litígio a processualista Ada Pellegrini Grinover, que entende existir na sociedade contemporânea um “elevado grau de litigiosidade”, fenômeno que associado à universalidade da jurisdição implica no aumento do número de processos, mas cuja solução, segundo Grinover (2015, p. 349), não está no incremento do quadro da magistratura, pois “[...] quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve”.

Tal visão da eminente processualista, neste trecho reproduzido, salvo melhor juízo, parece ser contraditória, ou até mesmo restrita ao aspecto jurisdicional, alijada das questões de natureza social e política. Impor a uma maior facilitação de acesso aos tribunais o incremento do número de demandas, justificando, desse modo, a omissão no aumento do número de magistrados, parece ser absurdo. Evidente que o acesso aos tribunais não pode ser vulgarizado, tampouco, como expõe Mancuso (2015, p. 353):

[...] não pode degradar-se numa oferta prodigalizada, generalizada e incondicionada, a projetar nos jurisdicionados – efetivos ou eventuais – uma expectativa exagerada quanto à *solução adjudicada*, a que o Estado não consegue atender; ou, pior, tentando fazê-lo, envereda pela armadilha da justiça de massa, tisonada pela busca obsessiva de *celeridade a qualquer preço*, tudo resultando numa resposta de baixa qualidade, muito aquém daquela que deveria receber o jurisdicionado, revelando-se excessivamente demorada, onerosa, imprevisível e, no tocante aos comandos condenatórios ou prestacionais, pouco eficiente no plano prático.

Porém, igualmente não se pode desconhecer que o advento da Constituição Federal de 1988, acompanhada da organização das Defensorias Públicas, oportunizou a sociedade a defesa de direitos no âmbito do Poder Judiciário. E também é verdade que a outorga de direitos fundamentais pela Carta Magna, desacompanhada de políticas públicas capazes de viabilizar a concretização destes direitos, é um fator relevante no incremento dos números da judicialização, exatamente como se percebe em relação ao direito à saúde.

Contudo, quando se menciona a existência de uma cultura jurídica de conflitos, não se pode deixar de referir algumas razões apresentadas por Janaína Penalva (2015, p. 171) ao analisar dados estatísticos do CNJ, relativos aos maiores litigantes brasileiros, bem como quanto ao panorama estatístico do Poder Judiciário no território pátrio. Referida autora destaca inexistir a tão propalada

cultura do litígio, identificando, porém, a presença de *uma* cultura do litígio, isto porque o setor público, as empresas de telefonia e os bancos são os maiores litigantes na Justiça brasileira. Desse modo, afirma a autora que demandas em face de bancos e de empresas de telefonia sinalizam a “[...] baixa regulação do poder público e não um ímpeto de litigar judicialmente do brasileiro”. E, de outro lado, a condição do setor público entre os maiores litigantes sinaliza, entre outras questões, a postura do Estado em descumprir o atendimento a direitos dos cidadãos, especialmente de direitos fundamentais, como a saúde, culminando no tão propalado fenômeno da judicialização da saúde.

Sadek (2014, p. 60), corroborando tais afirmativas, expõe:

O Judiciário acaba por se transformar em órgão estatal responsável pela solução de litígios, sobretudo do setor público federal, estadual e municipal, dos bancos, das empresas prestadoras de serviços. Sobre pouco espaço para a instituição cumprir suas atribuições constitucionais relacionadas à garantia dos direitos e à composição dos conflitos de interesses. Ademais, a demanda por direitos, longe de ser universal, provém de setores privilegiados da sociedade. Em consequência, dado o volume de processos e o perfil dos que postulam judicialmente, a instituição sofre de inchaço, cuja dilatação, além de dificultar sua atuação, contribui para a construção de uma imagem negativa junto à população. Em outras palavras, a porta de entrada atrai um tipo de litigante e desencoraja ou se fecha para a grande massa de indivíduos incapazes de manejar instrumentos de efetivação de seus direitos, produzindo um paradoxo: demandas demais e demandas de menos. Nesse sentido, a porta de entrada não se configura como possibilidade de inclusão e de construção da cidadania. Tal deficiência é confirmada por pesquisas junto à população. Levantamento feito pelo Ipea, em 2010, registra que 63% dos indivíduos que declararam ter vivenciado um problema sério não procuraram o Judiciário. Estudo realizado pela Escola de Direito da FGV-SP, em 2012, evidencia que a procura pelo Judiciário se concentra entre pessoas com maior nível de renda e de escolaridade.

Os mecanismos progressivamente adotados pelo Estado Brasileiro, a fim de minimizar os efeitos da excessiva demanda judicial de processos, indiscutivelmente denotam a preocupação com a efetividade do acesso à justiça em sua concepção mais ampla e profunda, mas igualmente também podem indicar a preocupação subliminar do Estado com o excessivo custo da máquina no Poder Judiciário e, mais especificamente, dos processos judiciais, em que pese sejam escassos os estudos sobre o real custo dos processos judiciais.

Todavia, não se pode desconsiderar que para a concretização dos instrumentos diferenciados para solução das disputas se faz imprescindível a mudança no perfil dos profissionais do direito, na verdade, uma transformação da

cultura jurídica. Conforme afirma Marcos Paulo Veríssimo (2006, p. 197), “[...] é preciso que a crença na lei como elemento organizador do processo seja substituída por confiança no bom senso judicial para a especificação dos caminhos procedimentos a seguir”.

As reformas processuais adotadas ao longo do tempo, através das quais se buscou privilegiar a oralidade e simplicidade nos procedimentos, pouco efeito surtiram quanto à morosidade judicial, pois, sem dúvida, há resistência dos atores judiciais em acolher tais proposições. Nesse sentido, frisa Janaína Penalva (2015, p. 172):

Investigado por lentidão e ineficiência, o Estado apostou que mudanças legais no processo seriam razões para absolvição. Alterações legais nos ritos processuais feitas para simplificar os procedimentos e imprimir maior celeridade ao processo tiveram efeitos modestos até agora. É arriscado, mas não desarrazoado afirmar que tais mudanças seguirão inócuas se a teoria do direito sob a qual os juristas se movimentam permanecer fechada e formalista. É preciso ir ao fórum em trajes despojados.

Um sistema que leve a sério a possibilidade de soluções autocompositivas, que efetive a oralidade e a simplicidade como princípios de todo o sistema processual vai exigir operadores mais sofisticados. A oralidade e a simplicidade processual são princípios que deixam os atores soltos em cena. Quando estão sem os autos como apoio físico, tendo que aplicar o direito e solucionar o conflito em pé e sem caneta, os juristas de hoje vão ao chão ao primeiro passo. Eles não sabem falar. E quem não sabe falar não é capaz de acordar.

Percebe-se, desse modo, que, por exemplo, a adoção dos meios autocompositivos perpassa a revisão da postura dos profissionais do direito, incumbidos da orientação de seus clientes nos caminhos a serem seguidos para satisfação das pretensões, mas que se desprovidos de preparo e dotados de postura preconceituosa quanto a tais dinâmicas, estimulará o cidadão à litigiosidade e não à busca de meios de autocomposição. Há, inequivocamente, profunda e estreita relação, entre a visão cultural e os instrumentos construídos e utilizados para a solução dos conflitos.

No que diz respeito ao comportamento dos profissionais, cabe pontual aqui a interessante lucubração de José Renato Nalini (1994, p. 101) ao afirmar ser viável um aperfeiçoamento da atividade jurisdicional mesmo sem reformas processuais: “[...] poderá o juiz, no seu desempenho, contribuir para ampliar o acesso à Justiça mediante a adoção de nova postura mental, funcional e processual, pois de fato interessado no aperfeiçoamento e na eficiência de sua função, de molde a atingir maior número de destinatários”.

Sem dúvida vive-se a cultura jurisdicional, pois a visão populacional é no sentido de que o “juiz pode resolver tudo”³⁴. Nesse campo, Maria Tereza Sadek (2010, p. 11) expõe:

Para a maior parte da população a figura do juiz resume todo o sistema de justiça. O judiciário é percebido não apenas como o poder que profere sentenças, julgando, mas, também, como uma instituição responsável por fornecer respostas às mais variadas demandas por justiça. Atribui-se ao juiz amplas funções: iniciar uma questão, identificar o culpado, prendê-lo, puni-lo e reparar o mal. E, mais ainda, sua sentença deveria obedecer aos cânones de uma justiça rápida, independente das provas, sensível à opinião pública. Enfim, espera-se do judiciário, justiça no sentido mais amplo do termo, como se coubesse ao juiz pronunciar-se tanto sobre questões que constam dos autos como sobre toda e qualquer iniquidade social. Ignora-se, quase inteiramente, que o juiz é um agente passivo, que só opera quando provocado (quer pela promotoria, quer por advogados), baseia-se em provas que constem do processo, e que só pode agir segundo os ditames da lei. Em questões criminais, o judiciário, além de ser ativado, depende de investigações que têm origem em uma delegacia de polícia e de informações colhidas por um cartório. Estes constrangimentos, contudo, são normalmente desconsiderados.

Nessa linha, também reforça Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2000, p. 65) no sentido de que “[...] a figura do juiz se confunde com a própria ideia de justiça”. Ademais, afirma o autor que “[...] para a maioria do povo não interessa qual é o nome que identifica aquele magistrado, mas tão somente o fato de que ele é um juiz, personifica o justo, a própria justiça enquanto valor”.

A questão cultural na compreensão sobre a atuação jurisdicional é, inequivocamente, fator relevante para as condições atuais de função do Estado, especialmente pela própria visão da magistratura acerca do tema. Assim, em pesquisa realizada sob encomenda da Associação dos Magistrados Brasileiros, Maria Teresa Sadek (2005), indica em seus resultados que:

89,8% dos magistrados entrevistados acreditavam na necessidade de manter-se o monopólio da jurisdição, concentrado nas mãos do Poder Judiciário. Outros 78,3% compreendiam que *todas as formas de solução de controvérsias deveriam ser subordinadas ao Poder Judiciário*. Apesar de imobilizados por um volume de litígios que não conseguem vencer, os magistrados parecem compreender que mesmo

³⁴ Ao analisarem-se as ponderações de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, sobre a extensão dos poderes do Judiciário em face de atos de natureza administrativa, como se apresenta em item próprio adiante no presente texto, percebe-se a influência do direito romano nos poderes do juiz brasileiro. Ressalta Oliveira que sobressai “a outorga de poderes de *imperium* ao juiz brasileiro, próprias do Pretor romano, em contraposição à figura tradicional do juiz europeu-continental, chamado a desempenhar as modestas funções do *iudex* do direito privado romano”. (Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 151-152)

essa atividade de *prestação de serviços*, relacionada à *solução de conflitos privados*, envolve, o exercício intenso de uma dada forma de poder, da qual não querem abdicar. (SADEK, 2005)

Essa visão se deve, entre inúmeros fatores, também a um dos princípios da atividade jurisdicional, que estabelece a impossibilidade do julgador deixar de decidir determinada matéria e conflito, impondo-se o dever de pronunciar o direito, vedando a abstenção do juiz na apreciação das causas e, ademais, devendo julgar de forma fundamentada, o que exige, em determinados casos, criatividade.

Deve-se, ainda, contextualizar o fenômeno da expansão das atividades do Poder Judiciário como um fenômeno global, iniciado no fim século XX, quando a maioria dos países ocidentais “adotaram o Tribunal Constitucional como mecanismo de controle dos poderes Legislativo e Executivo” e, dessa forma, os Estados, por suas Constituições:

[...] através de seus juízes, passam a fornecer uma nova arquitetura institucional, viabilizando, desta forma, a participação do poder Judiciário nos processos decisórios, ou seja, o poder judiciário, ou ‘terceiro poder’, passa, a partir de então, a ocupar um lugar estratégico no controle dos demais poderes, especialmente do poder Executivo.(TONELLI, 2013, p. 43)

Na compreensão de Neal Tate (1995, p. 28) a expressão judicialização pode apresentar dois significados:

i) O processo pelo qual os tribunais e os juízes passam a dominar a elaboração de políticas públicas que deveriam ser realizadas pelos órgãos governamentais, ou seja, especialmente pelos poderes legislativo e executivo e ii) o processo pelo qual as negociações não judiciais e os fóruns de tomada de decisões passam a ser dominadas por regras e procedimentos “quase-judiciais” (legalistas). No primeiro caso, temos juízes ‘não políticos no exercício discricionário político, ou seja, agindo como os políticos. O segundo implica que, discricionariamente, os tomadores de decisão atuam como juízes ‘apolíticos’.

A situação dos processos que envolvem o direito à saúde demonstra esse panorama, pois são despejadas inúmeras pretensões dessa natureza no Judiciário, embasadas em uma prescrição de profissional da saúde, por vezes componente do quadro de médicos do SUS, outras tantas vezes, profissional da área privada, esperando-se do juiz uma decisão adequada, justa e capaz de produzir efeitos. Todavia, a atual conjuntura do Poder Judiciário, e a efetividade dessas tutelas judiciais, dão conta que as previsões normativas do direito à saúde, bem como as

regras processuais vigentes, são insuficientes para resolver o quadro caótico que se apresenta.

No que tange ao direito à saúde, a problemática reside no aspecto de que as demandas individuais, quando conseguem ser efetivas, satisfazem única e exclusivamente a parte do processo em que concedida. Contudo, o tema exige um tratamento amplo, dialógico e comunicativo entre direito e área da saúde, na qual se incluirão os profissionais legalmente considerados como da área da saúde.

Assim, obviamente, quando se identifica a atual situação de sobrecarga do Poder Judiciário, que vem sendo provocado a solucionar inúmeras demandas sociais que, na verdade, deveriam ser resolvidas em outras esferas, especificamente, a administrativa, percebe-se, com clareza, a engrenagem do Estado está impactada por sérios problemas, quiçá, até mesmo estruturantes da lógica do Estado Democrático de Direito.

Nessa necessária e indispensável relação comunicativa entre direito e saúde, na qual estão inseridos os temas da judicialização, da efetividade de direitos, da produção legislativa e da aplicação do Direito, naturalmente surgem as conexões entre Direito e política. Nesse sentido, Maria Paula Dallari Bucci, explicita:

No direito dos Estados Unidos, em que a ciência política está muito próxima do campo dos estudos jurídicos e as políticas públicas têm uma inserção mais antiga no direito público, observava William Clune: By definition, all law is public policy, in that is the collective will of society expressed in binding norms; and all public policy is law, in that it depends on laws and lawmaking for at least some aspect of its existence. Numa tradução aproximada: Por definição, **todo direito é política pública, e nisso está a vontade coletiva da sociedade expressa em normas obrigatórias; e toda política pública é direito; nisso ela depende das leis e do processo jurídico para pelo menos algum aspecto da sua existência...** (*grifo nosso*)(2001, p. 6).

Nessa linha, Bucci (2001, p. 1) esclarece que “[...] a necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais”.

Gianpaolo Poggio Smanio (2013, p.9), explica que “[...] a compreensão do Direito e da Política como sistemas autônomos, auto-organizados e autorreferenciais impede para muitos doutrinadores a percepção de um fenômeno que realiza uma interação entre ambos os sistemas”. Entende o autor haver uma

nítida “interseção entre a Política e o Direito no que se refere às Políticas Públicas”.

A realização dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, exige a postura intervencionista do Estado para concretizá-los, já que por força da Constituição há imposição de efetividade, surgindo, desta forma, embate social por direitos nos campos do Poder Legislativo e, até mesmo, Judiciário (BUCCI, 2006).

Aproximando as políticas públicas do Direito, Smanio (2013, p.10) frisa que:

Como fenômeno jurídico, notamos que as Políticas Públicas se traduzem por um complexo de normas jurídicas e assim podem ser definidas. Normas especiais, como proposto por *Eros Grau*, com fixação de objetivos a serem alcançados, mas também podendo realizar normas de conduta e normas de organização, como propôs Patrícia Helena Massa-Arzabe. Essa conceituação jurídica permite que as Instituições Jurídicas e os órgãos e Poderes do Estado possam efetivar as decisões Políticas e sofrer o controle necessário de sua atuação, sobretudo para assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos.

E é no campo dessa intervenção do Estado para assegurar os direitos fundamentais que o fenômeno da judicialização da saúde se encontra, tendo sobrecarregado, em especial na última década, o Poder Judiciário.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso³⁵ (p.3), explicita a compreensão desse fenômeno nos seguintes termos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

O autor atribui o fenômeno da judicialização a três aspectos centrais. O primeiro relacionado à redemocratização do país, que com a Carta Magna de 1988 expandiu poderes do Ministério Público e reestruturou o Poder Judiciário,

³⁵ O material consultado não tem indicação do ano de sua elaboração, constando nas referências a fonte.

alcançando-lhe poderes políticos. O segundo fator que contribuiu para a judicialização é a constitucionalização de inúmeros temas, transformando Política em Direito. Explicita Barroso (p. 4) que o impacto prático dessa medida está na circunstância de que, “[...] na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial”. Assim, passa-se a viabilizar a judicialização de questões como ensino fundamental, meio-ambiente equilibrado, e, por obviedade, o direito à saúde. Já o terceiro fator apresentado por Barroso como desencadeador do fenômeno da judicialização é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, o qual reúne características do sistema norte-americano ao permitir o controle difuso de constitucional, e, elementos europeus em relação ao controle concentrado de constitucionalidade.

Observa-se, assim, a partir da compreensão de Barroso, que o tema da judicialização é decorrência natural do fortalecimento do Estado Democrático de Direito, da construção da cidadania, que segundo Derek Heater “se define como la relación de un individuo no con otro individuo (...) o con un grupo, (...) sino basicamente con la idea de estado” (2007, p. 13), e ademais, em virtude da inércia dos Poderes do Estado de exercício e concretização de suas funções constitucionais, como é o caso da efetivação do direito à saúde.

Clarissa Tassinari, sobre o assunto, destaca que a judicialização apresenta-se como *questão social*, pois não depende esse fenômeno do interesse do órgão judicante, pois “[...] é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos”, acompanhado da ineficiência do Estado em realizá-los. (TASSINARI, 2013, p. 32).

Luiz Werneck Vianna, ao tratar do tema da judicialização das relações sociais, explicita, a respeito desse fenômeno, que o mesmo é decorrente da “[...]invasão do direito no mundo contemporâneo”, pois o direito vem “[...] alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado”, sendo exemplo dessas hipóteses referidas pelo autor as relações de gênero no ambiente familiar e o tratamento das crianças por seus pais ou responsáveis. (1999, p. 149)

De resto, Vianna também registra como fator contributivo ao fenômeno da judicialização a crise do Estado de Bem-Estar Social, quando se vislumbra a incapacidade do Legislativo e do Executivo corresponderem às expectativas das demandas sociais. Assim, o Judiciário emerge em um contexto de “[...] ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear os processos democráticos [...]”. (1999, p. 149)

Vianna (1999) destaca que, no Brasil, o fenômeno da judicialização vem acompanhado do movimento do Poder Judiciário de aproximação da sociedade, de ampliação do acesso à justiça, buscando-se a implantação de técnicas facilitadoras de acesso ao Poder Judiciário, vislumbrando-se, nessa época, a criação dos Juizados Especiais, norteados pelos princípios da celeridade e da informalidade. Frisa Vianna, sobre o tema e impacto dos Juizados no sistema brasileiro, e, por conseguinte, o fenômeno da judicialização:

[...] os Juizados representariam o momento em que o Poder Judiciário se torna reflexivo: as consequências decorrentes da ampliação do acesso à justiça que ele pôs em movimento, traduzidas em uma crescente legitimação social do seu papel de “guardião” dos direitos individuais e coletivos consagrados na Carta de 1988, tiraram a inocência do meio aparentemente neutro com que os magistrados pretendiam atuar sobre a sua própria cultura e práticas profissionais. Como expressão de um Judiciário que visou apenas estender sua malha de prestação jurisdicional, buscando a ‘litigiosidade contida’ onde ela se encontra, os Juizados talvez possam se constituir no *lôcus* jurisprudencial do direito, e, entre outros, de aproximação da sociedade brasileira, com o ideal de auto-organização, em um movimento em que o direito sirva, efetivamente à consolidação da cidadania e à idéia do bem-comum. (1999, p. 155)

De forma indissociável, a Carta Magna de 1988, ao reestruturar o Estado brasileiro, em especial, fortalecer institucionais como Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, bem como ao fixar vasto rol de direitos e garantias fundamentais, em conjunto com as demais medidas tomadas em diferentes instâncias, como é o caso das iniciativas de facilitação do acesso à justiça, contribuíram sobremaneira para o fenômeno da judicialização, para o qual corroborou, ainda, ineficiência do Estado em efetivar direitos, em especial, os relacionados à saúde e educação.

Inobstante a temática da judicialização seja um fator de preocupação pela sobrecarga que implica ao Poder Judiciário, sem dúvida, é decorrente da

deficiência de toda a engrenagem do aparelho estatal, em virtude da qual não vêem os cidadãos outra alternativa para garantir a efetividade direitos fundamentais senão pela via do Judiciário. De outra banda, porém, pode-se reconhecer que esse movimento expressa a capacidade social de exercer a cidadania.

Assim, segundo Vianna, não se deve compreender que a “[...] presença do direito na política e nas relações sociais possa reduzir-se a um sinal de patologia republicana e de decomposição do tecido da sociabilidade”. Ao contrário, conforme Vianna, essa mobilização denota “[...] um movimento propiciador da criação da república onde ela, de fato, inexistente, e da construção de uma agenda cívica”. (1999, p. 258)

O fenômeno da judicialização, embora os impactos negativos que aparentemente causa, impõe, de outra banda, ser encarado como instrumento para fortalecimento de uma democracia dialógica. Embora o Poder Judiciário não seja o nicho estatal mais apropriado para tanto, quando se está diante de um Estado de Bem-Estar ineficiente, os Poderes Legislativo e Executivo desacreditados, o instrumento disponível ao cidadão é o Judiciário, no qual busca efetivar os direitos que os outros dois poderes não alcançam concretizar.

Contudo, percebe-se a significativa majoração de processos que vão sendo encaminhados ao Judiciário, em especial na área da saúde, sendo expressivo o número de demandas para fornecimento de medicamentos, exames, cirurgias, concessão de leitos, porém, sem que se vislumbre, de outro lado, a real capacidade do Poder Judiciário em efetivar em tempo razoável o direito pretendido, o que implica no desrespeito de outro direito fundamental, no caso, a duração razoável dos processos, prevista no art. 5º, LXXVIII, CF.

Buscando-se dados estatísticos sobre o fenômeno da judicialização em saúde, encontra-se a análise feita pelo juiz federal Clenio Jair Schulze (2016), segundo o qual, no relatório do CNJ Justiça em Números, de 2016, ano-base 2015 tem-se os indicadores abaixo apresentados, os quais reúnem processos ajuizados até 2015 e todas as demandas existentes no 1º grau, no 2º grau, Juizados Especiais, STJ, Turmas Recursais e Turmas Regionais de Uniformização:

Assunto[4]	Quantidade
Serviços em saúde	61.655
Fornecimento de medicamentos	200.090
Tratamento médico-hospitalar	60.696
Tratamento médico hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos[5]	151.856
Convênio médico com o SUS	737
Planos de saúde (direito do consumidor)	293.449
Planos de saúde (benefício trabalhista)	36.611
Doação e transplante órgãos/tecidos	491
Saúde mental	3.001
Controle social e Conselhos de saúde	1.468
Hospitais e outras unidades de saúde	5.642
Erro médico	38.810
TOTAL	854.506

Schulze (2016) também apresenta a evolução desses números, conforme os Relatórios Justiça em Números do CNJ, segundo os quais em 2011 eram 240.980 processos, e, em 2014, atinge 392.921, alcançando-se o estrondoso patamar de 854.506 em 2016. O autor destaca dois fatores para esse aumento significativo dos números, o primeiro o real incremento das ações ajuizadas pela defensoria Pública, Ministério Público e escritórios particulares, mas, também, o fato de que no último relatório todas as informações foram obtidas por meio eletrônico, o que outorga maior confiabilidade aos registros.

Ao vislumbrarem-se esses indicadores, juntamente com os outros dados relacionados aos números de ações judiciais³⁶, desponta, com clareza, a sobrecarga que recai no Poder Judiciário e fortalece o antigo problema da morosidade. Com isso, mais um desafio se impõe, qual seja o de alcançar efetividade no direito fundamental da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII, CF), sem prejuízo dos enfrentamentos necessários para assegurar a garantia fundamental do acesso à justiça, e, também, a tramitação preferencial dos processos.

Especificamente quanto ao tema da judicialização da saúde, é pertinente apresentar alguns aspectos localizados na investigação dos processos de saúde na Comarca de Pelotas, os quais foram divididos quanto a questões obtidas nas ações que versam sobre pedido de medicamentos e, outros, identificados nas ações que

³⁶ Segundo Clenio Schulze, conforme os relatórios do CNJ de 2016, são mais de 102 milhões de processos em tramitação no Judiciário brasileiro.

pretendem a obtenção de cirurgias ou outros procedimentos, como, por exemplo, a realização de exames.

No que tange aos processos com pedido de medicamentos, encontrou-se quatorze autos em que foi deferida a tutela antecipada de medicamentos, o que representa 22,58% no campo de pesquisa construído, representando o total de 62 processos analisados.

A partir disso, foram apurados os elementos indicados nas razões de decidir, conforme se apresenta a seguir, objetivando-se detectar quais as condições desses processos, no que tange à prova carreada pela parte requerente e, sua correlata força de convicção para o julgador.

A verificação dos fundamentos decisórios oportuniza revelar as circunstâncias processuais que levaram ao acolhimento dos pedidos de tutela antecipada de medicamentos, em especial quando se apura que em muitas demandas as pretensões veiculadas sequer são de fármacos constantes nas listas do SUS.

Embora nesse quadro a proposta seja demonstrar os fundamentos apresentados pelo julgador nas razões de sua decisão, permitindo-se conhecer os elementos de convencimento para a tutela jurisdicional que defere o pedido de tutela antecipada formulado, é igualmente possível identificar a data de concessão da tutela antecipada, indicada na primeira coluna como “Data T.A”, e, na terceira coluna, apurar se houve a satisfação do jurisdicionado.

Pertinente explicitar que o instituto da tutela antecipada está previsto no art. 300, CPC/2015, segundo o qual essa medida será concedida quando houver cumulativamente elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Já no CPC/1973, o art. 273, estabelecia que demonstrada a verossimilhança da alegação, juntamente com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou a caracterização do abuso de direito, ou o manifesto propósito protelatório do réu, estavam preenchidos os pressupostos para a tutela antecipada.

Desse modo, os pronunciamentos judiciais a seguir transcritos, nos quais foi concedida a antecipação de tutela, deverão ter observado, conforme a data de ingresso dos processos, os pressupostos acima assinalados.

QUADRO 1
SOBRE AS RAZÕES DE DECIDIR PARA DEFERIR
A TUTELA ANTECIPADA DE MEDICAMENTOS

PROCESSO	FUNDAMENTOS DO DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA	Notícia nos autos de cumprimento ou de descumprimento
586-7 SAJ UCPEL Distrib. 29.06.09 Data T.A.03.07.09	Comprovada a necessidade de fraldas pela enfermidade, autismo.	24.09.09 – informado que autor não está recebendo. Até maio/2016 persistiu fornecimento irregular.
029-4 Defensoria Distrib.17.04.15 Data T.A.22.04.15	Concedida a tutela dos medicamentos fora da lista do SUS, estando fundado no laudo que justifica a necessidade pelos efeitos colaterais dos fármacos constantes no SUS	04.05.15 – informado que não recebidos os remédios. 02.07.15 – realizado bloqueio de valores 10.07.15 – notícia do recebimento.
055-2 Defensoria Distrib. 17.03.15 Data T.A.18.03.15	Comprovada a necessidade de uso do medicamento específico por laudo, bem como a negativa administrativa	24.04.15 – informado que não entregues os medicamentos. 18.05.15 – realizado bloqueio de valores 08.06.15 – notícia do recebimento dos medicamentos.
206-0 Defensoria Distrib.09.01.15 Data T.A.13.01.15	Há laudo médico firmado por profissional do SUS, que atesta o uso de medicamentos do SUS sem efeito, sendo necessário o fármaco fora da lista do SUS	Não há notícia de cumprimento ou de descumprimento da ordem.
448-0 Defensoria Distrib.02.06.14 Data T.A.04.06.14	Pleito de drogas constantes na lista do SUS, havendo atestado médico que explicita a necessidade.	27.06.14 – informado que instaurado processo de compra. Apenas em 29.05.15 Defensoria informa que está sendo fornecido.
409-2 Defensoria Distrib.07.03.14 Data T.A.18.03.14	Deferida a tutela para fornecimento de fraldas, pois há atestado de Alzheimer, estando pleito relacionado à higiene e dignidade da pessoa.	09.07.14 – informado que não há fornecimento. 31.07.14 – deferido bloqueio de valores
139-2 Defensoria Distrib.23.01.13 Data T.A.25.01.13	Deferido o pedido porque há atestado que justifica a necessidade.	18.06.13 – informado que não cumprida a ordem judicial e requerido bloqueio de valores
210-3 Escritório particular Distrib. 14.03.11 Data T.A.16.03.11	Deferida a tutela porque há documentos na inicial que comprovam a necessidade	14.04.11 – em defesa os réus alegam que medicamentos não compõem a lista do SUS, pelo que não devem ser fornecidos. 05.07-11 – parte requer bloqueio de valores para a compra dos remédios, o que foi deferido.
915-3 SAJ UCPEL Distrib. 29.04.13 Data T.A.30.04.13	Deferidos os fármacos constantes em lista do SUS, pois atestada a necessidade.	21.06.13 – parte informa que não recebeu o pleito e requer bloqueio de valores, concretizado em 23.09.13 e recebidos os valores pela parte em 13.10.13.
014-4 Defensoria	Deferida a tutela pois apresentados laudos justificando a	11.06.15 – autora informa que não recebeu medicamentos,

Distrib. 09.01.15 Data T.A.13.01.15	ausência de resultados no tratamento com outras drogas, estando demonstrada a necessidade dos fármacos prescritos, fora da lista do SUS.	deferido bloqueio para Coordenadoria de Saúde em 23.06.15 01.07.15 parte informa que foi chamada na Farmácia Pública
364-4 SAJ – Atlântico Sul Distrib. 29.03.11 Data T.A.31.03.11	Deferida a tutela porque medicamentos estão na lista do SUS	26.09.11 – autor ainda não recebeu remédios e concordou com sugerida para droga do SUS, que até junho de 2015 foi fornecido regularmente, havendo no sistema, segundo o juízo, 110 caixas disponíveis.
799-1 Ministério Público Distrib. 10.07.15 Data T.A.13.07.15	Pedido de medicamento a base cannabidiol. Deferido porque prescrição é por centro de especialidades da PUCRS, e há laudo indicando que outros medicamentos não fizeram efeito.	Não houve cumprimento da medida. 27.08.15 – realizado bloqueio em favor da Coordenadoria, mas não foi possível a aquisição pela necessidade de conta bancária, liberando-se alvará em 02.10.15 para aquisição em nome do representante legal da beneficiária.
598-0 Defensoria Distrib. 03.06.15 Data T.A.05.06.15	Deferido porque apresentado laudo indicando outros medicamentos usados, os quais geraram efeitos colaterais.	20.07.15 – informado que nunca houve o fornecimento. 15.09.15 – informado o recebimento dos fármacos.
909-0 Ministério Público Distrib. 26.06.16 Data T.A.15.08.16	Deferido porque há pedido administrativo sem atendimento	Não há notícia de cumprimento ou de descumprimento de determinação judicial.

Os teores dos fundamentos expressos nas decisões interlocutórias dão conta de, pelo menos, dois grupos mais significativos:

O primeiro é aquele em que o deferimento da tutela antecipada respalda-se em prova documental robusta, especificamente, laudo médico detalhado sobre a situação e a necessidade do paciente, inclusive com a indicação de outros medicamentos já utilizados, mas sem a produção dos efeitos necessários.

E, o segundo, relacionado aos casos de pedidos de fármacos constantes em lista do SUS, acompanhado da prescrição médica que justifica a necessidade.

Percebe-se, com clareza, nos autos examinados, que a partir de 2014, os despachos iniciais dos juízes são no sentido de que se a parte apresenta o requerimento com laudo médico completo, inclusive para pleitos de medicamentos fora da lista do SUS, mas com justificativa detalhada pelo médico, que não só explicita as razões para a prescrição apresentada, mas também os motivos pelos quais os remédios da lista do SUS não estão sendo indicados, a pretensão é deferida.

Tem-se a nítida percepção de que, a contar de 2014, o Poder Judiciário passou a zelar pela concessão de medicamentos apenas para as circunstâncias em que a petição inicial foi instruída com documentos suficientemente esclarecedores sobre a necessidade do paciente. Percebe-se que há o entendimento de que o princípio da universalidade e da integralidade do direito à saúde implica na concessão dos fármacos pleiteados, porém, com a demonstração detalhada dessa necessidade.

Evidencia-se tal conclusão pela presença, nos referidos processos, de um “padrão de laudo médico judicial”, fornecido pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, segundo o qual o médico deve informar, além dos dados de identificação do paciente, a “denominação comum brasileira” do fármaco, a indicação da substância atividade, o nome de comercialização, o período de uso, a posologia, a dosagem diária e mensal. Ademais, explicitar quais as consequências se o paciente não fizer o uso do remédio. Por fim, no mencionado formulário, cabe ao profissional de saúde trilhar as seguintes diretrizes:

- **Justificar** a razão pela qual não restou prescrito remédio/insumo integrante das listas padronizadas do SUS e/ou dos Protocolos Clínicos.
- **Explicar quais os efeitos benéficos** do uso do fármaco/insumo prescrito não integrante das listas padronizadas do SUS e/ou Protocolos Clínicos.
- **Especificar** os medicamentos/insumos integrantes das Listas e/ou Protocolos Clínicos que já foram ministrados ao paciente e não foram eficazes no combate da patologia, bem como quais os efeitos colaterais produzidos no organismo do paciente.
- **Fazer comparação** entre os fármacos/insumos das(os) Listas/Protocolos Clínicos e os que não integram, apresentando Evidências Científicas e Estudos Literários atuais do fármaco/insumo prescrito que não integra as Listas/Protocolos Clínicos da rede pública, demonstrando que são mais eficazes para o controle da moléstia.

O teor das decisões judiciais em que foi concedida a tutela jurisdicional de fármacos demonstra a indispensabilidade de prescrição médica detalhada, na qual o profissional de saúde manifeste não apenas a necessidade do medicamento, mas que também justifique a imprestabilidade das drogas oferecidas pelo SUS para o caso concreto.

A iniciativa da Defensoria Pública, de subsidiar seus assistidos com esse modelo de laudo, sem dúvida, para a relação processual, é digna de registro, pois permite apresentar ao julgador as questões de natureza técnica, pertinentes à área farmacológica e clínica, viabilizando decisões judiciais mais seguras quanto à real necessidade do paciente.

Ademais, não se pode deixar de descartar que alguns laudos não são integralmente preenchidos pelos médicos, o que, diante do panorama identificado no Poder Judiciário, implica no não acolhimento da tutela antecipada requerida, em flagrante prejuízo ao paciente.

Em relação à duração razoável do processo para esses casos, exclusivamente de pedidos de medicamentos e concessão do pleito em sede de tutela antecipada, a média para o primeiro pronunciamento judicial, no qual foi deferida a antecipação do pedido, foi identificada em 3,07 dias, sendo, outrossim, nesse contexto, inclusive menor do que a média geral dos processos, de 4,38 dias.

Evidente que apurar a média de tempo para o deferimento da tutela antecipada não autoriza afirmar a efetividade dessa prestação, vez que o cumprimento das ordens judiciais se dá na esfera dos poderes Executivo municipal e/ou estadual. Porém, considerando a proposta de verificação investigativa sobre a duração razoável do processo judicial, há, inequivocamente, elementos a confirmarem essa observância no intervalo entre a distribuição processual e a análise do pedido de antecipação de tutela.

Já em relação à satisfação dos jurisdicionados quanto aos pleitos formulados e concedidos, e o respectivo tempo para efetivação das medidas, não é possível identificar, com precisão, após a intimação do(s) réu(s), quando as ordens judiciais foram cumpridas. Na verdade, na sequência do decurso do prazo fixado no pronunciamento judicial para o cumprimento da tutela concedida, não há informações apresentadas pelo(s) réu(s) quanto ao atendimento da ordem, e, tampouco, pelos autores. Assim, são deficitárias as informações para viabilizar a identificação segura quanto à satisfação da parte autora e o respectivo tempo para tanto.

Pode-se, porém, em face dessa omissão, presumir que, nesses casos, a parte restou satisfeita, pois ao não ser noticiado o descumprimento da determinação judicial, é porque foi atendida, sendo nessa linha a interpretação dos dados a seguir apresentados. Contudo, nesses casos, não será possível apontar o tempo para o cumprimento, indicando-se – por presunção – apenas o atendimento da prestação. Assim, nessas hipóteses serão esses processos considerados como hipóteses de efetividade da prestação jurisdicional, mas sem apuração do tempo para tal eficácia.

Já nos casos de descumprimento da determinação judicial, constata-se, com frequência, logo a seguir do comunicado no processo acerca do não fornecimento dos fármacos deferidos em sede de tutela antecipada, a determinação da medida de bloqueio de valores para a aquisição dos remédios. Assim, nesses casos, procede-se a apuração do tempo de satisfação do jurisdicionado, o que será apresentado no capítulo específico sobre duração razoável do processo.

QUADRO 2

PRINCIPAIS FUNDAMENTOS PARA INDEFERIMENTO DEFÁRMACOS

Indeferimento
Ausência de previsão lista do SUS
Ausência de previsão lista do SUS e omissão no laudo médico quando a necessidade destes e dispensa dos previstos em listagem)
Para a doença de que é portador (pulmonar obstrutiva crônica) o autor tem protocolo no SUS e o laudo não justifica o fármaco indicado
Para a doença de que é portador (câncer da medula espinhal) o autor tem protocolo no SUS e o laudo não justifica o fármaco indicado
Receituário é da rede particular e não há laudo que justifique a necessidade dos medicamentos

Percebe-se, dessa forma, a partir do teor dos deferimentos analisados, bem como das negativas de fornecimento de medicamentos, a relevância de laudos médicos completos, que justifiquem a necessidade dos fármacos pleiteados, indicando-se, outrossim, a razão para a dispensa daqueles constantes em listagem do SUS, quando for o caso.

Apresentados alguns aspectos localizados sobre o tratamento processual, na Comarca de Pelotas, nos casos das ações com pleitos de medicamentos, passa-se a apresentar o tratamento conferido aos demais processos examinados. Desta feita, são processos que contemplam, também, pedidos de cirurgias e de exames médicos, sem prejuízo, ainda, em menor número, de algumas pretensões relacionadas à consulta médica com especialista ou leito de internação hospitalar ou psiquiátrica. Com efeito, passa-se a expor nesse item os índices de deferimento

e de indeferimento das tutelas antecipadas pleiteadas, bem como as respectivas razões de decidir.

Assim, são dezenove processos cuja pretensão é a realização de cirurgia e/ou exames médicos, o que equivale a 30,64% do universo investigado.

Nesses dezenove processos, tem-se a distribuição, quanto aos pronunciamentos judiciais iniciais, no teor do quadro abaixo.

QUADRO 3

PRONUNCIAMENTOS NOS PROCESSOS DE CIRURGIA/EXAME

Teor do primeiro pronunciamento judicial	Número de processos
Deferimento da tutela antecipada	9
Indeferimento da tutela antecipada	2
Pedido de informação ao réu sobre posição do autor na fila de espera	5
Determinação de comprovação do requerimento/negativa administrativa	1
Determinada consulta com médico especialista do SUS	2

Pelos dados obtidos, observa-se que em nove processos, ou seja, 47,37% desses em que foi pleiteada a realização de cirurgia ou de exame, a pretensão foi deferida. Em 10,53% houve o indeferimento, sendo que em uma das ações a negativa da pretensão se deu pela ausência de laudo médico que justificasse a necessidade cirúrgica, e, no outro caso, a decisão esteve embasada em informações da assessoria do juízo de que, em contato com setor de traumatologia, o autor tem procedimento agendado. Em 26,31% das demandas a análise do pedido liminar restou postergado para que fosse provocado o réu a informar sobre a posição do demandante na lista de espera administrativa. Em 5,26% houve a determinação judicial para que a parte apresentasse a comprovação do requerimento/negativa administrativa. E, por fim, em 10,53% das causas registrou-se a determinação, antes da análise da antecipação de tutela a consulta com especialista do SUS.

No que tange ao detalhamento das circunstâncias processuais em cada um dos grupos acima, passa-se a detalhar o alcance do procedimento cirúrgico ou de exame pelo jurisdicionado nos casos de deferimento da tutela antecipada.

Além disso, também cabe refletir, nesse panorama numérico de demandas em tramitação no Poder Judiciário, sobre o tema do acesso à justiça e sua compreensão da contemporaneidade, em especial para oportunizar o diálogo, adiante, sobre os dados de duração razoável do processo, efetividade das tutelas judiciais de saúde na Comarca de Pelotas (conforme pesquisa realizada),e, ainda, o fator da tramitação preferencial do processos.

7. ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

A temática do direito à saúde e a sua judicialização, inevitavelmente impõe que questões relacionadas aos assuntos de políticas públicas e do direito processual civil, enquanto instrumento para a provocação do Poder Judiciário, e, por óbvio, concretização do fenômeno da judicialização, sejam traçadas e cotejadas.

Um dos itens centrais de crítica nos estudos que versam sobre a judicialização da saúde encontra respaldo do potencial desrespeito decorrente da intervenção do Poder Judiciário na dinâmica das políticas públicas de saúde, imputando-se à proteção judicial do direito à saúde impactos negativos e desastrosos no âmbito da administração pública do direito à saúde. No entanto, a crítica decorre muito mais pela constatação do ativismo judicial, do que propriamente pelo fenômeno puro da judicialização, sendo fundamental compreender-se a distinção entre tais episódios.

Luis Roberto Barroso³⁷ explicita que, embora a judicialização e o ativismo judicial sejam institutos muito próximos, precisam ser compreendidos diante das nuances e peculiaridades de cada um. Enquanto a judicialização é decorrente do modelo constitucional adotado no sistema brasileiro, o ativismo está vinculado a concepção de necessidade de participação mais intensa do Judiciário para concretização dos valores constitucionais. Assim, o ativismo depende de alguns pressupostos para ser caracterizado, especificamente, segundo Barroso, de condutas que devem incluir:

(i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.³⁸

Desse modo, presentes tais condutas, segundo Barroso, pode-se identificar a prática do ativismo judicial.

³⁷ Conforme já explicitado em citação anterior desse material, não há indicação do ano dessa produção, localizando-se nas referências a fonte da pesquisa.

³⁸ *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, disponível em <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em 24 de junho de 2017.

Iris Catarina Dias Teixeira (2015, p. 61) , ao abordar o assunto do ativismo judicial, destaca que a forma de compreensão do Judiciário acerca de alguns princípios constitucionais denota a prática – segundo a autora – pernicioso do ativismo. Exemplifica-se, desse modo, que o embasamento de decisões judiciais no princípios da dignidade da pessoa humana, da proibição de retrocesso, da proteção ao mínimo existencial e, contraditoriamente, também a cláusula da reserva do possível, denotam, na expressão do Ministro Dias Toffoli, “principlolatria sem freios”.

Cabe questionar, por conseguinte, se nos casos de judicialização do direito à saúde temos ativismo judicial ou mera atuação do Judiciário para assegurar aos cidadãos a realização do direito fundamental à saúde?

Em todos os processos analisados, pelo teor dos pronunciamentos judiciais, não houve manifestamente a prática do ativismo judicial. Ao contrário, as decisões judiciais interlocutórias analisadas são bastante firmes em conceder serviços ou produtos de saúde apenas previstos nas normativas do SUS, ou, quando o pedido extrapola a previsão administrativa, desde que esteja justificada a pretensão em laudo médico. Assim, não se localizou nos processos investigados práticas judiciais características de ativismo.

Apenas para contribuir com a reflexão, é pertinente destacar o seguinte esclarecimento de Luis Roberto Barroso quanto a postura judiciária oposta ao ativismo, qual seja a “auto-contenção judicial”, segundo a qual o Judiciário comporta-se para reduzir e evitar sua interferência nos outros Poderes:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.³⁹

³⁹ Nos termos já indicados, esse texto de Barroso não tem indicação do ano de sua elaboração, mas está indicado nas referências finais, inclusive com apresentação da fonte.

A questão, nesse embate sobre ativismo e contenção do Judiciário, é definir, diante da realidade das condições do Estado brasileiro, como mais adequada a diretriz do ativismo ou da contenção. Ou, ainda, se diante do teor das disposições constitucionais, há espaço jurídico para a auto-contenção, ou se foi opção do Constituinte acolher a prática ativista.

Ainda que esse não seja o enfoque dessa investigação, cabe expressar o entendimento de que os termos constitucionais contemplam e dão guarida à postura ativista do Poder Judiciário no sistema jurídico pátrio, especialmente no cenário do direito à saúde. Por mais que se reconheça os inegáveis impactos da judicialização da saúde nas políticas públicas, negar a prática do ativismo nessa seara sinaliza ser contraditório diante do forte arcabouço principiológico e de direitos fundamentais constantes na Carta Magna. Além disso, embora o espectro da pesquisa realizada não viabilize uma conclusão afirmativa nessa linha, pois restrita apenas a Comarca de Pelotas, é possível indicar que um percentual muitíssimo expressivo das demandas de saúde centra-se no pleito de produtos ou serviços sem maiores especificidades. Tanto assim que se identificou, em vários processos, o pleito das mesmas prestações, como, por exemplo, angiotomografia, cirurgia bariátrica e procedimentos traumatológicos.

Frente a tal constatação, não pode ser outro o entendimento senão o de que a intervenção do Poder Judiciário para dar guarida aos cidadãos desassistidos em direitos garantidos constitucionalmente, é imprescindível, em especial diante das disposições constitucionais de promoção da cidadania e do bem-estar como valores.

É evidente que no sistema jurídico e político idealizado a proteção à saúde deveria ocorrer apenas na esfera administrativa, ou seja, pela gestão dos recursos públicos. Porém, quando a ineficiência estatal se apresenta flagrante, exige-se que o Poder Judiciário intervenha como último recurso para uma sociedade carente de gestores que defendam efetivamente os interesses da maioria. Não se está, com tal afirmativa, sinalizando que o Poder Judiciário é capaz de resolver o dramático problema do acesso à saúde, porque de fato as constatações não são nesse sentido. Contudo, não é razoável negar ao Judiciário esse relevante papel na sociedade porém,

Para que haja organização do Estado capaz de intervir e atender as demandas sociais, segundo Di Giovanni (2014), faz-se necessário a presença de

alguns elementos, tais como capacidade de planificação consolidada nos aparelhos de Estado, coexistência e independência de poderes, vigência de direitos de cidadania e, ainda, capacidade coletiva de formulação de agendas públicas.

Todavia, para compreender o tema das políticas públicas, de forma indissociável, apresentam-se questões de natureza política, em especial nessa conexão entre políticas públicas, direitos sociais e judicialização.

Surge a política como ação do Estado porque este intercede na relação entre os diferentes, não sendo ela “inerente à natureza dos homens, mas resulta do imperativo de convivência entre eles, que não apenas são diferentes do ponto de vista da idade, do sexo, da cor, da etnia, mas possuem valores, crenças, opiniões e ideologias distintas [...]” (PEREIRA, 2009, p. 89).

A política, como expõe Pereira (2009, p. 89), é forma de regulação social historicamente adotada, sendo “[...] instrumento de consenso, negociação e entendimento entre as partes conflitantes”. Situa-se ao lado da coerção, a qual é utilizada pelo Estado quando há falência da política, como, por exemplo, nas ditaduras. Nesta direção, a política:

[...] compõe-se, ao mesmo tempo, de atividades formais (regras estabelecidas, por exemplo) e informais (negociações, diálogos, confabulações) adotadas num contexto de relações de poder e destinadas a resolver, sem violência, conflitos em torno de questões que envolvem bens e assuntos públicos. Mas, ela é também, nos termos de Aristóteles, o estudo dessas atividades e dos arranjos adotados pelos homens para coexistirem em sociedade (PEREIRA, 2009, p. 91).

Contudo, como mencionado anteriormente, a expressão política apresenta sentido clássico e outro mais atual, relacionado às ações do Estado que visam atender as necessidades e as demandas da sociedade. Neste nicho encaixa-se a questão de política pública, a qual abarca a política social.

Porém, neste estudo, optou-se pelo uso da terminologia “política pública” e não “política social”, adotando-se, assim, o posicionamento de Pereira, para quem as políticas sociais pertencem ao gênero das políticas públicas, sendo ambas “políticas de ação”, nas quais é requerida a “participação ativa do Estado, sob o controle da sociedade, no planejamento e execução de procedimentos e metas voltados para a satisfação de necessidades sociais”. Pereira destaca que “política pública expressa, assim, a conversão de demandas de decisões privadas e estatais

em decisões e ações públicas que afetam e comprometem a todos” (2011, pp. 173-174).

As políticas públicas são um ramo da ciência política no qual se investiga “[...] como e por que os governos optam por determinadas ações” (SOUZA, 2006, p. 22). Nessa linha, Paula Arcoverde Cavalcanti, expõe em sua tese de doutorado o seguinte entendimento, o qual se extrai sintetizando a diversidade de posicionamentos localizados na doutrina especializada:

As políticas públicas são entendidas como feitas em nome do "público"; a política geralmente iniciada por um governo; as políticas públicas podem ser implementadas por atores do setor público, atores de setores privados ou ainda por atores de organizações não governamentais; a política pública é o que o governo pretende fazer ou não fazer.

É possível perceber a existência de elementos comuns nas definições de política pública. Um deles é o referente à tomada de decisão e às ações a ela ligadas. Ou seja, as definições enfatizam, de um lado, o processo contínuo de tomada de decisões e, de outro, e de forma complementar o fato de que a política pública deve ser entendida como um conjunto de ações interligadas. Nesse sentido, alguns autores falam de políticas públicas que potencialmente serão implementadas, enquanto que outros estabelecem sua conceituação tendo em vista a efetiva implementação das ações em um determinado período de tempo (2014, p. 32).

Na busca de uma definição desta expressão, Pereira destaca ser necessário, antes de conceituar política pública, compreender a expressão política com uma conotação mais geral, relacionada aos temas clássicos, como, por exemplo, os atinentes às eleições, ao voto, aos partidos, ao parlamento e ao governo. Contudo, também apresenta um ângulo mais recente e limitado, referente “[...] às ações do Estado face às demandas e necessidades sociais da sociedade, desde que aquele se tornou crescentemente interventor” (PEREIRA, 2009, p.87).

Para Di Giovanni (2014, pp. 4-5), a política pública apresenta-se como uma “[...] forma contemporânea de exercício do poder nas sociedades democráticas”, sendo resultado de “uma complexa interação entre o Estado e a sociedade, entendida aqui num sentido amplo, que inclui as relações sociais travadas também no campo da economia”.

É recorrente na literatura que aborda a matéria das políticas públicas a distinção entre as expressões *polity*, *police* e *politics*, sendo relevante tal conceituação para o entendimento do complexo assunto. Desta forma, transcreve-se a exposição de Klaus Frey sobre o tema:

A dimensão institucional “polity” se refere à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político administrativo; no quadro da dimensão “politics” tem-se em vista o processo político, frequentemente de caráter conflituoso, no que diz respeito à imposição de objetivos, aos conteúdos e às decisões de distribuição; a dimensão material “policy” refere-se aos conteúdos concretos, isto é, à configuração dos programas políticos, aos problemas técnicos e ao conteúdo material das decisões políticas (2000, p. 217).

Na delimitação teórica das políticas públicas têm-se duas interpretações principais, segundo Pereira:

[...]a que privilegia o Estado como o produtor exclusivo de política pública, a ponto de conceber o termo *público* como sinônimo do termo *estatal*; e a que privilegia a relação dialeticamente contraditória entre Estado e sociedade como o fermento da constituição e processamento dessa política. Neste sentido, a política pública não é só do Estado, visto que, para a sua existência, a sociedade também exerce papel ativo e decisivo; e o termo público é muito mais abrangente do que o termo estatal (2009, p. 94).

Corroborando tal entendimento, também se destaca que as políticas públicas são concretizadas em nome do público, podem ser implementadas pelo próprio Estado, mas, também, por outros ramos da sociedade.

Nesta via, o Estado depende da política para sua manutenção, para estabelecer e robustecer as forças e funções do próprio Estado, bem como suas relações com a sociedade.

Com igual condução, Vicente de Paula Faleiros informa:

O Estado e suas políticas situam-se num marco histórico-estrutural, e não é dentro de uma lógica formal abstrata que se pode compreender suas funções, mas na correlação de forças e lutas sociais e políticas que articulam os movimentos da sociedade com setores do legislativo e do executivo, formando blocos de pressão e negociação onde os interesses dominados podem se manifestar a obter algumas conquistas. Nessa perspectiva, as formas de legitimação do Estado passam por transformações ao longo da história e, segundo a correlação de forças, numa determinada conjuntura política (2000, p. 79).

Observa-se, portanto, que as relações construídas pelo Estado dependem, para sua manutenção, das forças políticas existentes dentro do próprio Estado, as quais se dão em decorrência da atuação dos atores sociais, que provocam por ações públicas, as quais legitimam a sua própria atuação.

Por outro lado, de forma diversa, lecionam Pierre Muller e Yves Surret:

[...] estudar a ação pública não consiste verdadeiramente (...) em refletir sobre o lugar e a legitimidade do Estado, enquanto forma política abstrata, mas em compreender as lógicas implementadas nestas diferentes formas de intervenção sobre a sociedade, em identificar os modos de relação existentes entre atores públicos e privados e em compreender como a ação pública recobre as dinâmicas imprecisas e evolutivas da fronteira entre Estado e sociedade(2004, p.9).

As ações públicas, como referem os autores antes citados, têm um “caráter construtivo e evolutivo” (MULLER; SUREL, 2004) resultando disso a dificuldade em definir no que consiste a política pública. Resumindo alguns entendimentos, explicitam os autores:

Na literatura especializada, as definições vão desde a qualificação mínima, ‘tudo o que o governo decide fazer ou não fazer (Howllet, Ramesh, 1995, p. 4), até definições mais completas, em que a política pública se apresenta como um programa de ação governamental num setor da sociedade ou num espaço geográfico: a saúde, a seguridade, os trabalhadores imigrados, a cidade de Paris, a Comunidade européia, o oceano Pacífico etc’ (Mény, Thoenig, 1989, p. 130-131). Esse tipo de definição apresenta a vantagem de colocar em foco a dimensão *pragmática* da análise das políticas públicas: toda ação pública, em qualquer nível que seja, e qualquer que seja o domínio a que se refere, entre no campo da análise das políticas públicas. O inconveniente dessas definições é a contrapartida desta vantagem: se esta recobre a totalidade da ação pública, qual é o interesse heurístico do conceito de política pública?(MULLER; SUREL, 2004, p. 16)

Reforçando a ideia relacionada às dificuldades de conceituação do tema proposto, os autores Muller e Surel indicam o agrupamento dos elementos conceituais naqueles que vêem a política pública como “*quadro normativo da ação*”, nos que vislumbram a combinação de “elementos de *força pública* e elementos de *competência*”e, ainda, que ela “tende a constituir uma ordem local”(2004, p. 16).

A visão de política pública como quadro normativo de ação indica ser ela “um conjunto de medidas concretas que constituem a substância ‘visível’ da política. Esta substância pode ser constituída de recursos”, sendo estes financeiros, intelectuais, reguladores e materiais. A política pública concretiza-se através de um *quadro geral de ação*, devendo haver um conjunto de “leis, atribuições de créditos, de administrações e de pessoal voltados para a realização de um conjunto de objetivos mais ou menos claramente definidos”. No entanto, não se pode perder de vista que “uma política é mais do que uma coleção de decisões e de ações”, pois exige a organização das medidas a serem

implementadas, bem como as trocas entre os atores públicos e privados (MULLER; SUREL, 2004, p. 19).

Nesta linha, cabe destacar Di Giovanni (2014), para quem as políticas públicas estão dotadas de quatro estruturas elementares: formal, substantiva, material e simbólica. Descabe explicitar cada uma delas, mas apenas referir que as políticas públicas realizam-se através de ações sociais promovidas pelos atores sociais, os quais são “todas as pessoas, grupos ou instituições que, direta ou indiretamente participam da formulação, da implementação e dos resultados de uma política”.

A interpretação da política pública como ordem local evidencia que esta “não deve ser simplesmente considerada como um conjunto de decisões”, pois, sua análise está relacionada também ao “estudo dos indivíduos e/ou grupos, que são os *atores*”. Desta forma:

Uma política pública constitui uma ‘ordem local’, isto é, um ‘constructo político relativamente autônomo que opera, em seu nível, a regulação dos conflitos entre os interessados, e assegura entre eles a articulação e a harmonização de seus interesses e seus fins individuais, assim como dos interesses e fins coletivos (FRIEDBERG, 1993 *apud* MULLER; SUREL, 2004, p. 22).

A visão das políticas públicas como expressão do poder público consiste em destacar o fato de que uma política governamental “compreende elementos de decisão ou de alocação de recursos de natureza mais ou menos *autoritária* ou coercitiva”. Porém, questiona-se “[...]até que ponto a dimensão coercitiva ou autoritária das políticas públicas é sempre um critério discriminante”. Sobre mencionado conteúdo esclarecem Muller e Surel:

[...] afirmar a especificidade da ação do Estado não deve desembocar numa reificação do poder público em um bloco homogêneo e autônomo. Mesmo se, enquanto ato isolado, uma decisão é uma expressão do poder público, permanece, em cada caso concreto, o problema da identificação da fronteira entre espaço público e privado (Habermas, 1987), bem como a demonstração das interações que concorrem para a expressão do poder público. O prisma analítico das políticas públicas deve, desse ponto de vista, tornar-se a ocasião de uma interrogação constante sobre a natureza evolutiva do Estado e das relações entre espaço público e privado (2004, p. 21).

Esboçando a ideia corrente de política pública, Maria Helena Oliva Augusto expõe:

À expressão *política pública*, cujo sentido corrente refere-se à intervenção estatal nas mais diferentes dimensões da vida social, é atribuída força transformadora bem menor. Neste sentido, traduziria, de maneira mais realista, as possibilidades e os limites da intervenção estatal, uma vez que sua existência não cria, necessariamente, expectativas de alterações de âmbito estrutural. Trata-se, antes, da imposição de uma racionalidade específica às várias ordens de ação do Estado, um rearranjo de coisas, setores e situações (2014, p. 2).

Como contrapondo a tal definição, a autora explicita a diferença conceitual de política pública e de planejamento estatal, estando este vinculado a uma perspectiva desenvolvimentista, capaz de promover autonomia nacional, alicerçado na “[...]eficácia e competência técnicas”, promovendo, desta forma, mudanças planejadas, com a “transformação qualitativa da ordem social, conduzindo o país a mudanças de tipo estrutural” (AUGUSTO, 2014, p. 2).

Todavia, não se pode conceber política pública como um instrumento restrito aos programas estatais que visam atender às demandas de determinado nicho da sociedade. A fim de melhor compreender tal afirmativa, cabe mencionar que a construção do conhecimento sobre as políticas públicas deve abranger o estabelecimento dos vínculos entre as instituições políticas e o processo político.

Relevante observar que o histórico de estudo das políticas públicas seguiu por três caminhos, e apresenta-se como uma subárea da ciência política, como diz Celina Souza:

O primeiro, seguindo a tradição de Madison, cético da natureza humana, focalizava o estudo das instituições, consideradas fundamentais para limitar a tirania e as paixões inerentes à natureza humana. O segundo caminho seguiu a tradição de Paine e Tocqueville, que viam, nas organizações locais, a virtude cívica para promover o “bom” governo. O terceiro caminho foi o das políticas públicas como um ramo da ciência política para entender como e por que os governos optam por determinadas ações (SOUZA, 2006, p. 22).

Pondera Souza, contudo, que as definições entorno do tema concentram o foco no papel dos governos, deixando de lado aspecto conflituoso e os limites existentes para as decisões dos governos. Além disso, afirma a autora: “deixam também de fora possibilidade de cooperação que podem ocorrer entre os governos e outras instituições e grupos sociais” (SOUZA, 2006, p. 25). Segundo a autora, pode-se resumir política pública:

como o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, “colocar o governo em ação” e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real (SOUZA, 2006, p. 25).

Há que se ter, porém, o cuidado para atentar a questão sobre políticas de Estado e políticas de governo, como ressalta Maria Paula Dallari Bucci:

A política pública tem um componente de ação estratégica, isto é, incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo. No entanto, há políticas cujo horizonte temporal é medido em décadas – são as chamadas ‘políticas de Estado’ -, e há outras que se realizam como partes de um programa maior, são as ditas ‘políticas de governo’ (2006, p. 19).

Nesta mesma linha, Di Giovanni (2014) revela que “as políticas de Estado são aquelas que conseguem ultrapassar os períodos de um governo”. Assim, a diferença de como são institucionalizadas é que as classifica como política de Estado ou de governo.

Ademais, Pereira (2009, p. 94) explana que “[...] política pública não é só do Estado, visto que, para a sua existência, a sociedade também exerce papel ativo e decisivo; e o termo público é muito mais abrangente do que o termo estatal”.

Não se pode deixar de referir a indicação de Celina Souza (2006, p. 6), segundo a qual, “[...] a política pública em geral e a política social em particular são campos multidisciplinares” e “seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos”. Diante disso, “[...] qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade”.

A realização dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, exige a postura intervencionista do Estado para concretizá-los, já que por força da Constituição há imposição de efetividade, surgindo, desta forma, embate social por direitos nos campos do Poder Legislativo e, até mesmo, do Judiciário (BUCCI, 2006, p.6).

Nesta relação entre os dois ramos em questão, no cenário brasileiro localizam-se na Carta Magna diversas disposições fixadoras de políticas públicas.

Entre elas as relacionadas à ordem econômica, para as quais a Constituição Federal apresenta disposições básicas pertinentes à política urbana, agrícola, fundiária, reforma agrária e sobre o sistema financeiro nacional. Também há previsões correspondentes à ordem social, que versam acerca da seguridade social⁴⁰, educação, cultura e desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, meio ambiente, família⁴¹, índios (BUCCI, 2006).

Não se pode descartar que também entre os direitos fundamentais posicionam-se providências relacionadas às políticas públicas, como, por exemplo, os direitos sociais. Na medida em que o Poder Constituinte fixou tais prerrogativas, implicitamente está impondo a adoção de políticas públicas para a concretização do direito à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Trava-se aqui o tormentoso dilema entre previsão normativa e efetividade de direitos, ou seja, concretização destes.

Ao traçar um debate sobre as políticas públicas como norma, e expor o posicionamento de José Joaquim Canotilho e Luis Roberto Barroso, Bucci desvenda:

Nesse debate, delinea-se como linha de trabalho mais fecunda a da admissão das políticas públicas como programas de ação destinados a realizar, sejam os direitos a prestações, diretamente, sejam a organização, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico(2006, p. 31).

Nessa relação intrínseca entre políticas públicas e direito, leciona Patricia Helena Massa-Arzabe que “[...]a concepção e implantação de políticas públicas constituem respostas a algum aspecto da vida social que passa a ser percebido como problemático suficientemente forte para demandar uma intervenção por parte do Estado”(2006, p. 54). Ademais, frisa a autora que:

[...]a ação do Estado por políticas se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou a metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de forma que, ainda quando aqueles a serem

⁴⁰ A seguridade social abarca as questões pertinentes à saúde, previdência social e assistência social.

⁴¹ O capítulo que aborda previsões relativas à família abrange, também, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso.

beneficiados não tenham um direito a certo benefício, a provisão deste benefício contribui para a implementação de um objetivo coletivo da comunidade política(MASSA-ARZABEM, 2006, p. 54).

Identifica-se, pela lição de Massa-Arzabem, que por intermédio de políticas públicas o Estado atende demandas da sociedade, concretiza direitos já assegurados no ordenamento jurídico, mas, também, age criando normas jurídicas regulamentadoras de relações sociais e, portanto, produtoras de direitos, para cuja efetivação se exige, por vezes, novas medidas.

A adoção de políticas públicas é manifestação de poder e, segundo Maria Laura Dallari Bucci, as decisões políticas:

[...] influenciam e determinam a conformação jurídico-institucional do exercício do poder. Mais do que isso, a dimensão jurídico-institucional, isto é, as estruturas de exercício do poder se transformam em campo de disputa, no qual o poder real procura valer-se das formas institucionalizadas para manter e ampliar as posições de dominação (2013, p. 46).

Diante dos ensinamentos de Bucci, atores buscam a consagração de seus interesses, como expressão de poder. As políticas públicas expressam o processo de governar, pois pertencem ao âmbito do que se denomina *governança*(BUCCI, 2001, p. 58):

A ideia de boa governança pressupõe o direcionamento das ações estatais para a efetividade dos direitos sociais e para o encaminhamento de soluções a problemas sociais que encontrem os objetivos fundamentais da sociedade(BUCCI, 2001, p. 59).

Ricardo Urquiza Campello e Renato Jaqueta Benine (2013, p. 85) explicitam que “[...]as políticas públicas podem ser compreendidas como um mecanismo estatal, que é resultado do exercício do poder político”, e, desta forma, viabilizam o exercício do poder. Seguem os autores afirmando que “[...]no jogo de forças entre dominantes e dominados, são estabelecidas as políticas a regerem as próprias relações que as definem”. E, em relação aos atores envolvidos nas políticas públicas, “[...]eles são ao mesmo tempo seus idealizadores e seu potencial público-alvo”, sendo suas identidades construídas pela política pública, e, ao mesmo tempo, as “políticas são resultado do exercício de suas identidades”.

Nesta relação entre políticas públicas e o exercício do poder, Di Giovanni (2014) frisa a necessidade de compreendermos as primeiras como decorrentes de

um processo histórico, “[...]no interior do qual se constituiu uma forma específica de exercício do poder político nas sociedades democráticas contemporâneas”.

No que tange aos atores na implantação das políticas públicas, tem-se a posição do Poder Judiciário, o qual também atua como protagonista na efetivação dos direitos sociais, segundo Leonardo Secchi. Como exemplo da atuação do Judiciário neste campo, menciona o autor os casos em que o julgador emite uma “[...]decisão sobre a aplicação de cotas raciais para acesso a universidades ou, então, em casos de perda de mandato de políticos que deixaram o partido político que o ajudou a eleger” (2013, p. 108).

Também se pode ilustrar a atuação do Judiciário ao prolatar decisões versando sobre o direito à saúde, nas quais determinam aos entes públicos, quais sejam, Municípios, Estados ou União, o provimento de medicamentos, realização de procedimentos cirúrgicos e consultas médicas com especialistas. Têm-se, nestes casos, medidas judiciais com intuito de efetivação do direito à saúde, o qual está assegurado constitucionalmente como direito fundamental e sua realização consolida a dignidade da pessoa humana. Nessa senda, leciona Lucilia Alcione Prata:

A política pública de saúde é um direito do cidadão e um dever do Estado e, uma vez instaurada a controvérsia individual ou coletiva quanto à tutela deste direito, surge a crise que demanda uma prestação jurisdicional para pôr fim ao conflito(2013, p. 259).

A interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, em especial no campo da saúde, é de forma recorrente objeto de análise nos mais diversos ramos de estudo. Analisando tal questão, a processualista Ana Pellegrini Grinover, afirma:

Dentro de limites, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas – entendidas como programas e ações do Poder Público pretendendo atingir os objetivos fundamentais do Estado – quer para implementá-las, quer para corrigi-las quando equivocadas.

Há um pressuposto e limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas. O pressuposto, que autoriza a imediata judicialização do direito, mesmo na ausência de lei ou de atuação administrativa, é a restrição à garantia do mínimo existencial. Constituem limites à intervenção: a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública(2013, p. 149).

Se, por um lado, identifica-se a intervenção do Judiciário como instrumento para efetivação dos direitos assegurados na Carta Magna, por outro viés, segundo Gilberto Bercovici, pode haver a usurpação do poder constituinte do povo:

A partir deste protagonismo crescente dos tribunais, os juízes foram convertidos de instrumentos de garantia em legitimadores do sistema constitucional. De guardião do poder constituinte, o tribunal constitucional se pretende seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo. A legitimidade da justiça constitucional na democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz como uma alternativa menos pior(2013, p. 29).

Constata-se, assim, ser o Judiciário simultaneamente instância de salvaguarda dos direitos fundamentais, mas, também, conforme lição de Bercovici, “vilão”. Isto porque, ao servir como instrumento para efetivação dos direitos, gera a descrença nas instâncias estatais que têm tal competência, no caso, o Poder Executivo. De outra banda, não se pode desconsiderar que o fortalecimento interventivo do Judiciário é decorrente justo da omissão do Executivo em realizar medidas para satisfação de direitos.

Identifica-se, assim, que a relação entre Direito e políticas públicas é bidirecional, ou seja, os direitos sociais exigem, em determinados casos, a criação de políticas públicas para sua efetivação, como, por exemplo, nos casos dos direitos fundamentais, os quais demandam do Estado a adoção de medidas para sua concretização. De outro lado, a perspectiva da implementação de políticas públicas demanda a normatização das mesmas. Desta forma, percebe-se que, por vezes, as políticas são necessárias para concretizar os direitos e, em outros casos, para atenderem as demandas sociais, exigirão a elaboração de normas regulatórias, bem como, de mecanismos organizacionais.

Clarice Seixas Duarte (2013, p. 19) defende que a legitimidade de uma política pública deve “[...]derivar, necessariamente, de obrigações juridicamente vinculantes, previstas seja na Constituição, nos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil ou, até mesmo, nas leis infraconstitucionais”, dando-se a partir daí o seu fundamento de validade no Estado de Direito. Porém, elucida a autora, o conjunto de leis não esgota a política pública, sendo as normas apenas “expressão jurídica da política pública”, a qual, para se concretizar, “[...]demanda uma série de outras medidas, como a criação de

órgãos, a celebração de convênios, a contratação de pessoal, a decisão sobre a alocação de recursos etc.”.

Há discricionariedade do Poder Público para eleger as políticas públicas, bem como o grupo social a ser abarcado pelas medidas a serem tomadas. Contudo, tal discricionariedade deve atender ao interesse público e, em especial, materializar direitos já previstos no plano normativo, com destaque para os situados como fundamentais pelo legislador constituinte. Assim, a escolha das políticas públicas a serem implementadas deve guardar consonância com as demandas sociais existentes, bem como visar concretizar os direitos já assegurados de forma abstrata no ordenamento jurídico.

Para tanto, deve haver o planejamento do Estado coordenando suas ações para uma intervenção adequada, o que explicita o direcionamento político eleito pelos dirigentes estatais, expressando, ademais, as manifestações de poder.

Identifica-se, porém, que nem sempre são observadas as reais demandas sociais para o planejamento das políticas, vez que o exercício do poder – muitas vezes – privilegia a minoria dominante. Como instrumento de controle deste “descontrole”, surge o Poder Judiciário enquanto ferramenta de efetividade de direitos e controle de políticas públicas.

Percebe-se que as políticas públicas são instrumentos imprescindíveis à realização de diversos direitos assegurados no plano constitucional, e até mesmo infraconstitucional, estando os mesmos atrelados à iniciativa do Poder Executivo para serem eficazes, o qual está incumbido de identificar medidas a serem tomadas, planejá-las e, ainda, implantá-las. Desta feita, inviável a desvinculação entre estes dois ramos dos saberes e práticas, pois, de nada serve o direito se for para restringir-se ao plano da mera previsão legal. As políticas públicas caracterizam-se como atividade estatal variada, a qual pode iniciar-se no plano legal, ou seja, com o ânimo de cultivar normas jurídicas garantidoras de determinados direitos, culminando na adoção de ações concretizadoras.

8. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO E SEUS ENTRELACAMENTOS COM O DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A abordagem dos temas específicos desse estudo, que versam sobre duração razoável e tramitação preferencial dos processos, impõe contextualizar questões pertinentes ao direito processual civil e de caráter histórico-cultural. Obviamente que não se propõe detalhar a evolução deste ramo do direito, mas apenas expor algumas das transformações principais, as quais podem contribuir para o entendimento e análise dos dados coletados na investigação.

Assim, objetivando-se tal exposição, esclarece-se que se identifica na doutrina a referência a alguns modelos de direito processual, quais sejam: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.

No praxismo compreendia-se o processo civil como adjetivo do direito material, como se apenas houvesse processo se presente o direito substantivo, vislumbrando-os de forma conectada e, ademais, entendendo-se o direito processual civil não como ciência, mas sob o prisma de uma racionalidade prática. Tal concepção perdurou do início do século XVI até início do século XIX, sendo, segundo Carreira Alvim (2011, p. 25), dos mais longos nesta linha evolutiva e assim caracterizado:

Esse período denominou-se *praxismo* porque o direito processual foi considerado pelos jurisconsultos, advogados e práticos como um conjunto de recomendações práticas sobre o *modo de se proceder em juízo*, mais preocupados com a forma de se realizar o processo do que com os estudos teóricos do processo. Os trabalhos dessa época eram impregnados de nítida preocupação forense; considerando apenas questões de ordem prática, sendo grande a preocupação dos praxistas em “dar fórmulas ou receitas para levar adiante os procedimentos”.

A seguir, tem-se o praxismo relegado a um segundo plano, surgindo a visão denominada de procedimentalismo, a qual ainda não assume as feições do segundo modelo referido – processualismo –, mas também não se enquadra perfeitamente no praxismo originário. Trata-se, de um momento de transição, ao procedimentalismo. Evidentemente que tais mudanças ocorreram de modo gradativo, afinal, trata-se de transformações de cunho cultural, decorrentes de uma nova percepção do processo, acompanhada de mudanças sociais. Na lição de Carreira Alvim (2011, p. 26), o procedimentalismo teve como causa política a Revolução Francesa e como causa jurídica a codificação napoleônica, a qual, ao

individualizar a legislação processual civil e penal das normas substanciais instaura a fase de estudo independente do direito processual, iniciando-se a visão deste como ciência, mas ainda “[...] infenso a valores em seu trato cotidiano” (MITIDIERO, 2005, p. 19). Esse momento perdura até a segunda metade do século XIX, quando por força da obra de Oskar Von Bulow (1868) sistematizaram-se os fundamentos da autonomia do direito processual (OLIVEIRA, 2010, p. 19).

Avante se situa o processualismo, caracterizado como “[...] movimento cultural próprio da Idade Moderna”, destacando-se pela “[...] tecnização do direito e a despolitização de seus operadores” (MITIDIERO, 2005, pp. 17-18). Tal movimento, leciona Carreira Alvim, não enfocava o processo como praxe, tampouco o entendia restrito ao teor legal, mas tomava como “[...] ponto de partida o estudo do próprio processo, segundo sua natureza jurídica, e, assim, todos os institutos básicos do direito processual” (CARREIRA ALVIM, 2011, p. 26). Como fenômeno, o processualismo científico passa a identificar-se pelas transformações organizadas por Alcalá-Zamora (transcritas por Carreira Alvim): independência do direito processual em relação ao direito material, aprofundamento de questões e conceitos como ação, jurisdição e processo à luz do direito processual, passando-se a focar na construção de uma teoria do direito processual, detendo-se nos aspectos fisiológicos do processo e não em sua anatomia, como priorizavam os procedimentalistas (CARREIRA ALVIM, 2011).

Assim, como grifa Carreira Alvim, a partir da segunda metade do século XIX o “[...] direito processual se firmou como ciência autônoma no campo da dogmática jurídica por ter *objeto e princípios* próprios que não se confundem com o objeto e princípios das demais ciências do direito”. O direito processual, então, encarrega-se do processo enquanto instrumento da jurisdição, da “[...] ação como o direito de provocar a jurisdição e a própria jurisdição enquanto atividade pública de atuar a lei” (CARREIRA ALVIM, 2011, p. 29).

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, ao comentar sobre o processualismo, destaca a contradição surgida com tal fase, vez que, por um lado, o direito processual civil logrou “[...] precisão e refinamento”, mas, de outra banda, restou “fragilizado o seu relacionamento com o direito material e desligado da realidade social”, pois, profundamente afastado da realidade social e, por consequência,

com sérias dificuldades para compreensão do direito material consoante os fatos sociais (OLIVEIRA, 2010, p. 20).

Antes, porém, de culminar-se com o alcance do propalado formalismo-valorativo, indicado inicialmente como outra conjuntura relevante do direito processual, tem-se o momento histórico do instrumentalismo, representado pela vinculação do processo ao direito material, guardando-se, obviamente, a dissociação científica entre eles, mas atentando-se para a finalidade do processo: servir à concretização do direito material, cabendo, assim, à jurisdição “[...] o papel de declarar a vontade concreta do direito” (OLIVEIRA, 2010, p. 20).

O instrumentalismo do processo, conforme Candido Rangel Dinamarco (2001, p. 21), precursor desta concepção, impõe ao processualista e aos operadores do direito a consciência acerca dos grandes dilemas jurídicos, sociais e políticos e a adoção de uma postura teleológica, exatamente atentando-se aos escopos do processo nestes três campos:

[...] a efetividade do processo mostra-se ainda particularmente sensível através da capacidade, que todo o sistema tenha, de produzir realmente as situações de justiça desejadas pela ordem social, política e jurídica”. Deve-se ter presente um sistema processual apto à realização do acesso à justiça, o qual depende de um processo “acessível, bem administrado, justo e afinal dotado da maior produtividade possível (DINAMARCO, 2001, p. 320).

Em que pese o efeito do instrumentalismo na doutrina processual pátria, alguns aspectos são destacados por Oliveira para reflexão sobre tal visão. Grifa o autor, primeiramente, a visão limitada que restringe a jurisdição à atividade de declaração do direito, vez que ela “[...] opera *verdadeira reconstrução da ordem jurídica* mediante o processo”(OLIVEIRA, 2010, pp. 20-22). Ademais, a compreensão do processo civil sob o prisma constitucional não pode se dar apenas considerando a existência de garantias constitucionais, deve-se pensá-lo sob o enquadramento constitucional. Ainda, impõe-se compreender que a jurisdição não deve estar no centro da teoria do processo, vez que o aspecto participativo do direito ganhou espaço de destaque (OLIVEIRA, 2010).

Também pondera as fragilidades do instrumentalismo do processo Marco Félix Jobim (2016), segundo o qual “[...] a fase instrumentalista acaba ela mesma caindo no mesmo defeito que a fase processualista caiu, sendo pensado o processo como mera aplicação, mera técnica, dos escopos idealizados por Cândido Rangel Dinamarco.” Assim, conclui o autor sobre os riscos da instrumentalidade:

A crítica faz o instrumentalismo esvaziar o próprio escopo processual de valores, pois concede, ao alargar o campo para outros dois escopos – social e político -, força igual ou maior para estes, o que denota um enfraquecimento da própria acepção do que vem a ser o processo e a jurisdição, concedendo um amplo poder discricionário a cada juiz que poderá julgar, no mais das vezes, conforme o entendimento que ele próprio tem de determinado fato social, trazendo insegurança ao jurisdicionado e, consequentemente, ao Estado Constitucional(JOBIM, 2016, p. 153).

De outro lado, Dinamarco antecipando possíveis críticas nesse sentido, destaca que a instrumentalidade não corresponde ao repúdio aos valores subjacentes à garantia constitucional da legalidade e do devido processo legal. Frisa que a lei define a liberdade do juiz, sendo limite para sua autonomia, e, ainda, defender a possibilidade do juiz interpretar as questões “[...] pelos influxos da escala axiológica da sociedade não significa postular por algo que se aproxime da *escola do direito livre*”. Frisa Dinamarco (2001, p. 321) o repúdio “às tiranias judiciais, ou imposição da vontade do juiz acima da vontade do direito do país”.

Por fim, o desenvolvimento do processo civil alcança um quarto momento, denominado formalismo-valorativo, “[...] entendido esse como movimento cultural destinado a concretizar valores constitucionais no tecido processual”. No Brasil, identifica-se o alcance desta última revisão processual com a Constituição Federal de 1988, já que a mesma trouxe em seu bojo uma série de princípios e garantias processuais. A partir de então, passa-se a rever a forma de interpretar o direito processual civil, a qual até então buscava isolar o direito material do direito processual e, também, erradicar do âmbito do processo a temática da realização da justiça, como se o processo estivesse enclausurado em técnica alheia a valores culturais (MITIDIERO, 2005, pp. 18-19).

Assim, tem-se que o processo passa a dispor do status de um instrumento ético, tendo-se pelo formalismo-valorativo o entrelaçamento entre o processo civil, a Constituição e a cultura. Nesse sentido, Mitidiero (2005, p.21), afirma que:

O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos

instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito.

Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010, pp. 28-29), “[...] o formalismo-valorativo mostra que o formalismo⁴² do processo é formado a partir de valores – *justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança*”. Ainda, leciona Oliveira que o processo é vislumbrado como um fenômeno cultural, “[...] nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais” (OLIVEIRA, 2010, pp. 22-23).

Tal compreensão sobre o formalismo se dá justamente porque visa promover a igualdade entre os sujeitos no processo, tanto no plano normativo, quanto fático, oportunizando, assim, efetiva participação equânime no processo, viabilizando, ainda, a concretude do poder de influência do julgador, sendo que o alcance de tal escopo está acompanhado da compreensão de que o processo é um fenômeno cultural, sobre implicações do poder estatal e dos fatores externos ao processo (OLIVEIRA, 2010, p. 31).

Assim, para viabilizar o entendimento do formalismo processual é fundamental, antes de tudo, perceber que o processo não existe por si só, é produto dos homens e, portanto, sofre efeitos da cultura destes, e, ainda, dos valores e preceitos presentes no Estado vigente. Ilustra-se tal fenômeno com a visão contemporânea acerca do contraditório, o qual, seguramente influenciado pela percepção participativa e democrática do Estado de Direito, deve corresponder à oportunidade de atuação processual em condições de influenciar o julgador.

Leciona Oliveira que o direito processual promove a vinculação entre o cidadão e o Estado, percebendo-se no processo toda a cultura e peculiaridades da sociedade em uma determinada época. No processo “[...] se fazem sentir a

⁴² É relevante esclarecer a compreensão sobre a expressão formalismo, permitindo-se, desse modo, o adequado entendimento do instituto. Conforme Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, “o formalismo processual contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento”. O formalismo deve ser compreendido para além da forma do processo, ainda que também contemple esta, mas abrange, ainda, “a delimitação dos *poderes, faculdades e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”. Nesta perspectiva, ainda, expõe Oliveira que o formalismo não visa apenas ordenar, “mas também disciplinar o poder do juiz, e, nessa perspectiva, o formalismo processual atua como garantia de liberdade contra o arbítrio dos órgãos que exercem o poder do Estado”. (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo. 4ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 2010, pp.28-29)

vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, formulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento” (OLIVEIRA, 2010, p. 95).

Desse modo, o formalismo “[...] constitui a própria estruturação e organização interna do processo por coordenar a atividade dos sujeitos processuais, integrado ainda pela forma em sentido estrito e pelas formalidades necessárias para o curso e desenvolvimento do procedimento”. Já o formalismo-valorativo apresenta-se como “[...] fator organizador para emprestar maior efetividade ao instrumento processual”, atuando como elemento de equilíbrio formal entre os litigantes, e também como “garantia de liberdade do cidadão em face do eventual arbítrio dos órgãos exercentes do poder do Estado” (OLIVEIRA, 2010, p. 285). Além disso, deve-se atentar que a visão do formalismo confere ao processo alguns valores fins e outros instrumentais, quais sejam a realização da justiça material e a paz social, bem como a efetividade, a segurança e a organização interna justa do próprio processo (OLIVEIRA, 2010, p. 98).

Com o mesmo enfoque constitucional que a teoria do formalismo-valorativo, encontra-se a visão denominada de neoprocessualismo, cunhada por Fredie Didier Jr., na qual se vislumbra o processo sob a ótica da Constituição Federal (JOBIM, 2014, p.15). Para Didier, o formalismo-valorativo e o neoprocessualismo são apenas nomenclaturas distintas para a mesma fase do processo. Marco Félix Jobim (2014, p.19), porém, explicita serem dois fenômenos diversos:

A fase do formalismo-valorativo, claramente, elenca dois paradigmas de interpretação que deverão balizar o processo civil brasileiro, quais sejam: (i) o da efetividade e (ii) da segurança jurídica. Salvo melhor juízo, a fase neoprocessualista não elenca princípios que darão releitura aos demais, sendo todos iguais na busca de um processo mais justo.

Sintetizando a fase do formalismo-valorativo, cabe citar Daniel Mitidiero (2005, p. 145), que apresenta a visão do processo sob a perspectiva do formalismo-valorativo nos seguintes termos:

[...] como um procedimento em contraditório, jungido aos valores constitucionais e devidamente demarcado pelas garantias processuais mínimas que configuram o devido processo legal processual (art. 5º, LIV). Visa à produção do justo, sua indelével e irrenunciável vocação constitucional, com o que também no domínio do processo e através dele se estará a construir uma sociedade mais livre, justa e solidária

(art. 3º, I, CRFB), fundada na cidadania e na dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CRFB).

Ainda sobre as fases do processo, localiza-se a escola mineira, que defende a fase denominada neoinstitucionalismo, na qual o processo “[...] ganha contornos discursivos constitucionalizados, sendo, pois, uma conquista própria da cidadania” (JOBIM, 2014, p. 21).

Inexiste, em relação à visão processual, sob aspecto constitucional, qualquer novidade desta teoria comparativamente às fases do formalismo-valorativo ou do neoprocessualismo, mas merecedora de destaque o tema relacionado à cidadania e a expressão do processo do exercício desta.

Marco Félix Jobim, no entanto, critica tal entendimento afirmando que a mesma não se propõe a pensar o processo brasileiro, pois embasada na teoria habermasiana e a complexidade desta não permite conciliar a atuação do Poder Judiciário com a aplicação de tese altamente complexa: “[...] pedir que seja aplicada uma teoria discursiva altamente complexa durante o tramitar do processo, na atualidade, é desconhecer a realidade forense” (2014, p. 21).

Para identificar em qual fase metodológica encontra-se o processo, grifa Marco Félix Jobim (2014, p. 27) que fundamental é avaliar a questão do tempo do processo, pois na sociedade contemporânea a falta de tempo, combinada com o anseio de respostas imediatas, o hiperconsumismo, a globalização, entre outros fatores, impõe um processo atento a tais aspectos, o que, no plano normativo, está contemplado no ordenamento jurídico pátrio ao assegurar no art. 5º, LXXVIII a duração razoável do processo. Assim, conclui o autor:

Mas qual das fases é hoje a que responde ao momento cultural que se vive?

Se ficarmos somente numa época de neoconstitucionalismo, com certeza estaremos olhando para qualquer das fases estudadas, pois todas pensam o processo com a ótica voltada aos valores constitucionais. Contudo, se entrarmos numa outra linha de pensamento, qual seja, a de que o processo deve acompanhar as grandes modificações sociais por que o mundo passa, como a globalização, a pós-modernidade, o hiperconsumismo, a sociedade da pressa e a compra e venda de tudo, aprendendo com os estudos de outrora, nenhuma das fases está apta a abarcar, na integralidade, essa nova concepção.

Ressalta Jobim (2016, p. 169) que as teorias do formalismo-valorativo, do neoprocessualismo e do neoinstitucionalismo tentam ser a quarta fase metodológica do processo, porém, embora voltadas para a visão

neoconstitucionalista, “[...] não conseguem distinguir entre os princípios processuais constitucionais aquele que dialoga com a pós-modernidade” e, por sua vez, com todos os dilemas que esta apresenta, em especial, o tempo.

Como bem pondera Pontes de Miranda (1973, pp. 43-45), o processo civil é “[...] produto recente da história humana”, observando-se suas transformações ao longo do tempo, as quais refletem claramente a consciência humana, sendo “produto de longas experiências, milenares, em que se procurou, com observação de fatos, lógica e bom senso, descobrimento de métodos e corrigenda de erros (e.g, da prova do fogo, nas causas de adultério), alcançar o máximo, a cada momento alcançável, de solução impecável dos conflitos e de realização do direito”.

O que se pretende com a reflexão de Pontes de Miranda, para concluir este item, é escapar da cilada de enquadrar o direito processual em uma ou outra fase cultural, pois se sintetizarmos as concepções mais recentes, ou seja, do formalismo-valorativo e do neoinstitucionalismo, estão todas sinalizando a preocupação das relações do processo com os ditames e valores constitucionais, os quais são, de certo modo, a cultura sedimentada no Estado Democrático de Direito.

Nessa linha, de forma indissociável ao assunto do direito processual civil, tem-se o tema do processo enquanto ferramenta que permite a realização da jurisdição. A instauração, o desempenho e a conclusão da tarefa jurisdicional estão permanentemente vinculados ao processo, tendo este como escopo viabilizar o desempenho adequado da prestação jurisdicional para a lide apresentada e, de preferência, com eficiência e em tempo razoável, observando, também, os princípios⁴³ norteadores, como ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Grifam Cintra, Grinover e Dinamarco (2003, p. 25) que:

É para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (direito processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder.

⁴³ Não se pode deixar de registrar o posicionamento no sentido de que os princípios constitucionais, conforme Ruy Samuel Espíndola, “enquadram-se no conceito de dispositivo constitucional e são normas integrantes do bloco normativo da Constituição”. (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 1ª. Edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 249)

O processo, então, pode ser vislumbrado como o conjunto de atos praticados por todos os sujeitos envolvidos no desempenho da atividade jurisdicional, visando promover a composição dos conflitos de interesse com a efetivação dos direitos assegurados na ordem jurídica vigente, atentando-se ao desempenho do papel estatal de pacificação social.

Contudo, quando se refere ao sistema processual como um instrumento para o desempenho da jurisdição, pela qual se objetiva alcançar um provimento definitivo e imperativo capaz de pacificar, não se pode descuidar que o desfecho processual, com a prestação jurisdicional - de forma alguma - pode ser autoritário, pois deve realizar-se de forma dialética, sujeitando-se às normas que o regulam. Interessante as ponderações de Piero Calamandrei (1960, p. 150):

El juez no está nunca solo en el proceso. El proceso no es un monologo sino un dialogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de replicadas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques.

Ademais, também relevante frisar que a jurisdição, ao concentrar o poder estatal de solução dos conflitos, deve fazê-lo de modo justo, entendendo-se por justiça, segundo Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 93), a aplicação do direito objetivo, com atenção aos fins sociais que se destina a lei.

Ditando o processo⁴⁴, tem-se o direito processual, sendo que para o presente estudo, de forma pontual e objetiva, interessa o direito processual civil, o qual serve ao estudo de uma das tarefas do Estado. Desse modo, leciona Scarpinella Bueno (2012, p. 423):

[...] o direito processual civil volta-se ao estudo de uma das funções do Estado. É inimaginável que as opções políticas reinantes sobre o modelo de Estado adotado por cada país, por cada ordenamento jurídico, não influencie, por isto mesmo, todos os temas relativos à

⁴⁴ O uso da expressão processo no presente texto se dá considerando o tema proposto, ou seja, o direito processual civil enquanto um instrumento de política pública e os reais efeitos da tramitação processual preferencial nos processos judiciais que tenham por objeto o alcance do direito à saúde. Aborda-se o tema, então, enfocando no processo judicial, expressão da tarefa jurisdicional do Estado. Vale-se, desse modo, da concepção de Cassio Scarpinella Bueno, que tem “o processo como método inerente à atuação do Estado – à produção da vontade do Estado (uma vontade vinculada a determinados fins preestabelecidos, uma ‘vontade funcional’, portanto) – deve ser entendido, amplamente, como forma de proteção dos direitos dos destinatários do ato, ao mesmo tempo em que se garante o melhor cumprimento das finalidades a serem perseguidas pelo próprio Estado”.(BUENO, Cassio Scarpinella. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1, 6ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 426)

sua atuação. É por esta razão, apenas por ela, com os olhos voltados à Constituição Federal de 1988, que se mostra absolutamente indispensável compreender que “processo” é, para o ordenamento jurídico vigente no Brasil de hoje, método inafastável de atuação do Estado, atuação no sentido de produzir um determinado ato, de externar, perante os destinatários imediatos do ato e os mediatos (toda a sociedade), a *vontade* do Estado, vontade esta que, diferentemente do que se dá no campo do direito privado, não é livre, mas total e completamente regulada.

Assim como a organização do Estado é uma opção política feita quando da promulgação da Carta Constitucional, o direito processual e, em consequência, o processo, também são opções políticas, pois é o processo uma das formas de desenvolvimento do poder do Estado:

[...] não há por que tratar o processo como se se tratasse de uma figura que existe independentemente das opções políticas de cada Estado, de cada ordenamento jurídico. Falar em “processo” em um Estado Democrático de Direito, como é o caso do Estado brasileiro, é, sem dúvida alguma, bem diverso do que falar em “processo” em um Estado que não seja nem Democrático nem de Direito. Nestas condições, a natureza jurídica do processo – o que ele é ou deixa de ser juridicamente – depende, sempre e em qualquer caso, como de resto, de qualquer dado de direito -, das opções políticas feitas em determinado momento da história do homem por dado ordenamento jurídico. É da Constituição Federal que, em primeiro lugar, deve ser extraído o modelo de Estado e verificar em que medida este *modelo* de Estado influencia a *forma* de exercício de seu poder (BUENO, 2012, p. 422).

Nessa linha de entendimento, Calamandrei (1960, p. 154) explicita ser simples identificar o paralelismo entre a disciplina do processo e o regime constitucional no qual se desenvolve:

Inclusive en la actualidad existe el Estado absoluto y autoritário, al que corresponde un proceso de tipo totalitário en el cual el juez puede todo y las partes son tratadas como cosas, y, por el contrario, en el Estado liberal y democrático el proceso reproduce en su estructura, como el cielo reflejado en el agua, la dialéctica del liberalismo y de la democracia.

O processo é mecanismo de controle da atuação jurisdicional, pois impede as condutas arbitrárias na medida em que estabelece uma concatenação de atos processuais que resumem o procedimento. Mais do que isso, conforme Humberto Theodoro Junior (2012, p. 59), o processo enseja

[...] uma relação jurídica de direito público geradora de direitos e obrigações entre o juiz e as partes, cujo objetivo é obter a declaração

ou a atuação da vontade concreta da lei, de maneira a vincular, e a esse provimento, em caráter definitivo, todos os sujeitos da relação processual”, viabilizando-se, desse modo, a prestação jurisdicional dotada de segurança jurídica.

Segundo José Eduardo Carreira Alvim (2011, pp. 11-12), o processo é a “[...] última etapa na busca do método mais adequado para assegurar, com paz e justiça, a estabilidade da ordem jurídica, e o mais satisfatório para preservar e restabelecer a razão do que tem razão”. Tal afirmativa do autor está centrada na percepção de ser o processo o meio com “[...] maiores *probabilidades* de uma resolução justa e pacífica dos litígios, porque o conflito é resolvido por um *terceiro sujeito*, a ele estranho, segundo determinadas regras”.

Observa-se, assim, que o processo estabelece o elo entre o Estado, na figura no juiz, e os cidadãos – jurisdicionados -, aquele que provoca a atividade jurisdicional e aquele em face de quem ela é suscitada, buscando a solução da lide com a aplicação do direito abstrato ao caso concreto apresentado em juízo. É notório o atendimento pelo processo de fins subjetivos, específicos quanto ao interesse das partes e, também, objetivos ao servir para o desenvolvimento do dever de pacificação do Estado. Conforme Cernelutti (2005, p. 19):

Mas adelante los medios del combate se transforman y la relación entre *vencer y tener razón* se invierte: no ya quien vence es el que tiene razón, sino que quien tiene razón resulta vencedor; sin embargo, el vencer y el perder, que continúan significando las suertes del proceso, expresan todavía su contenido bélico: si el proceso se asemeja por su estructura al juego, en la función hace las veces de la guerra; *ne cives ad arma veniant* [para que los ciudadanos no lleguen a las armas] decían los romanos, se acude al juez para no tener que acudir a las armas.

Percebe-se claramente, também, os diversos alcances do processo nos campos jurídico, social e político, vez que as condutas nele adotadas, bem como seu desfecho, têm o condão de provocar transformações em todos estes aspectos. Se forem observadas as demandas que envolvem o direito à saúde, tais aspectos afloram de modo muito claro. No prisma jurídico, tais pretensões são expressão da busca de concretização do direito fundamental à saúde, assegurado em nível constitucional como direito de todos e dever do Estado, porém, não alcançado de forma plena pelos cidadãos em face das omissões e incompetência dos órgãos públicos na gestão e administração desta esfera. Evidente, assim, que sendo finalidade da jurisdição a realização do direito objetivo, está tal tarefa situada no escopo jurídico.

No aspecto social, as pretensões à tutela jurisdicional envolvendo o direito à saúde representam a paz social pelo alcance de um direito básico não efetivado pelas vias próprias, de natureza administrativa. De outra banda, também sob o enfoque social (não deixando de ser político também), devem-se considerar os efeitos da atividade jurisdicional sobre as políticas públicas adotadas nesse campo, especialmente quando pretendidos medicamentos e tratamentos não contemplados nas listas do Ministério da Saúde.

No viés político, a jurisdição é expressão do poder do Estado, mas também representa a liberdade dos cidadãos na busca de seus direitos. Esclarece Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 93) haver o culto às liberdades públicas, sendo tal termo empregado no sentido de garantias fundamentais, impondo-se ao Estado assegurar o respeito dos direitos fundamentais.

Ademais, tem-se a oportunidade de participação dos atores sociais no futuro da sociedade, definindo os destinos sociais, inclusive interferindo na gestão do Estado quando busca o reconhecimento da ilegalidade dos atos administrativos, por exemplo, através da ação civil pública⁴⁵ e da ação popular (art. 5º, LXXIII, CF). É translúcido o poder político neste caso, conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco (2001, p. 159), entendendo-se por político:

o fenômeno da sociedade enquanto detentora do poder, ou seja, o fenômeno *Estado* (que, na realidade, não deixa de ser também um fenômeno social, tanto quanto o jurídico também o é, precisamente porque o Estado é sempre uma sociedade e o direito refere-se sempre à vida em sociedade) (DINAMARCO, 2001, p. 168).

Nesse sentido, Dinamarco (2001) destaca o expressivo entrelaçamento entre o arranjo do processo e da Política, pois o sistema processual está inserido entre as instituições estatais, sendo fundamental identificar os aspectos pelos quais o esquema processual interfere politicamente. Nesse sentido, Dinamarco indica três linhas relevantes, quais seja, o poder estatal de decidir imperativamente, a concretização no âmbito do Estado da liberdade, a partir da qual se exerce o poder, mas também seus contornos, e, a garantia de participação dos cidadãos nos destinos políticos da sociedade.

⁴⁵ BRASIL. Lei 7.347/85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm

A partir das ponderações de Dinamarco, pode-se inferir igualmente o escopo político da garantia de acesso à justiça, na medida em que, por tal caminho, assegura-se a efetivação de direitos, muitas vezes, até mesmo em face do próprio Estado, como nos casos do direito à saúde. Pela provocação do sujeito de direito, juntamente com sua atuação/participação processual, buscando uma solução para a controvérsia apresentada pela prestação jurisdicional respectiva, inequivocamente torna-se flagrante o fim político do acesso à justiça e do processo, pois são instrumentos para o envolvimento e participação dos sujeitos.

Nessa linha, Dinamarco também frisa ter o arranjo processual como fim político o *culto à liberdade*, sendo, também, canalizador da *participação democrática*. No que diz respeito à liberdade, o autor grifa que “o Estado democrático faz a solene promessa de observá-las e limitar o exercício do poder de modo a não invadir a esfera da liberdade deixada aos indivíduos [...]”. Em relação à participação democrática, Dinamarco (2001, p. 171) menciona a ação popular como expressão deste fenômeno, pois por ela o cidadão contribui para a fiscalização da moralidade administrativa, viabilizando até mesmo a anulação de atos danosos ao patrimônio público.

Identifica-se, desse modo, as intrínsecas e importantes relações entre acesso à justiça, jurisdição e processo, cujo entrelaçamento desborda na necessária compreensão do direito processual, no caso, para o presente trabalho, o direito processual civil.

Estão todos estes institutos vinculados às ações do Estado, sem prejuízo de outras aqui não mencionadas, para a manutenção da ordem jurídica vigente e, em especial, vinculados ao dever/poder do Estado de promover, nos termos constitucionais, o acesso à ordem jurídica justa, viabilizando-se, desse modo, o bem-estar da coletividade e a paz social.

Para a obtenção de tais fins, como já referido anteriormente, impõe-se a observância do direito processual, compreendido como “[...] o complexo de normas e princípios que regem tal método de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado” (ARAÚJO CINTRA, 2003, p. 40).

Importante também compreender a natureza jurídica do processo, pois, com isso permite-se entender sua dinâmica essencial. Não se pretende aprofundar quanto às correntes existentes sobre o tema, mas tão somente apresentar alguns

aspectos elementares e, em especial, o posicionamento que prevalece sobre o assunto.

Há basicamente quatro linhas de entendimento acerca da natureza jurídica do processo, tal seja o processo como contrato, o processo como quase-contrato, o processo como relação jurídica e o processo como situação jurídica. A primeira das alternativas evidentemente não prosperou como caracterização do processo, pois contrato é acordo de vontades e, definitivamente, o processo independe da pactuação dos sujeitos. Originariamente, tal teoria decorre, conforme Ernane Fidélis dos Santos, do processo formular romano, quando “[...]as partes compareciam perante o magistrado e um e outro formulavam suas pretensões”, devendo dar-se a seguir a aceitação da fórmula por ambos os litigantes, seguindo-se da organização da *litiscontestatio* com remessa ao juiz, não podendo haver modificação do fixado na fórmula. Identificada a inadequação do enquadramento do processo como um contrato, construiu-se o ideal de que se trataria de um “quase-contrato”, pois seria um fato lícito gerador de obrigações para outra parte. Igualmente, porém, tal concepção não prosperou (SANTOS, 2011, p. 105).

O não cabimento da interpretação que equipara ou aproxima o processo a um contrato decorre, segundo James Goldshmidt (2002, p. 18), de que a

relação jurídica de direito privado gera fundamentalmente direitos e obrigações para as partes, o que não acontece, ou apenas excepcionalmente acontece, na relação processual, onde nem o autor nem o réu têm – enquanto sujeitos de tal relação – direitos e obrigações um para com o outro.

A terceira corrente, que defende o processo como relação jurídica, parte da compreensão de que no processo há um elo que interliga as partes entre si e o juiz, havendo para todos direitos e deveres recíprocos. Desse modo, então, nasce a relação jurídica entre os sujeitos e, por conseguinte, está a natureza do processo. O direito processual brasileiro adota este entendimento, vislumbrando o processo como relação jurídica triangular, perfectibilizada com a citação do réu, havendo direitos, deveres e ônus processuais até o deslinde do feito. Conforme Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 15), “[...]não há relação processual sem a participação de, no mínimo, três pessoas, ou três sujeitos: autor, réu e juiz”. Ademais, frisa o jurista antes mencionado que “esta peculiaridade da relação processual projetará consequências decisivas para toda a teoria geral do direito processual”, isto

porque é a partir desta compreensão que se percebe o direito processual civil como uma disciplina autônoma.

Não se pode deixar de mencionar a reflexão trazida por Ovídio Baptista da Silva (2002, p. 17) acerca da compreensão do processo como relação jurídica:

Hoje, todavia, reconhece-se que tal concepção sempre esteve historicamente comprometida com determinados pressupostos políticos, de índole liberal e burguesa. (ORLANDO DE CARVALHO, *Para uma teoria da relação processual*, p. 44)

Não se pode, evidentemente, obscurecer a extraordinária importância que o estudo do processo como uma relação jurídica peculiar, de direito público, teve para o desenvolvimento do direito processual civil como uma disciplina científica autônoma. Mas também não seria adequado deixar de referir o preço extraordinário que a doutrina processual ainda hoje paga ao *conceitualismo* jurídico que caracterizou a ciência europeia do século XIX. A noção de direito subjetivo como direito de cada indivíduo, ou seja, como um poder da vontade individual (WINDSCHEID), ou mesmo como *interesse juridicamente protegido* (IHERING), teve reflexos mutiladores tanto nas questões de legitimação processual quanto, especialmente, na dificuldade que ainda hoje se observa na doutrina processual para conceber e disciplinar processualmente as ações coletivas ou públicas, em que se busca não a proteção de “direitos subjetivos”, mas a tutela jurisdicional para os interesses de grandes coletividades humanas.

A relação processual, porém, apresenta-se de forma independente da relação de direito material, estando esta de modo subjacente à de direito processual, havendo na imensa maioria dos casos coincidência entre os titulares de ambos os vínculos, mas também existindo circunstâncias em que poderão ser diversos os sujeitos destes liames, como nas hipóteses de substituição processual, por exemplo, quando um sindicato ou um órgão de proteção dos direitos do consumidor atua para defender o interesse dos substituídos, titulares na relação de direito material.

Por fim, o quarto posicionamento sobre a natureza jurídica do processo o enquadra como situação jurídica, pois a esta teoria nega a existência de direitos e de obrigações, entendendo, conforme explicita Ernane Fidélis dos Santos: “[...] não há direitos processuais, senão expectativas de se obter vantagem, sem prática de ato próprio, como seria o caso de a parte contrária não contestar [...]”. Acrescenta Santos (2011, p. 107), que esta doutrina “não se susteve, pois, em primeiro lugar, o juiz, que é peça essencial do processo, fica fora da situação jurídica. Em segundo lugar, a situação jurídica é posição da parte diante da relação de direito material e não de processo”.

Em que pese as diversas posições sobre a natureza jurídica do processo, para as quais há uma série de argumentos aqui não reproduzidos, restringindo-se apenas a sintetizá-las de modo a vislumbrar-se a larga e profícua trajetória dos juristas para a compreensão do processo, deve-se sublinhar a adoção pelo direito brasileiro da concepção do processo enquanto relação jurídica. De resto, a compreensão desta como um instrumento para o desempenho da função jurisdicional, a qual se coloca simultaneamente como poder e dever do Estado, mas também como direito dos cidadãos, em especial em um Estado constituído como democrático de direito e, sob as linhas constitucionais assegura com *status* de direitos fundamentais diversas garantias processuais, entre elas, a duração razoável do processo, que exige a realização da prestação jurisdicional em tempo razoável, suficiente para viabilizar o acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa.

A problemática da lentidão dos processos vem de longa data e não é privilégio brasileiro, sendo indesejável à sociedade e ao sistema judicial, pois, como alertam Mauro Capelletti e Bryant Garth (1988, p. 7), os efeitos da lentidão da Justiça podem ser devastadores, pois “[...]aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àquele a que teriam direito”.

Ademais, faz despencar a credibilidade do Estado enquanto ente dotado do poder/dever de prestar a tutela jurisdicional promovendo a satisfação dos cidadãos, gerando, outrossim, severo grau de desconfiança em face do próprio Estado.

Em que pese a preocupação sobre o tempo do processo, bem como a garantia de duração razoável, conste secularmente em outros ordenamentos jurídicos, deixa-se de proceder a um apanhado histórico, enfocando-se o tema exclusivamente sob o prisma constitucional brasileiro, entendendo-se –neste momento – serem desnecessários os registros passados.

Importante grifar que a preocupação com a vagarosidade na tramitação dos processos nasce por serem estes instrumentos de atuação da vontade concreta do direito (ARAÚJO CINTRA, 2003, p. 24). E, justamente por força da inquietação com a morosidade processual, nasce a fixação de alguns princípios que visam corrigir ou, pelo menos, minimizar tal adversidade, como é o caso do princípio norteador da atividade jurisdicional e que impõe o dever de duração

razoável aos processos, conforme estabelecido entre os direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, no inciso LXXVIII.

A Carta Magna pátria, desde a sua promulgação em 1988, já sofreu diversas modificações através de Emendas Constitucionais, uma delas para acrescentar, topograficamente, uma nova garantia fundamental, objetivando, ao lado de outros preceitos já existentes, concretizar a duração do processo em tempo razoável. Trata-se da Emenda Constitucional nº45, de 2004, que incluiu o inciso LXXVIII junto ao art. 5º, in verbis: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Refere-se, aqui, ao acréscimo topográfico no texto constitucional do princípio da duração razoável do processo, pois, tal regra já estava presente no conjunto normativo⁴⁶ regente do direito interno, tendo em vista que o Brasil, como signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), já havia assinalado, entre as prerrogativas primordiais, a necessidade de observância de um prazo comedido para atividade judicial.

Em relação ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, em que pese adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, apenas ingressou no ordenamento brasileiro em 1992, aprovado pelo Decreto Legislativo 226/91, sendo a carta de adesão do Brasil depositada em 24 de janeiro de 1992. Porém, embora sua vigência, a efetividade da norma relativa à duração razoável nunca se concretizou (NICOLITT, 2006, p. 18). Neste mesmo ano, tem-se o Brasil aderindo à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica, de 1969), ratificada por

⁴⁶Não se pretende adentrar, neste momento, ainda que relevante, na controvérsia sobre o *status* das normas previstas em tratados internacionais, já que tal celeuma apresenta diversos posicionamentos e interpretações. No entanto, entende-se não poder deixar de registrar os enunciados expostos por Ingo Sarlet sobre a controvertida temática: “a) Os tratados internacionais de direitos humanos dependem de ratificação pelo Brasil, sendo incorporados mediante um processo complexo de atribuição do Presidente da República e do Congresso Nacional. B) A aprovação pelo Congresso Nacional de um tratado de direitos humanos em obediência ao rito estabelecido no art. 5º, §3º, da CF, não dispensa a ratificação do tratado. C) A hierarquia dos tratados de direitos humanos a ordem jurídica internabrasileira, de acordo com a atual orientação do STF, é diferenciada de acordo com a forma de incorporação. Com efeito, os tratados incorporados antes da inserção do §3º no art. 5º da CF possuem hierarquia supralegal, prevalecendo, portanto, sobre toda e qualquer norma infraconstitucional interna, mas cedente em face da CF. por sua vez, os tratados aprovados pelo Congresso Nacional na forma do art. 5º, §3º, da CF, possuem hierarquia e força normativa equivalentes às emendas constitucionais. d) Os demais tratados internacionais, que não versam sobre direitos humanos, salvo exceções expressamente estabelecidas (como é o caso dos tratados de matéria tributária) seguem tendo hierarquia de lei ordinária. e) [...]”. (SARLET, Ingo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 291/292).

intermédio do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Neste instrumento a questão está disciplinada no item 8.1, que apresenta o seguinte conteúdo:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação pena formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Tais iniciativas do Estado Brasileiro indicam a busca deste na tão almejada justiça social, em que pese não tenham sido suficientes para efetividade das normas, tanto que em 2004 promulga-se a Emenda Constitucional nº 45, inserindo o inciso LXXVIII, sobre a duração razoável do processo, junto ao rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal.

A respeito dessa reforma constitucional e a consolidação, nesse diploma, do princípio da duração razoável do processo, Adriana Grandinetti Viana explicita alguns aspectos que contextualizam a matéria:

Ante a explícita demanda social e a irresignação sobre o tempo processual dos Tribunais, busca-se dar certeza na prestação funcional do sistema com a adoção de diversas medidas capazes de garantir o tempo razoável processual. A globalização da economia é fator que não pode descartar como outro fundamento desta reforma, já que é certo que os investidores teriam mais interesse no mercado brasileiro se houvesse maior estabilidade da Justiça. Neste contexto, a reforma constitucional institui princípios que são aspirações políticas as quais poderão ter repercussão na realidade jurídica social e econômica. Ressalte-se, uma vez mais, que o mau funcionamento do Judiciário é devastador para a economia, sendo a incerteza jurídica um obstáculo para a formação de um mercado de crédito de longo prazo no Brasil, algo essencial para o crescimento econômico. (2007, p. 193)

Em que pese estas sejam referências expressas ao princípio da duração razoável do processo, encontram-se entendimentos de que mesmo anteriormente a elas já se dispunha no Brasil da garantia da prestação jurisdicional em tempo plausível, vez que contemplado o princípio do devido processo legal e este, por sua vez, abarcaria tal preceito (NICOLITT, 2006; KOEHLER, 2013), pois cumprir o devido processo legal impõe, necessariamente, fazê-lo em tempo plausível.

De qualquer modo, o essencial diante da reforma constitucional concretizada com a Emenda Constitucional nº 45, é compreender que a sua

finalidade foi tornar inequívoca a necessidade de observância do andamento processual em tempo razoável.

Nesse sentido, José Augusto Delgado reforça:

Há de se compreender que a elevação da razoável duração do processo administrativo e judicial como garantia fundamental constitucional assegurada às pessoas (físicas e jurídicas) que estão em situação de litígio, constitui a mais importante reforma realizada em nosso sistema processual, abrangendo diretamente o processo civil, o processo administrativo específico, o processo trabalhista, o processo penal, o processo judicial e o administrativo tributário, o processo previdenciário e outros tipos, com o desejo de afastar a crise sofrida por todos os segmentos da Nação com a demora na entrega da prestação, pelo Estado, de solução de conflitos nas áreas já identificadas. (2011, p. 10)

Interessante contextualização histórica sobre o surgimento da duração razoável do processo como um direito, também apresenta Ivanoska Maria Esperia da Silva(2009, p. 47) referenciando Jônatas Luiz Moreira de Paula, segundo o qual:

É possível afirmar que o surgimento de um direito dos litigantes à razoável duração dos processos liga-se ao fortalecimento dos poderes do Estado-Juiz no processo. Esse fenômeno materializou-se através de uma universalização do princípio da verdade real, bem como a mitigação do princípio dispositivo que retira do juiz a condição de espectador inerte incorporando uma maior responsabilidade do processo, garantindo o efetivo cumprimento do mister que lhe é conferido constitucionalmente.

Tem o processo o propósito centrado, conforme Sergio Gilberto Porto (2012, p. 54), “[...]no ideal de justiça por meio do domínio de valores constitucionais”, os quais, com a constitucionalização do Estado Democrático de Direito, mereceram distinção. Ressalta Sérgio Porto (2011, p. 76) a relevância da leitura processual à luz das disposições da Carta Magna:

Nesse passo, emerge a necessidade de (re)compreender o processo civil contemporâneo, como forma de promover a solução dos conflitos de interesses sintonizada com os propósitos constitucionais. A grande reforma, pois, não está na simples mudança legislativa por mais profícua que esta possa ser, mas sim na mudança de pensamento, no modo de como compreender o processo civil moderno. E a maneira mais legítima de compreendê-lo, no Estado Democrático de Direito, é decifrá-lo sob a regência da Constituição.

Acerca do conceito da duração razoável do processo, Adriana Grandinetti Viana (2007, p. 200), esclarece, com base na teoria de Robert Alexy, as seguintes observações:

Sobre o seu conceito, é importante não esquecer que a garantia à razoável duração do processo é um princípio fundamental o qual se traduz em um direito subjetivo público, autônomo e prestacional. Em primeiro lugar, deve ser destacado, mais uma vez, que o direito à razoável duração do processo é um princípio fundamental e segundo Alexy, constitui um mandato de otimização, que deve ser realizado diante de todo e qualquer caso concreto, dependendo de suas possibilidades, e assim da consideração de outros princípios que com ele possam se chocar. É uma garantia subjetiva pública porque é dirigida ao Poder Público, ou seja, ao Estado, o qual possui a obrigação de prestar a tutela jurisdicional em um tempo plausível e aceitável.

Nessa linha de entendimento, em que há relações próximas entre Constituição e processo, e, na verdade, a sujeição do direito processual aos ditames constitucionais, o princípio da duração razoável ganha grande relevo merecendo evidenciada abordagem. Mas, não se pode deixar de destacar sua indeterminação, afinal, como identificar o que é a duração *razoável*? O que pode se entender por um processo com *tempo razoável*?

Para a identificação do sentido e do alcance desta norma, impõe-se interpretá-la sob a visão de duas premissas, nos seguintes moldes explicitados por João Paulo dos Santos Melo (2010, p. 105):

A de que o direito positivo é um corpo de linguagem prescritiva com a função de disciplinar o comportamento humano e a de que para aplicar o direito é fundamental, imprescindível, a interpretação, entendida como atividade intelectual com objetivo de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas.

Na busca interpretativa do princípio, Melo (2010, p. 109) expõe quais os meios de hermenêutica devem ser utilizados, sintetizando os seguintes pontos:

Sintaticamente, trata-se o signo de um adjetivo que qualifica o substantivo processo. Semanticamente, o termo passa-nos a idéia de comedido, racional, nem bom, nem mal, mas aceitáveis. Pragmaticamente, o termo é utilizado como contraponto da morosidade processual. Em outras palavras, é razoável a duração do processo que não é moroso.

Em que pese os meios interpretativos aplicáveis por Melo, nenhum deles parece ser capaz de solucionar a inquietação sobre o que é, concreta e

faticamente, a duração razoável do processo, vez que compreender o princípio como o “que não é moroso” em nada corrobora para o imprescindível entendimento.

Na empreitada de assentar uma definição, mostra-se como extremamente pertinente a colocação de Luiz Guilherme Marinoni (2010, p. 109), a qual se apresenta com o intuito de, desde logo, contrapor a posição a seguir enunciada:

Duração razoável, como o próprio nome indica, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. O direito à duração razoável do processo faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada do autor e do réu, dar a máxima celeridade do processo, assim como não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos.

Alguns autores defendem, como exposto por Federico Augusto Leopoldino Koehler (2013), que a duração do processo deve corresponder ao somatório dos prazos fixados para o respectivo procedimento em tramitação, sendo, a partir de tal exercício, alcançado qual o tempo que pode perdurar a feito, sendo, assim, a sua inobservância caracterizadora do descumprimento do preceito.

Na ordem jurídica estrangeira, especificamente na Espanha, utiliza-se de dinâmica similar, mas considerando outros aspectos, como a (in)existência de comportamento indevido das partes, as paralisações no curso do processo, e, também, a complexidade da questão. Esta dinâmica foi incorporada para a esfera penal pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco, que emitiu o Provimento nº 38/2010 fixando o prazo de conclusão de procedimentos de réus presos acatando orientação do Conselho Nacional de Justiça sobre o tema (KOEHLER, 2013, pp. 81-84).⁴⁷

Alessandra Mendes Spalding (2004, p. 38) toma partido neste mesmo sentido, afirmando que para se conhecer o prazo razoável para a duração do processo seria suficiente “[...]somar os prazos de cada fase do procedimento, desde o seu ajuizamento até a prolação de sentença de primeiro grau de jurisdição”. Nesta perspectiva, o tempo de duração de um processo sob o

⁴⁷ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo. 2ª. Edição. Salvador: JusPodvm, 2013, p. 81-84. Entre os autores que defendem este posicionamento, refere Koehler, por exemplo: Fernando da Fonseca Gajardoni. Técnicas de aceleração do processo. São Paulo: Lemos&Cruz, 2003. Carlos Henrique Borlido Haddad. Fatores de produtividade: proposta de avaliação do desempenho do magistrado federal. In: Administração da Justiça Federal: Concurso de Monografias – 2004. Série Monografias do CEJ, v. 10. Brasília-DF: CJF, 2005.

procedimento comum ordinário, conforme prazos fixados no Código de Processo Civil de 1973, seria de 131 dias.

Em que pese não se entenda que esse é o melhor e mais adequado mecanismo para apurar a duração razoável do processo, em virtude dos diversos fatores de interferência no andamento dos processos, muitos deles peculiares às condições socioeconômicas dos sujeitos envolvidos, e outros tantos pertinentes à infraestrutura e organização do Poder Judiciário, que apresenta uma esfera federal e outra estadual, reconhece-se que, metodologicamente, essa pode ser congruente.

De outro lado, defendendo a insuficiência do somatório dos prazos, Belmiro Jorge Patto (2004, p. 114) sugere que “[...]ao somatório de todos os prazos previstos nas leis seja acrescido o percentual equivalente ao dobro”, sendo tal critério aplicado independentemente da complexidade da causa, mas “estabelecendo-se a metade desse prazo final de primeiro grau como tempo razoável para as instâncias superiores”. Todavia, parece igualmente não ser esta uma medida adequada às peculiaridades da dinâmica processual.

Corroborando o posicionamento sobre a dificuldade de decifrar este preceito, tem-se no Tribunal Constitucional da Espanha um julgamento que reforça a indeterminação conceitual do princípio, sinalizando ser pertinente avaliar caso a caso, à luz da condição de ser uma definição aberta:

Este concepto (el de proceso sin dilaciones indebidas o en un tiempo razonable) es un concepto indeterminado o abierto que ha de ser dotado de contenido concreto en cada caso atendiendo a criterios objetivos congruentes con su enunciado genérico (KOEHLER, 2013, p. 86).

Ronaldo Bretas de Carvalho (2005, p. 171) propõe, valendo-se de doutrina dominante, que se identifiquem os critérios fixados na jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem para alcançar o sentido desta expressão, pois há decisões sobre o descumprimento da norma do art. 6º da Convenção Europeia⁴⁸. Nesse sentido, frisa que a constatação sobre a observância do

⁴⁸ Art. 6º. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo

princípio da duração razoável deve ocorrer conforme as peculiaridades do caso concreto posto sob julgamento, sendo três os critérios a serem observados: a) a complexidade das questões de fato e de direito discutidas no processo; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atuação dos órgãos jurisdicionais.

A respeito da complexidade da causa, tem-se, segundo Ivanoska da Silva (2009, p. 135), três enfoques, quais sejam, complexidade fática, do direito e instrumental. A complexidade fática está relacionada a natureza da relação controvertida ou a necessidade de provas de difícil coleta. A complexidade jurídica reside nas dificuldades para a interpretação normativa, em virtude da ausência de clareza da norma ou inovação legal. Já a complexidade instrumental vincula-se às questões relacionadas aos incidentes processuais e questões de natureza procedimental que exigem mais tempo para o desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Quanto ao comportamento das partes, a análise deverá cingir-se na adequação, ou não, da conduta dos litigantes quanto à realização de atos caracterizados como abuso de direito ou que tenham intuito protelatório, identificando-se os atos desnecessários e que apenas contribuem para o retardo processual. (SILVA, 2009, p. 137)

Já o terceiro aspecto a ser considerado para a verificação da duração razoável do processo, reside na conduta das autoridades atuantes no processo, em especial, os juízes e os auxiliares da justiça, mas também defensores públicos, Ministério públicos, entre outros, impondo-se a todos a realização dos atos processuais no tempo previsto em lei. E, nesses casos, se inobservado o prazo previsto em lei para o atendimento dos atos processuais, é cabível a responsabilização do Estado, segundo cognição da Corte Europeia de Direitos Humanos. (SILVA, 2009, p. 138)

Porém, para as hipóteses de responsabilidade do Estado, a Corte Europeia destaca que as partes não podem ter concorrido para a demora judicial, em especial, aquela que pretende ser reparada pelos danos supostamente sofridos pela mora judicial.

Esses três elementos, complexidade da causa, comportamento das partes e das autoridades, são utilizados para apurar a responsabilidade da jurisdição no

tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”

descumprimento do preceito em comento, sendo extremamente complexa a fixação de “prazos razoáveis” por tais critérios, pois não se vislumbra a possibilidade de estabelecimento prévio dos lapsos temporais adequados por tais fundamentos. Por outro lado, não se podem descartar ditas bases, pois são elementos cruciais para a análise do lapso temporal razoável para os processos. Desta forma, se impõe uma postura ativa do magistrado para zelar pelo adequado andamento processual, adotando medidas⁴⁹ que coíbam a morosidade, utilizando-se de tais preceitos como referências para o controle do desenvolvimento do processo.

De outra banda, também não se pode desconsiderar que a ausência de estrutura do Poder Judiciário pode ser mais um fator determinante para a inobservância do preceito da duração razoável do processo. Nesse sentido afirma Ivanoska da Silva (2009) que há comarcas que não dispõem de computadores, impressoras, internet, cadeiras, mesas e até telefones, isso sem ser mencionada a falta de material de expediente, como papel, cartucho para impressão, capas para processos, entre outras deficiências.

Como forma de sintetizar a compreensão sobre duração razoável do processo, Adriana Grandinetti Viana (2007, p. 204), diante da carência de conceitos objetivos sobre o assunto, explicita:

É fundamental esclarecer que, diante da carência de critérios que estabeleçam um conceito preciso de prazo razoável na prestação jurisdicional, cabe defini-lo atendendo ao bom senso e a razoabilidade, entendida esta como o tempo de espera pelo cidadão ver efetivado seu direito. O direito ao prazo razoável inserido na Constituição Federal exige ponderação das circunstâncias do caso concreto, já que nem toda a violação de prazo processual como é óbvio, poderia caracterizar um dano ressarcível pra efeitos indenizatórios.

Observa-se, na explanação da autora, que o a compreensão sobre o assunto deve estar relacionada a expectativa do cidadão para ver efetivado o seu direito.

⁴⁹ O novo CPC prevê diversas medidas desta natureza, como, por exemplo: a aplicação de multa de até 20% nos casos em que a parte não cumpra o dever de atender às determinações jurisdicionais, sem criar embaraços (art. 77, § 2º), a aplicação de multa por litigância de má-fé (arts. 80 e 81); multa de metade do salário mínimo quando não houver devolução dos autos no prazo de 3 dias após a intimação para tal ato (art. 234, § 2º); multa pelo não comparecimento à audiência de conciliação (art. 334, § 4º), entre outras medidas. O CPC/73 igualmente estabelece a possibilidade do arbitramento de multas para casos de litigância de má-fé, por exemplo, entretanto, a questão que surge diz respeito à aplicação destas pelos juízes, aos quais incumbe zelar pelo adequado desenvolvimento processual.

Ademais, para a compreensão sobre a extensão da duração razoável do processo, deve-se compreendê-lo como preceito que permeia todo sistema processual, em especial a efetividade da tutela jurisdicional.

Isto posto, investigar o tema da duração razoável do processo não pode se restringir apenas ao tempo para a realização de algumas dinâmicas processuais, pois deve compreender também a identificação de uma prestação jurisdicional satisfativa. Nessa linha, afirma Ivanoska Silva: “[...]de nada adiante uma prestação em tempo razoável sem um resultado satisfatório, pois, em assim sendo, a atividade estatal exercida pelo Judiciário é inócua e desinteressante”. (2009, p. 144)

Considerando-se, então, o tema da duração razoável do processo não apenas como o lapso temporal para a prática dos atos processuais e para a manifestação jurisdicional, mas também como tempo para satisfazer-se o jurisdicionado em sua pretensão, serão apresentados alguns dados coletados na investigação de processos judiciais de saúde com tramitação na Comarca de Pelotas

Primeiramente, analisou-se o lapso temporal entre a distribuição dos processos judiciais com pedido de tutela antecipada e o primeiro pronunciamento judicial, tendo-se, para avaliar a concretização da duração razoável um elemento objetivo, a seguir exibido.

A seguir, então, expõe-se o tempo para efetivação da tutela antecipada concedida, analisando, caso a caso, o alcance, ou não, da duração razoável do processo.

Utilizou-se, assim, como critério de apuração do cumprimento do tempo razoável entre a distribuição processual e o primeiro pronunciamento judicial, a previsão legal do Código de Processo Civil, em seu art. 226, segundo o qual os despachos devem se proferidos em cinco dias, as decisões interlocutórias em 10 dias e as sentenças em 30 dias.

Dessa forma, perquiriu-se sobre o período transcorrido desde a distribuição da petição inicial até o primeiro despacho/decisão do juiz que defira, ou não, a tutela antecipada, analisando-se, a seguir, a celeridade/morosidade para este primeiro momento processual. Frisa-se, desde já, que em todos os processos examinados há o pleito da antecipação de tutela, requerendo o fornecimento de medicamentos, cirurgias, procedimentos ou internação hospitalar.

Nesse tópico, na fase do projeto de pesquisa, em relação ao cumprimento pela autoridade judicial dos prazos fixados em lei para a atividade judicial, tinha-se, claramente, como hipótese, o absoluto desrespeito à duração razoável do processo. Na verdade, hipótese elaborada, não se pode deixar de revelar, com a influência da experiência profissional da rotina da advocacia.

Ainda como hipótese originariamente concebida para essa investigação, tem-se a relacionada à imprestabilidade da jurisdição para a vida real de alguns jurisdicionados. Agora, então, é hora de confirmar, ou não, tais hipóteses, valendo-se dos processos de saúde da Comarca de Pelotas para tal averiguação.

Assim, no que tange ao primeiro elemento analisado, relacionado ao lapso temporal entre a distribuição e o primeiro despacho/decisão do julgador, derruba-se a hipótese de descumprimento da legislação processual, pois os dados coletados indicaram uma celeridade significativa quanto ao intervalo entre a distribuição e o primeiro pronunciamento judicial, pois, em média, isso se deu em 4,38 dias no universo de 62 processos analisados.

Por conseguinte, considerando que o Código de Processo Civil prevê no art. 226⁵⁰ que os despachos serão proferidos em cinco dias e as decisões interlocutórias serão prolatadas no prazo de dez dias, temos nos pronunciamentos, de forma cristalina, o respeito ao prazo para manifestação das decisões interlocutórias, pois, na média, foram prolatadas em 4,38 dias. À vista disso, tem-se, com perspicuidade, a derrubada da hipótese preliminarmente construída no projeto de tese de desrespeito ao princípio da duração razoável do processo.

Inobstante a indicação de 4,38 dias para o primeiro pronunciamento judicial possa, precipitadamente, implicar em alguma conclusão da ausência de efetividade na análise dos pedidos de tutela antecipada versando sobre o direito à saúde, é fundamental identificar os resultados organizados no quadro abaixo e tecerem-se algumas explicitações logo a seguir.

⁵⁰ CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

QUADRO 4

DISTRIBUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS POR NÚMERO DE DIAS PARA PRIMEIRA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL

Nº de dias para 1º pronunciamento pós distribuição	Número de processos
Zero dia	9
Um dia	11
Dois dias	11
Três dias	5
Quatro dias	5
Cinco dias	5
Seis dias	4
Sete dias	2
Oito dias	2
Dez dias	1
De onze a vinte dias	4
De vinte e um a trinta dias	2
De trinta e um dias a quarenta dias	Zero
De quarenta e um dias a cinquenta dias	1
TOTAL	62 PROCESSOS

Nesse quadro, se distribui o número de processos, do total de 62 analisados, e o respectivo tempo para o primeiro despacho, percebendo-se que em trinta e um processos, o que corresponde a 50% do total analisado, houve pronunciamento sobre a petição inicial em até dois dias, 24,19% receberam manifestação entre três e cinco dias, 14,51% foram analisados entre seis e dez dias, e, por fim, apenas 11,29% levou mais de dez dias para receber o primeiro exame da pretensão exposta.

Portanto, temos que 74,19% dos processos pesquisados receberam o primeiro pronunciamento judicial em até cinco dias contados da distribuição. E em 11,29% houve o decurso de onze ou mais dias para a primeira manifestação judicial.

Não estamos aqui analisando, ainda, o teor dessas manifestações judiciais, isto é, se permitem ou não a efetividade de algum direito, mas apenas a duração razoável do processo de forma objetiva, nesse íterim.

Para efeitos de registro, já que 90% dos processos apurados tiveram essa fase processual regulada pelo Código de Processo Civil de 1973, ainda assim mantém-se a indicação de observância da duração razoável do processo, pois naquele diploma o art. 189 fixava o lapso temporal de dois dias para os despachos e dez dias para as decisões interlocutórias, exatamente como consta na atual legislação processual (art. 226, CPC/15).

Dessa forma, sob o prisma da duração razoável do processo, tem-se o cumprimento do prazo processual que estabelece o decênio para a manifestação das decisões interlocutórias, conforme sinalizado no quadro acima, na qual se verifica a distribuição do número de processos inseridos em cada uma das categorias de “número de dias” para a manifestação jurisdicional.

Ao deter-se nesse primeiro item de proposição analítica, sobre o tempo transcorrido entre a distribuição da demanda judicial e o primeiro despacho/decisão interlocutória do juiz, não se procedeu qualquer seleção prévia dos processos, sendo apurada a média de 4,38 dias no universo de 62 autos, havendo causas cujas partes enquadram-se nos moldes da tramitação preferencial prevista no art. 1048, CPC, bem como, outras tantas, sem o mencionado emolduramento.

Dessa forma, considerando que o critério referência para concluir-se pelo cumprimento, ou não, da garantia da duração razoável do processo, é o prazo de dez dias fixados no art. 226, CPC, tem-se, com segurança, nesse universo de pesquisa, que em 88,71% dos autos analisados foi respeitada a duração razoável dos processos, sendo apenas em 11,29% deles identificado o descumprimento na etapa processual de análise da petição inicial e da tutela antecipada requerida.

O campo de pesquisa se deu em relação a processos de saúde, o que, naturalmente, pode ensejar ao leitor o entendimento sobre eventual obviedade quanto à observância da garantia de duração razoável do processo, arguindo-se que nesses casos seria evidente tal desfecho diante do objeto desses processos.

Entretanto, é justamente pelo fato de versarem os autos analisados sobre direito à saúde, que se entendeu a necessidade e relevância da proposta investigativa. Considerando ser nesses processos que se têm jurisdicionados fragilizados pelos danos de enfermidades, e, portanto, ser nesses casos imperiosa maior atenção do Estado para proteção dos cidadãos. Dessa forma, concretizando, também, outro primado, relacionado à solidariedade, optou-se por restringir a investigação apenas aos processos relacionados ao direito à saúde, visando averiguar, nesses casos, as questões relacionadas ao acesso à justiça e duração razoável do processo.

Nessa direção, cabe mencionar, também, as estreitas relações do princípio da duração razoável do processo com outros princípios contemplados no ordenamento pátrio, como, por exemplo, o de inafastabilidade do Poder

Judiciário, pois deve ser promovido o enalço a este órgão juntamente com a prestação jurisdicional em tempo razoável, e, além disso, a concretização do acesso à justiça enquanto alcance da ordem jurídica justa. Nesse sentido, Marco Félix Jobim (2012, p. 79) sobreleva:

É certo que sem a garantia do acesso ao Judiciário, não há o que se falar em duração razoável do processo, mas em contrapartida, parece que o novo princípio também dá seu recado ao dizer que não há o que se falar em acesso pleno ao Judiciário, sem que este garanta a tempestividade do processo, ou seja, não existe hierarquia entre os dois princípios constitucionais.

Ainda sobre as relações da duração do processo com outros princípios, Jobim (2012, p. 91) frisa que, inobstante os olhares ao art. 5º, LXXIII, CF, sejam sempre voltados ao referido princípio, este dispositivo legal contempla outro, igualmente relevante e extremamente imbricado com o primeiro: o da celeridade processual, o qual corresponde ao dever do Estado de propiciar “os meios necessários ao cidadão para que haja maiores condições de efetividade processual num tempo razoável”, servindo, desse modo, de instrumento para caucionar a duração razoável.

Considerando o elo entre os dois preceitos, percebe-se claramente o dever do Estado de promover mecanismos para o atendimento da celeridade, seja com o incremento dos meios materiais e humanos, mas, também, com leis processuais efetivas para garantir o processo tempestivo.

No âmbito legislativo tem-se, no direito processual, algumas normas representativas do dever do Estado de criar leis que promovam a celeridade, tais como os prazos para deliberação pelo julgador, no art. 226⁵¹ do CPC/2015, já mencionado, e o parágrafo único do art. 143⁵² do CPC/2015, dispositivo que fixa o dever de reparação de danos pelo julgador quando do descumprimento de providências processuais, refletindo, desta forma, a observância pelo legislador de um dos aspectos do princípio da celeridade.

⁵¹ Art. 226. O juiz proferirá:

I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias;

II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

⁵² Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Como desdobramento, tem-se, então, que a inobservância de tais prazos, combinado com a ocorrência de danos ao jurisdicionado, *poderá* caracterizar o descumprimento do preceito e ensejar o dever do Estado de indenizar⁵³. Impõe-se grifar que se está afirmando ser a inobservância dos prazos um elemento potencializador para o dever de reparação, não sendo tal descumprimento, *per si*, gerador deste efeito.

Nos moldes já mencionados anteriormente, há uma série de fatores que contribuem para o tempo de duração dos processos, alguns de responsabilidade do Poder Judiciário e de seus agentes, mas outros tantos relacionados à postura das partes e de seus procuradores e, ainda, aqueles decorrentes das especificidades do caso concreto, não sendo imputável a qualquer sujeito, mas atrelados à complexidade da conjuntura posta *sub judice*. Também se pode reconhecer que o dilema da morosidade judicial apresenta muitos vínculos com aspectos estruturais, organizacionais e culturais do Estado Brasileiro.

Todavia, ao apresentar-se o princípios da duração razoável do processo, é fundamental traçar a sua distinção comparativamente à celeridade processual, embora situados conjuntamente no art. 5º, LXXVIII, CF, e, em que pese alguns autores mesclam o conteúdo de um com outro, como se a circunstância de assegurar os meios para a celeridade correspondesse a garantir a duração razoável do processo, o certo é que a essência deles contém particularidades distintivas.

Na verdade, tal confusão conceitual poderá servir, conforme sublinha Marco Félix Jobim (2012, p. 94), para eventual resguardo do Estado em face de pretensões de reparação de danos sob argumento de inobservância do preceito, ou seja, basta “[...]defender-se alegando e comprovando que os meios adequados foram disponibilizados para que o processo se concretizasse tempestivamente, apesar de isso não ter ocorrido e sua intempestividade ter causado prejuízos à parte”.

Observa-se, assim, que ao assegurar entre os direitos fundamentais, no art. 5º, LXXIII, a duração razoável do processo, instaura-se a necessidade de concretizar faticamente tal princípio, pois, conforme Konrad Hesse (1991, pp. 18-19), a “Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida”. Porém, a Lei Maior torna-se ativa, desde que as tarefas nela

⁵³ Para compreender-se pela viabilidade do dever de reparação, deve-se identificar que tanto a celeridade, quanto a duração razoável do processo estão situados não apenas como princípios norteadores, mas, também, no *status* de dever do Estado e correspondente direito subjetivo do jurisdicionado.

previstas sejam efetivamente realizadas e, ainda, se houver “a disposição de orientar a conduta segundo a ordem nela estabelecida”⁵⁴.

Visando adequar a marcha do processo, e representando um viés da política pública adotada no estágio atual do Estado de Direito, há algum tempo o direito processual civil pátrio vem sendo submetido a diversas reformas visando, algumas delas, dar efetividade ao princípio da duração razoável do processo (art. 5º, inciso, LXXVIII, CF), segundo o qual o processo deve ser justo, célere e efetivo, cabendo ao legislador ordinário regular os meios para garanti-lo. Em que pese a afirmativa em torno da celeridade, isto não significa que o processo deve servir para prestar à jurisdição de forma imediata, sendo, assim, como já mencionado, princípio distinto, tendo-se atenção à celeridade como um instrumento para a concretização da duração razoável do processo.

Sobre a relação entre estes dois preceitos, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 678) que:

O direito à duração razoável do processo não constitui e não implica direito a processo rápido ou célere. As expressões não são sinônimas. A própria ideia de processo já repele a instantaneidade e remete ao tempo como algo inerente a fisiologia processual. A natureza necessariamente temporal do processo constitui imposição democrática, oriunda do direito das partes de nele participarem de forma adequada, donde o direito ao contraditório e os demais direitos que confluem para organização do processo justo ceifam qualquer possibilidade de compreensão do direito ao processo com duração razoável simplesmente como direito a um processo célere.

Esclarecem Capelletti e Garth (1988, p. 58) que, embora a “[...]pressão sobre o sistema judiciário, no sentido de reduzir a sua carga e encontrar procedimentos ainda mais baratos” seja crescente, não se pode admitir que tal pressão “venha a subverter os fundamentos de um procedimento justo”.

A previsão constitucional de duração do processo deve ser dotada de razoabilidade, não correspondendo à prestação jurisdicional necessariamente rápida. Na verdade, o princípio em comento está relacionado a buscar-se um processo sem prorrogações indevidas.

Sob outra perspectiva, Nelson Nery Junior (2010, p. 320) registra que “[...]a justiça tem de ser feita da forma mais rápida possível, sempre observados

⁵⁴ Nesse sentido, conclui Hesse: “Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força se ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Will zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verssung*).”.

os preceitos constitucionais que devem ser agregados ao princípio da celeridade e razoável duração do processo”, exemplificando, assim, a relevância de observar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Além disso, grifa Nery Junior (2010, p. 323) a necessidade de desconstruir “[...]o mito da rapidez acima de tudo e o submito do hiperdimensionamento da malignidade da lentidão”.

Cássio Scarpinela Bueno (2012, p. 181), sobre o tema, afirma estar ele relacionado ao postulado da economia processual, entendido como aquele que orienta a realização da atividade jurisdicional para “[...]produzir o máximo de resultados com o mínimo de esforços”.

Vislumbra-se, assim, que o princípio da duração razoável do processo encontra elos com diversos outros preceitos norteadores do processo, impondo a otimização dos atos processuais e promovendo o alcance da prestação jurisdicional em tempo razoável, sem dilações desnecessárias. De modo entrelaçado a esta conjuntura, tem-se o princípio da celeridade, que para Rui Portanova (2003) é uma das vertentes que compõe o princípio da economia processual, juntamente com economia de custo, economia de atos e eficiência da administração judiciária.

Refere Portanova (2003, p. 171) ser um dos entraves para a celeridade o acúmulo de demandas junto ao Poder Judiciário, atribuindo entre as razões para tanto, a existência de conflitos sociais decorrentes da omissão estatal em promover distribuição de riquezas e, além disso, também a omissão em aumentar o número de juízes, pois, enquanto tais aspectos não forem dirimidos, persistirá a “[...]sobrecarga de trabalho e justificativas para a morosidade do Poder Judiciário”. Nessa linha, então, menciona Portanova que o princípio da celeridade está representado pelo seguinte enunciado: “[...]o processo deve ter andamento o mais célere possível”. Não obstante, esclarece o autor que tal afirmativa não significa permissão para desvirtuar e desrespeitar outros preceitos processuais, afinal, o processo é naturalmente demorado, ou pelo menos, “não acompanha a pressa que tempo presente exige”.

Veja-se, assim, que a celeridade exige o emprego de instrumentos e mecanismos que ensejem a rapidez necessária e desejada, promovendo a tutela jurisdicional eficiente, mas sem descuidar do respeito às demais garantias, e, desta maneira, viabilizando a efetividade do princípio da duração razoável do processo.

Trata-se de um princípio polêmico, objeto de algumas críticas, em especial ao ter sido adotado como norteador na elaboração do novo Código de Processo Civil, pois, não se deve vislumbrá-lo como um princípio suficiente para solucionar a morosidade, vez que embora este seja um problema, a lentidão não poderá deixar de existir em detrimento de todas as demais garantias processuais que, naturalmente, impõem que o processo consuma expressivo lapso temporal para desencadear um resultado justo e eficaz.

Tal preocupação com o tempo para o desenvolvimento do processo ganha relevo quando se identifica, em pesquisa anunciada por Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 42), a descrença da população na Justiça: “chama a atenção para o fato de a avaliação geral do conjunto da população brasileira considerar tão importante a produção de resultados que ajudem na solução dos conflitos e afirmem um sentido de justiça, quanto a rapidez na decisão dos casos”. Na investigação realizada pelo Sistema de Indicadores de Percepções Sociais da Justiça, publicado pelo IPEA, foi revelado que “57,8% das pessoas que procuraram apoio para a resolução dos seus problemas apelaram para a justiça comum, 15,9% das pessoas que não recorreram aos tribunais alegaram como razão a morosidade”. (SANTOS, 2011, p. 42)

Alexandre Freitas Câmara (2009, p. 41), por sua vez, ressalta a necessidade de se ter sempre presente que “[...]o processo é instrumento de realização do direito material e de persecução dos escopos do Estado Democrático”. Diante disso, afirma a necessidade de “[...]deformalização do processo, evitando-se um formalismo exacerbado e inútil que, muitas vezes, ainda se manifesta na prática forense”. Nesta linha de entendimento, localiza-se no nosso ordenamento – conforme anteriormente já comentado - a sistemática dos Juizados Especiais, os quais estão regidos, entre outros, pelos princípios da informalidade, da simplicidade, da oralidade e da conciliação, buscando, com menos requintes jurídicos, desenvolver e prestar a tutela jurisdicional atenta aos ditames constitucionais.

Como expressão de realização prática do princípio da celeridade, focando na resolução célere dos litígios, pode-se destacar algumas decisões judiciais que objetivaram agilizar as demandas analisadas, porém, nem sempre sendo satisfatórias em seu desiderato. Ilustrativa dessa questão tem-se alguns pronunciamentos de análise das petições iniciais nos processos investigados, nos

quais o julgador entendeu por postergar a averiguação do preenchimento dos requisitos da tutela antecipada, exigindo, para tanto, que a parte demonstrasse a existência de uma pretensão resistida, ou seja, que tenha feito o requerimento do pleito de saúde na esfera, e, a partir dele, não tenha sido dado retorno, ou, que tenha recebido a negativa administrativa do Poder Público.

Também na linha da busca da celeridade, podem ser indicados os pronunciamentos exigindo informações sobre a situação da parte nas listas de espera administrativas para o pleito desejado.

Afirma-se que essas são expressões da busca da celeridade, pois, nesses casos, o julgador pretende identificar se a escolha da via jurisdicional terá sido a mais adequada e, portanto, capaz de corresponder a uma resposta célere. Visa, dessa forma, provocar que o jurisdicionado busque a pretensão, primeiramente, na via própria, que é a administrativa.

A seguir colaciona-se quadro 5, na qual são apresentados os conteúdos do primeiros pronunciamentos judiciais, identificam-se as duas hipóteses acima referida, as quais sinalizam a busca da celeridade, avaliando-se, adiante, a pertinência dessas medidas.

QUADRO 5

DISTRIBUIÇÃO DO NÚMERO DE PROCESSOS CONFORME TEOR DO PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

TEOR DO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL	Nº DE PROCESSOS
Deferimento da tutela antecipada de medicamentos	14
Indeferimento da tutela antecipada de medicamentos	8
Deferimento da tutela antecipada de cirurgia/exame	11
Indeferimento da tutela antecipada de cirurgia/exame	2
Postergação da análise da tutela antecipada para realização de consulta médica pelo SUS	7
Postergação da análise da tutela antecipada para requerer informação sistema Arghos – medicamentos, cirurgia...	9
Postergação da análise da tutela antecipada, exigindo a apresentação do requerimento administrativo e /ou negativa administrativa	9
Postergação da análise da tutela antecipada por outros motivos	2
TOTAL	62

Percebe-se que dos 62 processos investigados, em vinte e cinco deles houve o deferimento da tutela antecipada pleiteada, a qual versava sobre pleito de

medicamentos, realização de cirurgias ou de exames, o que corresponde a 40,32% com deferimento do direito à saúde reivindicado.

Em dez processos o pedido de tutela antecipada foi negado, o que equivale a 16,13%.

E, em vinte e sete processos, 43,55% do total investigado, o pronunciamento judicial foi para postergar a análise da tutela antecipada basicamente. Os fundamentos identificados nesses casos são: **a)** necessidade de consulta médica com especialista do SUS, **b)** requerimento de informações à autoridade administrativa a respeito da posição da parte em lista de espera do sistema administrativo ou, ainda, **c)** exigência da parte autora para comprovar requerimento e/ou negativa no âmbito administrativo.

No que tange ao teor das decisões que postergaram a análise dos pedidos de tutela antecipada, destacam-se nove processos, o que representa 14,51% no universo pesquisado, nos quais os magistrados exigem a comprovação do requerimento e/ou negativa administrativa, nada obstante a construção jurisprudencial já esteja pacificada no sentido dessa desnecessidade.

Conquanto, como mencionado, a exigência da comprovação do pleito administrativo possa ser, teoricamente, adequado mecanismo para imprimir a celeridade, pois, dependendo do objeto pretendido, no âmbito administrativo a aspiração já poderia estar sendo providenciada, ou, ainda, ordenar a comprovação da negativa administrativa sirva para ter-se a intervenção do Judiciário apenas quando de fato há a pretensão resistida, percebe-se que, nesses processos, tais medidas não serviram para concretizar a almejada celeridade, tudo nos moldes que se apresentará no quadro 3, que na sequência será exibida.

Antes disso, porém, cabe destacar que a imposição do pleito administrativo na Comarca de Pelotas, contraria o posicionamento jurisprudencial do TJRS. Esclarece-se que nos processos analisados, esse tipo de pronunciamento foi identificado em processos instaurados entre 2012 e 2016, sendo durante todo esse lapso temporal dispensável essa comprovação segundo TJRS. Abaixo colacionam-se ementas⁵⁵ das decisões do Tribunal de Justiça, sendo selecionados

⁵⁵ Pesquisa de jurisprudência realizada no site www.tjrs.jus.br em 11 de junho de 2017, às 22.35h, sendo o link de pesquisa http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%22requerimento+administrativo%22+e+sa%C3%BAde&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date:D:S:d1&as_qj=%22requerimento+administrativo%22+e+sa%C3%BAde&as_epq=&as_oq=&as_eq=%22plano+de+sa%C3%BAde%22&as_q=inmeta:dj:daterange:2012-01-

os entendimentos de diferentes Câmaras de julgamento, no período de 2012 a 2016, a fim de ilustrar o posicionamento do TJRS nesse intervalo de tempo:

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Ausência interesse de agir. Pedido administrativo. Desnecessidade. Versando a demanda sobre fornecimento de medicamentos ou tratamento para prevenção da saúde, nada impede que a parte postule diretamente seu direito em juízo, garantia individual insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, não se afigurando falta de interesse processual a ausência de prévio requerimento administrativo. Solidariedade dos entes federados para fornecer medicamentos. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada dos artigos 6º, 23, II, 30, VII e 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, independentemente da previsão do medicamento pleiteado estar ou não, nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado. Substituição do medicamento. A credibilidade da prescrição efetuada pelo médico que presta atendimento ao paciente, aliada à prova documental carreada aos autos, é suficiente para improcedência da alegação de que os fármacos requeridos não seriam indicados para o quadro clínico da parte autora, bem como para desautorizar a pretensão de substituí-los com base em conclusões obtidas sem estudo do caso concreto. Todavia, o mesmo não ocorre em relação ao fármaco Oxcarbazepina 300mg (Oleptal®), uma vez que o próprio médico que acompanha a parte autora concordou com a substituição deste pelo CARBAMAZEPINA. (...). APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70072488331, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 26/04/2017)

Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. Nada impede a parte de buscar diretamente seu direito em juízo, garantia individual insculpida no art. 5º, XXXV, CF, não se afigurando falta de interesse processual ausência de prévio requerimento administrativo. DISPONIBILIZAÇÃO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DA FEDERAÇÃO. ARTIGOS 23, II E 196, CF/88. PERDA DO OBJETO. O direito à saúde é dever do Estado, lato sensu considerado, a ser garantido modo indistinto por todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios -, solidariamente, como decorre dos artigos 6º, 23, II e 196, da Constituição Federal, na leitura feita pela doutrina e jurisprudência, a começar pelo Supremo Tribunal Federal. A previsão do procedimento pleiteado nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado, não elimina a solidariedade estatal, como igualmente assentado pela jurisprudência. Uma vez garantida integralmente pretensão da parte por força de provimento judicial, que nada mais fez do que antecipar os efeitos da tutela final, descabido falar em perda do objeto, pelo contrário, justamente se apresenta concretizado, nada mais restando ao julgador senão resolver o mérito da demanda e fixar ônus sucumbencial respectivo. (Apelação

Cível Nº 70072004393, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 14/12/2016)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE CIRURGIA BARIÁTRICA. PORTARIAS Nº 424/2013 E 425/2013 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. 1. A inobservância do prévio requerimento administrativo não pode ser óbice a impedir o pedido judicial de fornecimento de procedimento cirúrgico, diante da relevância do direito que busca tutelar. 2. Aos entes da Federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados (artigos 6º e 196 da Constituição Federal). 3. As Portarias nº 424/2013 e 425/2013 do Ministério da Saúde definem critérios para a adequada indicação terapêutica da cirurgia bariátrica, a qual pode ser efetuada pelo Sistema Único de Saúde. 4. Sem a comprovação de que o paciente realizou os procedimentos pré-operatórios necessários à realização da cirurgia bariátrica, não há como, de imediato, deferir-se integralmente a tutela pretendida, sob pena de risco à vida. 5. Embora se compreenda amplo o acesso à saúde, o conjunto probatório não permite o deferimento integral do pedido, devendo ser restrito aos exames prévios necessários à adequada indicação terapêutica da cirurgia. 6. Diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº 13.471/2010 (Incidente de Inconstitucionalidade nº 70041334053 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70038755864) não mais prevalece a isenção dos entes públicos ao pagamento das custas, dos emolumentos e das despesas judiciais, exceto, relativamente ao Estado, quanto às despesas de condução do Oficial de Justiça. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70065596553, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 03/11/2015)

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. AUSÊNCIA INTERESSE DE AGIR. PEDIDO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. Versando a demanda sobre fornecimento de medicamentos ou tratamento para prevenção da saúde, nada impede que a parte postule diretamente seu direito em juízo, garantia individual insculpida no art. 5º, XXXV, da CF, não se afigurando falta de interesse processual a ausência de prévio requerimento administrativo. O fornecimento gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada dos artigos 6º, 23, II, 30, VII e 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, independentemente da previsão do medicamento pleiteado estar ou não, nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado. Hipótese em que se encontram presentes os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, uma vez que restou comprovada a necessidade e a urgência do medicamento pleiteado, bem como a falta de recursos da parte agravante para sua aquisição, impõe-se, assim, o deferimento da antecipação de tutela recursal pretendida. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70061082350, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 26/11/2014)

Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS, REEXAME NECESSÁRIO E AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE EXAME MÉDICO. AGRAVO RETIDO:

PROVA PERICIAL. Desnecessária a realização da prova pericial, pois a prova estampa-se nos autos, mostrando a necessidade, utilidade e indispensabilidade do tratamento requerido à manutenção da vida do autor. PROVA DE CARÊNCIA FINANCEIRA DO AUTOR. Desnecessária a expedição do ofício requerido, para demonstrar a carência de recursos da parte autora e de seus familiares. Prova nos autos. Agravo retido desprovido. RECURSO DE APELAÇÃO DO MUNICÍPIO: BLOQUEIO DE VALORES E MULTA. Ausência de interesse recursal. Apelo não conhecido nos tópicos. PRELIMINAR DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR. Não há a necessidade do requerimento administrativo prévio para o sucesso na demanda judicial, considerando os direitos constitucionais de ação e acesso à justiça, previstos no art. 5º da CF/88. Preliminar Afastada. HONORÁRIOS devidos pelo Município ao FADEP porquanto o Município é um ente federativo, autônomo em relação ao Estado. Manutenção do valor arbitrado em consonância com os parâmetros adotados pela Câmara. Apelo desprovido no tópico. CUSTAS PROCESSUAIS. Os réus devem arcar com as custas processuais, diante da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual nº. 13.471/2010, incidenter tantum, nos autos do incidente de inconstitucionalidade nº. 70041334053. Todavia, resta mantida a sentença no tocante à isenção ao pagamento de custas pelo Estado do Rio Grande do Sul, a fim de evitar reformatio in pejus. Apelo desprovido no tópico. REEXAME NECESSÁRIO: Isento o Estado do pagamento das despesas com oficiais de justiça, considerando que o Estado criou uma gratificação denominada auxílio-condução, que é paga mensalmente a todos os oficiais de justiça, na forma do art. 29 da Lei Estadual nº. 7.305/79, a título de "ressarcimento das despesas com condução nas causas de assistência gratuita e nas causas em que o Ministério Público e o Poder Judiciário figuram como partes". MATÉRIA COMUM A AMBOS OS APELOS: DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. O Município é responsável, solidariamente ao Estado e à União, ao fornecimento de tratamento médico, eis que incumbe ao Poder Público, em todas as esferas de poder político, a proteção, defesa e cuidado com a **saúde**. Preliminar afastada. DO MÉRITO. O direito à **saúde** é assegurado constitucionalmente. A plena realização do direito à **saúde** é dever do Estado (Município, Estado e União) e direito fundamental do cidadão, nos moldes do que dispõem os arts. 6º, 23, inc. II, 196 e 203, inc. IV da Constituição Federal. Apelos desprovidos no tópico. CONHECERAM EM PARTE DO APELO DO MUNICÍPIO, AFASTARAM AS PRELIMINARES E NEGARAM PROVIMENTO AOS RECURSOS. REFORMARAM EM PARTE A SENTENÇA, EM REEXAME NECESSÁRIO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70054110606, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Agathe Elsa Schmidt da Silva, Julgamento 18/09/2013)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E SESSÕES DE FISIOTERAPIA. CONDENAÇÃO GENÉRICA. A condenação deve restringir-se aos medicamentos específicos postulados na inicial, não podendo ser genérica para tratamento. ALTERAÇÃO DO PEDIDO. É defeso, após a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o devido consentimento do réu, nos termos do art. 264 do CPC. RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO. O pedido em juízo de fornecimento de medicamentos prescinde de prévio requerimento administrativo, apesar de recomendável, segundo precedentes da Corte. Comprovada a necessidade dos fármacos e de sessões de fisioterapia e a carência financeira para adquiri-los, é dever dos entes públicos o fornecimento, garantindo as condições de saúde e sobrevivência dignas, com amparo nos artigos 196 e 197 da constituição federal. Independentemente da divisão de competências

no âmbito do SUS, a responsabilidade é solidária na espécie entre os três níveis do Poder Executivo. Questões organizacionais não podem se sobrepor à Constituição Federal, sendo inoponíveis ao titular do direito. Jurisprudência desta Corte e do STF. Entendimento do Relator ressalvado. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70048946321, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 25/07/2012)

Percebe-se, claramente, que a postura reiterada em primeiro grau de jurisdição, exigindo a comprovação do requerimento e/ou da negativa administrativa, no período de 2012 a 2016, sempre contrariou o entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, segundo o qual, diante dos direitos de ação, de acesso à justiça, bem como em face da universalidade do direito à saúde, o pleito na seara administrativa é dispensável.

Dessa forma, percebe-se, para os processos pesquisados, em que tal demonstração foi exigida, no equivalente a 14,51%, uma significativa procrastinação no desenvolvimento processual, sendo, porquanto, medida desacertada e desnecessária, pois gerou, em muitos casos, ato recursal para reforma dessa ordem.

A fim de demonstrar essa postergação processual, reavaliou-se, nos processos em que houve a determinação de juntada de requerimento e/ou negativa administrativa, qual foi o tempo transcorrido entre a data de determinação de juntada aos autos do requerimento/indeferimento administrativo e a decisão que analisa o pedido de tutela antecipada.

Assim, tem-se o transcurso médio de 3,66 meses entre a data de determinação de cumprimento da diligência de apresentação do requerimento/negativa administrativa e a análise do pleito de antecipação de tutela.

Com isso, torna-se claro que a providência do juízo de primeiro grau, flagrantemente contrária ao maciço entendimento do segundo grau de jurisdição, implicou em manifesto prejuízo ao jurisdicionado que pleiteou a tutela antecipada, deflagrando a demora na resposta judicial, a despeito de serempedidos fundados no risco de dano à vida dos sujeitos.

Indiscutivelmente, trata-se de providência contraproducente, ofensiva ao exercício do direito de ação e ao acesso à justiça e, mais do que isso, em um sistema de saúde notoriamente ineficiente para as prestações geralmente ensejadoras das demandas judiciais (medicamentos e cirurgias), essa espécie de

determinação judicial também implicou em ofensa à garantia fundamental da duração razoável do processo.

Tem-se, nesse ponto, mais um elemento cultural, no caso, a postura dos magistrados, que merece registro. Segundo estudo realizado por Maria Teresa Sadek, para a Associação dos Magistrados do Brasil, exposto por Marcos Paulo Veríssimo (2006, p. 218), 28% dos juízes na ativa afirmaram raramente, ou nunca, decidirem de acordo com as súmulas vinculantes dos Tribunais Superiores. Ora, se assim o é, o que dizer da expectativa de que os julgadores atentem à jurisprudência majoritária do Tribunal de 2º grau, que, no caso, reza pela desnecessidade de exigir do jurisdicionado a comprovação do requerimento ou negativa administrativa para o pedido de saúde.

Ademais, o julgador, ao tomar esse tipo de decisão, que, conforme se demonstrará na planilha abaixo, não traz para o jurisdicionado qualquer impacto representativo de vantagem ou de otimização para a prestação jurisdicional, assume a condição de um gerenciador de poder político. Nesse sentido, Veríssimo (2006, p. 226), trazendo a lição de Colin Diver, esclarece que “[...] a ação judicial deixa de ser um evento externo ao processo político para tornar-se parte desse mesmo processo. A decisão torna-se secundária: é o *processo* de decisão que fornece os mecanismos de impacto político.”

No quadro abaixo objetiva-se demonstrar o tempo transcorrido após o pronunciamento judicial que determina a apresentação do requerimento/negativa administrativa até a apreciação do pedido de antecipação de tutela. Além disso, denota-se qual o teor da manifestação sobre a tutela antecipada requerida após cumprida a diligência pela parte autora de apresentar o comprovante administrativo.

QUADRO 6

**INDICAÇÃO DO TEMPO PARA ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA
NOS CASOS DE DETERMINAÇÃO PARA COMPROVAR
PEDIDO/INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO**

PROCESSOS	DATA DE DISTRIBUIÇÃO	DATA DA DETERMINAÇÃO DE JUNTADA DO REQUERIMENTO/ NEGATIVA ADMINISTRATIVA	DATA DE ANÁLISE DA TUTELA ANTECIPADA
1) 736-0	25.05.2016	25.05.2016	25.10.2016 deferida
2) 354-6	14.06.2012	22.06.2012	11.10.2012 deferida
3) 319-4	08.04.2014	24.04.2014	19.05.2014 postergada
4) 537-0	19.11.2013	29.11.2013	20.05.2014 deferida
5) 254-8	23.10.2015	24.10.2015	15.05.2016 indeferida porque não apresentado pedido administrativo
6) 075-2	19.07.2016	25.07.2016	18.08.2016 indeferida
7) 476-2	25.03.2013	27.03.2013	14.05.2013 postergou análise para após consulta com especialista
8) 239-2	29.05.2013	03.06.2013	14.10.2013 deferida
9) 403-2	02.06.2013	08.01.2016	13.03.2013 deferida

Pelos dados acima expostos, evidencia-se, com clareza, o quanto as determinações judiciais de apresentação do requerimento/negativa administrativa implicaram em demora para a análise e concessão dos pedidos de tutela antecipada, acrescentando, em média, mais 3,66 meses para a manifestação judicial.

Nesses casos, a exigência no primeiro grau, de providências pacificamente indicadas como desnecessárias pelo Tribunal do Justiça do RS, apenas contribuiu para minimizar a realização da garantia fundamental do acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa, adequada e efetiva, além de ofender, a também garantia fundamental, de celeridade processual e a duração razoável do processo.

Inequivocamente, esse tipo de determinação judicial contrariou os preceitos processuais e, também, o dever do julgador em zelar pela celeridade e duração razoável do processo, em especial por inexistir respaldo no próprio posicionando da instância superior nesse tipo de exigência.

Entretanto, de outro lado, pode-se reconhecer que esse tipo de medida judicial, na lição de Colin Diver, não tem por fim exatamente resolver o conflito, mas provocar as forças políticas de modo a buscar a solução da controvérsia no ambiente estatal próprio e adequado, com base democrática. Assim, “[...] o foco é, portanto, mais nos processos de participação do que na decisão final. O valor desse tipo de função judicial repousa mais no processo de intervenção que na substância de seu resultado”. (DIVER, 1979, p. 65)

Outra conduta processual percebida no primeiro pronunciamento judicial dos processos de saúde analisados diz respeito a manifestação do juiz no sentido de postergar a análise do pedido de antecipação de tutela para momento posterior, determinando, preliminarmente, que o réu informe qual a condição da parte autora nas listas de espera administrativa.

Conforme exposto no quadro 5, em nove processos dos 62 averiguados, essa foi a primeira manifestação judicial, o que corresponde a 14,52% no universo analisado, sendo a ordem do julgador decorrente do registro processual, pela parte autora, de que está aguardando, sem satisfação, o atendimento de sua pretensão.

Nessas ações, então, teve-se um retardo na análise da antecipação de tutela, indicando-se a seguir o tempo decorrido para esse julgamento, bem como sinalizando-se o lapso temporal para a efetivação da prestação jurisdicional nas hipóteses de concessão.

Ademais, também são indicados os fundamentos do julgador para o deferimento ou para o indeferimento da tutela antecipada requerida, bem como as situações processuais quanto à concretização das medidas.

QUADRO 7

TRATAMENTO PROCESSUAL NAS CAUSAS COM PEDIDO DE INFORMAÇÕES SOBRE SITUAÇÃO DE ESPERA ADMINISTRATIVA

Processo	Data do primeiro pronunciamento	Tratamento processual e lapso temporal - a contar do deferimento - para efetivar medida concedida
493-8	03.02.2014	Pedido de consulta com traumatologista por suspeita de hérnia de disco. O primeiro pronunciamento determinou que réu informasse em três dias a situação de espera da autora. Em 12.06.2014 juntado memorando com consulta agendada para 07.04.2014, que foi reagendada para 02.10.2014, quando realizada, havendo necessidade de exame de ressonância. 8 meses para realizar a consulta pretendida
930-6	21.01.2014	Pleito de cirurgia por doença discal degenerativa lombar. Tutela antecipada concedida em sentença, em 01.03.2015. Em 06.05.2015 descartada a necessidade cirúrgica pela estabilidade do quadro. Prejudicado
380-4	13.01.2014	Em 26.08.2014 julgado procedente o pedido, sendo concedida tutela antecipada. Em 22.10.2014 consulta com especialista que prescreve procedimento cirúrgico. Em 12.05.2016 juntada informação de que procedimento será em 16.05.2016. 21 meses para efetivar pretensão
235-6	12.12.2013	Pedido de revisão de artroplastia de quadril. Em 19.03.2014 autora manifesta agravamento da enfermidade, não havendo notícia de atendimento de sua pretensão. Em 22.08.2014 dada sentença de procedência e encaminhado recurso. Prejudicado.
151-3	30.01.2014	Em 29.09.2014 protocolado memorando noticiando consulta agendada para 23.09.2014. Em novembro/2014 autora manifesta perda de interesse no seguimento do processo Prejudicado
514-8	23.06.2014	Em 05.09.2014 deferida tutela antecipada porque autor consultou pelo SUS, com o mesmo médico particular, e prescrito o procedimento. Procedimento realizado em 14.04.2015, a partir do bloqueio de valores 7 meses para realizar procedimento
776-3	23.10.2013	Em 29.11.2013 o réu informa que autor tem consulta agendada para 06.12.2013, sendo confirmada por laudo médico a necessidade de cirurgia lombar. Cirurgia realizada em 04.06.2014, sendo sentenciado os autos, com concessão da tutela antecipada em 15.05.2014. A satisfação se deu pela via administrativa.
145-9	05.08.2014	Em 20.11.2014 deferida a tutela antecipada, pois o réu não prestou as informações sobre a posição administrativa do autor. Até 09.02.2017 não houve designação de data para o procedimento. Após 27 meses não efetivada a tutela.
802-3	27.06.2014	Até 30.01.2017 nenhuma providência para realização da cirurgia, embora em 11.09.2014 tenha sido determinada a avaliação por especialista Após 28 meses ainda não atendida a pretensão da parte autora.

Nessas ações em que foi diferida a análise do pedido de tutela antecipada para obtenção de informações sobre a situação de espera da parte no âmbito administrativo, quiçá em apenas uma delas essa providência tenha resultado, qual seja a do processo 776-3, versando sobre cirurgia lombar. Nos demais casos, a solicitação de informações em nada contribui para um melhor desfecho ao jurisdicionado, no sentido de viabilizar o atendimento da pretensão independentemente da ordem judicial, pois se identifica, na maioria, que a tutela antecipada teve que ser concedida para viabilizar a satisfação da parte.

Ao contrário, salvo na situação em que a parte autora desistiu, em todos os demais casos a omissão da Administração Pública em atender as pretensões foi confirmada, impondo a concessão da tutela antecipada. E, nesses casos, identifica-se em um processo a satisfação da parte em sete meses, e, em outro, em vinte e um meses. Já em outras duas ações, decorridos mais de vinte e quatro meses desde que determinadas algumas providências nos autos, não há notícia de satisfação da parte.

Sob o prisma da duração razoável do processo, em seu viés de efetividade processual, identifica-se, peculiarmente nos casos em que solicitadas informações ao Executivo sobre a condição da parte na lista administrativa de espera, a inoperância do Poder Judiciário, pois tal providência em nada corroborou para oportunizar a prestação do serviço de saúde de modo mais célere, e, ademais, retardou a prestação jurisdicional.

Embora a temática da judicialização da saúde tenha se consolidado e transmitido uma percepção de ser capaz de solucionar o dramático problema nesse campo, os dados iniciais da presente investigação sinalizam a ineficácia da atividade jurisdicional para alcance pelas partes do direito fundamental à saúde.

Conquanto o pronunciamento judicial solicitando informações do réu acerca da posição da parte autora nos registros administrativos esteja, intrinsecamente, vinculado ao reconhecimento pelo Poder Judiciário da importância de privilegiar a esfera do Poder Executivo nesse assunto, percebe-se que tal medida, além de não apresentar qualquer impacto favorável ao jurisdicionado para sua satisfação, ainda retarda a prestação jurisdicional.

Seguindo na verificação da duração razoável do processo, expõe-se no quadro subsequente os resultados quanto ao tempo de tramitação processual entre

a data de distribuição dos processos, a data de concessão do pedido de tutela antecipada e a notícia processual quanto ao seu cumprimento.

Nesse aspecto, é fundamental esclarecer que nos processos investigados, inexistiu um comunicado nos autos imediatamente após o cumprimento das pretensões, seja pela parte autora, seja pelo réu que fornece o “bem da vida”, o que, de certo modo, dificulta uma análise pontual e objetiva.

Porém, é possível identificar o descumprimento das tutelas antecipadas concedidas, pois nesses casos, as partes informam solicitando providências, como o bloqueio de valores do ente público. E, então, a partir disso, se viabiliza a apuração do tempo decorrido entre o deferimento e a satisfação, presumindo-se a satisfação nas hipóteses de silêncio, porém, sem obter a identificação do lapso temporal para tanto.

Esclareça-se, para melhor compreensão, que no quadro a seguir, na primeira coluna, indicado como “processo”, inseriram-se os dados dos processos judiciais em que o pedido relacionado à saúde foi apresentado, sendo exposto apenas os quatro últimos dígitos para evitar a identificação pessoal dos sujeitos. Nessa mesma coluna está apresentada a data de distribuição dos processos e com a sigla “TA” a data de concessão da tutela antecipada.

Na segunda coluna indica-se a data em que informado no processo o cumprimento ou descumprimento, e, na terceira e última coluna a apuração, em dias, do tempo decorrido até a efetiva satisfação das partes.

QUADRO 8

PROCESSOS COM TUTELA ANTECIPADA DE MEDICAMENTOS DEFERIDA E TEMPO DE EFETIVAÇÃO NOTICIADO NOS AUTOS

PROCESSO	Notícia nos autos de cumprimento ou de descumprimento	Tempo transcorrido para satisfação da parte (em dias)
586-7 SAJ UCPEL Distrib. 29.06.09 *Data T.A.03.07.09	24.09.09 – informado que autor não está recebendo Até maio/2016 constantes registros de fornecimentos das fraldas de modo esporádico	Prejudicado
029-4 Defensoria Distrib.17.04.15 *Data T.A.22.04.15	04.05.15 – informado que não recebidos os remédios. 02.07.15 – realizado bloqueio de valores 10.07.15 – notícia do recebimento.	50 dias
055-2 Defensoria Distrib. 17.03.15	24.04.15 – informado que não entregues os medicamentos. 18.05.15 – realizado bloqueio de valores	

*Data T.A.18.03.15	08.06.15 – notícia do recebimento dos medicamentos.	84 dias
206-0 Defensoria Distrib.09.01.15 *Data T.A.13.01.15	Não há notícia de cumprimento ou de descumprimento da ordem.	Cumprida, mas prejudicado o exame do lapso temporal de cumprimento, pois não indicado a partir de quando houve o cumprimento
448-0 Defensoria Distrib.02.06.14 *Data T.A.04.06.14	27.06.14 – informado que instaurado processo de compra. Apenas em 29.05.15 Defensoria informa que está sendo fornecido.	Cumprida, mas prejudicado o exame do lapso temporal de cumprimento, pois não indicado a partir de quando houve o cumprimento
409-2 Defensoria Distrib.07.03.14 *Data T.A.18.03.14	09.07.14 – informado que não há fornecimento. 31.07.14 – deferido bloqueio de valores 04.09.14 – informado que regularizado o fornecimento	169 dias até a notícia nos autos de cumprimento da ordem judicial 134 dias até o bloqueio de valores
139-2 Defensoria Distrib.23.01.13 *Data T.A.25.01.13	18.06.13 – informado que não cumprida a ordem judicial e requerido bloqueio de valores 20.08.13 – realizado bloqueio de valores 30.10.13 – efetivada a medida	278 dias
210-3 Escritório particular Distrib. 14.03.11 *Data T.A.16.03.11	14.04.11 – em defesa os réus alegam que medicamentos não compõem a lista do SUS, pelo que não devem ser fornecidos. 05.07.11 – parte requer bloqueio de valores para a compra dos remédios, o que foi deferido.	82 dias
915-3 SAJ UCPEL Distrib. 29.04.13 *Data T.A.30.04.13	21.06.13 – parte informa que não recebeu o pleito e requer bloqueio de valores, concretizado em 23.09.13 e recebidos os valores pela parte em 13.10.13.	114 dias
014-4 Defensoria Distrib. 09.01.15 *Data T.A.13.01.15	11.06.15 – autora informa que não recebeu medicamentos, deferido bloqueio para Coordenadoria de Saúde em 23.06.15 01.07.15 parte informa que foi chamada na Farmácia Pública	169 dias
364-4 SAJ – Atlântico Sul Distrib. 29.03.11 *Data T.A.31.03.11	26.09.11 – autor ainda não recebeu remédios e concordou com sugestão para substituir por droga do SUS, que até junho de 2015 foi fornecido regularmente, havendo no sistema, segundo o juízo, 110 caixas disponíveis.	Cumprida, mas prejudicado o exame do lapso temporal de cumprimento, pois não indicado a partir de quando houve o cumprimento
799-1 Ministério Público Distrib. 10.07.15 *Data T.A.13.07.15	Não houve cumprimento da medida. 27.08.15 – realizado bloqueio em favor da Coordenadoria, mas não foi possível a aquisição pela necessidade de conta bancária, liberando-se alvará em 02.10.15 para aquisição em nome do representante legal da beneficiária.	81 dias
598-0 Defensoria	20.07.15 – informado que nunca houve o fornecimento.	102 dias

Distrib. 03.06.15 *Data T.A.05.06.15	15.09.15 – informado o recebimento dos fármacos.	
909-0 Ministério Público Distrib. 26.06.16 *Data T.A.15.08.16	Não há notícia de cumprimento ou de descumprimento de determinação judicial.	Cumprida, mas prejudicado o exame do lapso temporal de cumprimento, pois não indicado a partir de quando houve o cumprimento

A partir dos dados expostos, percebe-se que embora a agilidade processual para o primeiro pronunciamento judicial e o deferimento das tutelas pleiteadas, não houve, aparentemente, a mesma celeridade para efetivar a satisfação da parte autora. Utiliza-se a expressão *aparentemente* porque, regra geral, como já mencionado, não há notícia processual dos autores - brevemente à obtenção da tutela jurisdicional antecipada – da regularidade no fornecimento dos remédios. Nesses casos, em quatro processos, considera-se que a parte teve atendida a pretensão outorgada em tutela antecipada, o que representa 28,57% no universo de quatorze autos com concessão do pleito de forma antecipada.

Já nos demais casos, dez processos, 71,43%, observa-se que, passado(s) algum(ns) dia(s)/mês(es), surge a informação de descumprimento da determinação judicial, avaliando-se, então, nessas ações, o tempo transcorrido entre a decisão que concedeu a tutela e a efetivação da medida, seja pela entrega direta dos fármacos, seja pelo bloqueio de valores para viabilizar a aquisição diretamente pela parte, ou via Coordenadoria de Saúde.

Nesses casos, apurou-se a média, em que foi possível realizar a mencionada verificação, de 121,55 dias.

Evidentemente, tal lapso temporal é extremamente demasiado considerando tratar-se de prestação jurisdicional que versa sobre direito à saúde e, ao ser concedida em sede de tutela antecipada, é porque preenche aos pressupostos do instituto, quais sejam “periculum in mora” e “fumus boni iuris”. E, é em virtude do primeiro pressuposto, que fixa a necessidade de comprovação do “perigo da demora”, que identificar lapso temporal tão significativo para efetividade da tutela, denota o prejuízo, em especial, ao princípio do acesso à justiça.

Assim, conquanto atenda-se ao princípio da duração razoável do processo quanto ao lapso temporal decorrido entre a distribuição dos processos e o primeiro pronunciamento judicial, não se pode dizer o mesmo quanto ao tempo decorrido desde o deferimento da tutela e a efetiva satisfação da parte, pois,

nesses casos, alcançou-se a média de 121,55 dias para o efetivo fornecimento de medicamentos/insumos, como fraldas.

Averiguado o tempo para efetivação das tutelas antecipadas relacionadas aos pedidos de medicamentos/insumos, igualmente necessário apurar o tempo para a concretização das medidas antecipatórias de cirurgias, conforme se expõe no quadro que segue.

QUADRO 9

EFETIVIDADE DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NOS CASOS DE CIRURGIA/EXAME

Proc.	Objeto	Data do deferimento	Data da efetivação	Tempo* (em meses) para efetivação da tutela
004-5 SAJ UCPEL	Timpano-Masteidectomia	23.12.2009	Deferido bloqueio de valores em 21.02.2014. Mas Estado descumpriu, sendo em agosto/2014 expedido novo alvará em favor da parte autora, que realizou o procedimento.	54 meses
259-4 SAJ UCPEL	Foto regulação a laser	24.06.2011	Alvará de bloqueio de valores em 02.04.2012, com notícia de realização do procedimento em abril/2012	10 meses
292-5 Defensoria	Artroplastia de quadril	08.07.2010	Alvará de bloqueio de valores recebido em 08.04.2011	9 meses
225-0 Defensoria	Correção de Hallux Valgo	22.11.2012	Em 07.06.2013 realizado bloqueio de valores para realização do procedimento. Porém, a parte não quis realizar o procedimento porque não seria com seu médico particular, o qual foi a seguir intimado sobre o interesse em realizar a cirurgia pelo SUS mas negou conhecer a autora. Até maio/2016 o procedimento não foi realizado, não havendo notícia posterior nos autos.	Prejudicado, mas até 41 meses após o deferimento não foi realizado.
515-9 Defensoria	Angiotomografia de vasos cerebrais	01.04.2014	Bloqueio de valores em 01.08.2014, a partir do requerimento em 18.08.2014. Mas após bloqueio informada a realização do procedimento.	4 meses

139-2 Defensoria	Angiotomo- grafia renal	25.01.2013	Em 30.10.2013 informada a realização do procedimento a partir do bloqueio de valores realizado 20.08.2013	7 meses
909-6 Defensoria	Neuroesti- mulador	27.03.2009	Município agravou da determinação, sendo determinado pelo TJRS a realização de perícia, porém, DMJ sem disponibilidade e inexistentes peritos disponíveis para assumir o encargo. Em 01.11.2013 determinada inversão do ônus da prova para Município demonstrar a desnecessidade, sendo designada consulta com neurologista para 09.12.2013, o qual confirma a necessidade da pretensão. Em 30.01.2015 determinada apresentação de orçamentos e apresentação da execução, que não está em apenso.	82 meses
364-4 SAJ Atlantico Sul	Angiotomografi a cerebral	31.03.2011	Até 21.08.2012 o exame não foi realizado, sendo informado pelo autor que não havia mais necessidade do exame.	Prejudicado, mas 17 meses sem efetivar a tutela.
016-0 Defensoria	Cirurgia traumatológica	19.08.2015	Até fevereiro de 2016 não há notícia nos autos de cumprimento ou de descumprimento.	Prejudicado
MÉDIA DE MESES PARA EFETIVAR TUTELA				28 MESES

A partir das informações acima, observa-se a média, nos oito processos em que foi possível estimar, ou identificar, o tempo para o cumprimento da tutela antecipada de cirurgia/procedimentos, de vinte e oito meses para o atendimento da ordem judicial, o que equivale há dois anos e quatro meses, lapso temporal, por óbvio, demasiado quando se está diante de pleitos embasados do pressuposto da urgência.

O tempo indicado como decorrido entre o deferimento da tutela e a sua efetivação se dá a partir do contexto dos autos para os casos em que não haja informação específica acerca dessa data. Assim, quando há o bloqueio de valores e a omissão da parte em informar quando exatamente o procedimento foi concretizado, utiliza-se como referência ao mês do bloqueio ou da expedição de alvará nos autos, o que pode indicar ainda mais algum tempo de espera para realização dos procedimentos.

A intervenção do Poder Judiciário, nesses casos, na tentativa de solucionar a demanda social de concretização do direito universal à saúde, mostra-se absolutamente insuficiente e ineficaz. O Poder Executivo, destinatário das ordens judiciais emitidas nesses casos, apresenta-se incapaz e/ou incompetente para atender as necessidades da sociedade, respaldadas pela determinação do Poder Judiciário.

Lamentavelmente, identifica-se, nesse panorama, a ausência de acesso à justiça e a inefetividade das determinações judiciais, as quais culminam na privação da sociedade do direito fundamental à saúde, mas também na escassez de outras garantias, como a duração razoável do processo e a efetividade do processo.

No que tange aos outros pronunciamentos judiciais nos casos de cirurgia/exames, tem-se, em duas ações, a determinação de consulta com médico especialista do SUS a fim de apurar a necessidade da prescrição apresentada. Em uma dessas situações (741-0) a parte autora providenciou consulta com profissional da rede pública e reapresentou o atestado, agora firmado por médico da rede pública, o que ensejou o deferimento da tutela em 01.10.2012, sendo realizado o procedimento em 03.10.2014, ou seja, após vinte e quatro meses da emissão da determinação judicial. No outro processo, 857-0, com pleito de cirurgia bariátrica, em 06.12.2013 determinada consulta com especialista, a qual se concretizou em 19.12.2013, mas não localizado registro processual de realização do procedimento, tampouco de descumprimento, presumindo-se o atendimento do pleito, mas sem possibilidade de identificar o tempo decorrido para tanto.

Em relação ao caso (403-2) no qual o Judiciário determinou, em 08.01.2013, a apresentação do requerimento/negativa administrativa, a parte atendeu a diligência em 20.02.2013, sendo deferida a tutela antecipada em 13.03.2013. Na sequência de descumprimento da determinação judicial, em 26.06.2013 realizado bloqueio de valores, sendo informado, em 16.10.2013 que realizado o procedimento. Considerando a ausência de indicação da data de efetivação da ordem judicial, para efeitos da contagem desse lapso temporal, considera-se o mês do bloqueio de valores, tendo-se três meses para efetivação da ordem.

Nesse contexto, do tempo para efetivação das tutelas antecipadas, vislumbra-se, com clareza, que a previsão normativa da duração razoável do processo foi inserida no sistema jurídico brasileiro com o escopo de afirmar a atenção do Estado com o dilema da morosidade, buscando, com tal medida, sucesso na solução do tema. Tal conduta reflete, com clareza, a característica atual do Estado no sistema capitalista. Nesse sentido, José Eduardo Faria, destaca, com precisão, a caótica situação mencionada:

Ao contrário do discurso jurídico do Estado liberal, que se caracterizava por ser prescritivo, aparentemente informativo e pretensamente objetivo, fundado na transcendência das idéias e dos valores, o discurso jurídico do Estado intervencionista agora se torna ético, programático e pedagógico, fundado em critérios específicos de eficiência. Dito de outro modo: enquanto o discurso jurídico liberal invocava a isenção ideológica de uma cientificidade ‘positiva’ para ‘nomear’ o real, assegurar o monopólio da produção do direito, enfatizar a unidade lógico-formal do Estado e estabelecer as fronteiras entre o lícito e o proibido, o discurso jurídico do Estado intervencionista é operativo, diretivo e fabulador, uma vez que sua legitimidade repousa, em última instância, no sucesso – isto é, em sua capacidade de dar respostas minimamente plausíveis a contradições e dilemas gerados pelo desenvolvimento capitalista. (1997, p. 33)

Ademais, é pertinente contextualizar, em face dos dados e análises realizadas, que se atribui todo o problema da morosidade da Justiça pátria à excessiva observância da forma do processo em detrimento da sua finalidade de realização de justiça.

A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, detendo-se na análise das causas de morosidade judicial, identificou três fatores contributivos a esse fenômeno, os quais já foram expostos anteriormente, mas que são repisados para contextualização nesse universo da investigação. O primeiro, “tributada ao excesso de formalidade do processo oriunda da era do iluminismo, na qual o Judiciário, posto gozar de profunda desconfiança de comprometimento com o ancião regime, restou amordaçado pela ‘garantia das formas’”. O segundo aspecto constatado, “foi a litigiosidade desenfreada advinda, paradoxalmente, da conscientização da cidadania exurgente da Carta Pós-positivista de 1988”. Por fim, o terceiro elemento responsável pela aludida morosidade, segundo a Comissão, é a “prodigalidade do sistema recursal brasileiro” (FUX, 2011, pp. 4-7). No entanto, ao buscar-se detectar nos processos de saúde objeto da presente investigação a ocorrência desses três elementos, aos quais se imputa o drama da demora judicial,

afirma-se, sem dúvida, que a ausência de efetividade da prestação jurisdicional não ocorreu, nas ações apreciadas, por eventual demanda descabida da parte, o que representaria a “litigiosidade desenfreada” manifestada por Luiz Fux, tampouco pela interposição de recursos e, menos ainda, pelo excesso de formalidades do processo, mas, única e exclusivamente, pela postura do(s) réu(s) em não atenderem as ordens judiciais no prazo fixado.

Além disso, também se identificou que a atenção dos julgadores aos detalhes das ações de saúde, buscando no processo judicial privilegiar a solução das demandas na esfera administrativa, foi fator determinante para maior morosidade. A exigência judicial – desnecessária – da comprovação de requerimento ou negativa administrativa, ou, ainda, informações do ente público sobre o tempo de espera do cidadão nas listas administrativas para fornecimento de medicamentos ou cirurgias/procedimentos, foram os fatores, nas ações examinadas, como contributivos para a letargia da prestação judicial.

Passando-se a outro aspecto de análise, não contemplado inicialmente na idealização do trabalho, entendeu-se pertinente identificar os percentuais de demandas patrocinadas por escritórios particulares, defensoria pública e escritórios de prática jurídica, buscando-se avaliar eventuais impactos na duração razoável do processo e efetividade processual em razão do advogado atuante.

No quadro abaixo apresentam-se os percentuais de causas patrocinadas por cada um dos setores.

QUADRO 10
PATROCÍNIO DOS PROCESSOS DE SAÚDE

PATROCÍNIO DA CAUSA	Nº DE PROCESSOS	PERCENTUAIS
Defensoria Pública	40	64,52%
Escritórios Particulares	11	17,74%
Serviço de Assistência Judiciária UCPEL	7	11,29%
Serviço de Assistência Judiciária Atlântico Sul	1	1,61%
Ministério Público	4	6,45%

Nos 62 processos analisados, 64,52% estavam patrocinados pela Defensoria Pública do Estado e 11,29% pelo Serviço de Assistência Judiciária da

Universidade Católica e 1,61% Assistência Judiciária da extinta faculdade Atlântico Sul, hoje Anhanguera Educacional.

Essas três primeiras informações sinalizam que a condição de hipossuficiência de 77,42% dos jurisdicionados nos processos de saúde analisados, isso porque tanto a Defensoria Pública, como o escritório de prática jurídica da UCPEL, exigem, para assumir as demandas judiciais, a comprovação de renda, assim, inequivocamente, a esmagadora maioria dos que recorrem ao Poder Judiciário para pleitos de saúde são hipossuficientes.

Com essa afirmativa não se está excluindo do rol de hipossuficientes também aqueles representados pelos escritórios de advocacia particular, pois nesses processos, todos obtiveram a concessão do benefício da gratuidade de justiça, o que também sinaliza a hipossuficiência, porém, tiveram a opção de eleger o profissional patrocinador da causa, enquanto que os demais buscaram o serviço gratuito.

No que tange aos efeitos do patrocínio da demanda para o andamento processual, passa-se a distribuir os números absolutos⁵⁶ de deferimento e de indeferimento dos pedidos de tutela antecipada conforme o patrocínio.

QUADRO 11

DISTRIBUIÇÃO DO TEOR DO PRIMEIRO DESPACHO CONFORME PATROCINADOR DA CAUSA

	Defensoria Pública	Escritórios Particulares	Saj UCPEL	Saj Atlântico Sul	MP
Deferimento Medicamento	8	1	2	1	2
Indeferimento Medicamento	5	1			
Deferimento Cirurgias/exames	8		2		2
Indeferimento Cirurgias ou exames	1		2		
Postergação Sistema Arghos/outro motivo	8 / 6	1 / 3			
Postergação exigindo requerimento/negativa administrativa	4	4	1		
TOTAL	40	10	7	1	4

⁵⁶ Deixa-se nesse item de mencionar os percentuais de cada tópico em virtude de serem números muito baixos em cada escala.

Desses dados, é possível aferir, diante do número de processos patrocinados por cada uma das instituições, quais os indicadores de obtenção de tutelas antecipadas, seja para medicamentos, cirurgias ou exames, sinalizando-se o grau de efetividade dos pedidos formulados. Com isso, não se está, obviamente, afirmando maior ou menor competência, mas apenas identificando índices de obtenção da prestação jurisdicional.

Nos pedidos formulados pelo Ministério Público, tem-se em todas as demandas apresentadas o êxito do deferimento do pleito em sede de tutela antecipada, alcançando-se a concessão já na primeira manifestação. Quanto à Defensoria Pública, identifica-se a concessão da tutela antecipada no primeiro pronunciamento judicial em dezesseis demandas das quarenta patrocinadas. Dos escritórios particulares apenas uma demanda, no total de dez, obteve o pleito concedido liminarmente. Já dos serviços de assistência judiciária das Universidades, temos da antiga e extinta Atlântico Sul, com apenas um processo examinado dessa instituição, no qual foi obtida a antecipação da tutela e, da Universidade Católica de Pelotas, foram quatro antecipações de tutela obtidas.

O patrocínio das ações, na verdade, não permite qualquer parecer conclusivo correlacionando a concessão/denegação da antecipação de tutela ao patrocínio das demandas, e, tampouco, vincular esse aspecto ao tempo para a satisfação da prestação jurisdicional. Veja-se que, salvo no caso do Ministério Público, tanto nas demandas encaminhadas pela Defensoria Pública e pelo serviço de Assistência Judiciária (UCPEL), como nas de escritórios particulares, foram encontrados pronunciamentos concessivos e denegatórios da tutela antecipada.

Ademais, no quadro oito, no qual foram apurados os lapsos temporais de satisfação da parte em cada processo com pedido de medicamentos, e estão sinalizados os profissionais que patrocinam as causas, não se identifica um diferencial flagrante para efetividade das tutelas conforme o patrocínio da causa.

Tem-se nesse quadro apenas um processo de escritório particular, no qual houve a satisfação do jurisdicionado em tempo mais enxuto (oitenta e dois dias no processo 210-3). Porém, tal dado não permite uma análise conclusiva, pois há também processos da Defensoria que seguiram essa média ou até menos, localizando-se cinquenta dias (processo 029-4) e oitenta e quatro dias (processo 055-2) de tempo para cumprimento de medida de tutela antecipada.

Já no quadro nove, que versa sobre o tempo para efetivar as tutelas concedidas de cirurgias ou outros procedimentos, identifica-se o patrocínio das causas entre Defensoria Pública e Serviços de Assistência Judiciária, sem distinções em relação ao tempo transcorrido para efetivar as tutelas deferidas.

Por conseguinte, pelos dados coletados, os indícios são de indiferença do patrocínio da demanda para a efetividade da tutela jurisdicional em tempo razoável.

Ainda entre os dados coletados e analisados, tem-se o tema relacionado aos Juizados Especiais e o tempo razoável do processo, que embora não tenha sido, inicialmente, delineado como objeto da investigação, contribuem para algumas reflexões sobre a duração razoável do processo e a efetividade jurisdicional.

Assim, expõem-se algumas peculiaridades no andamento dos processos no Juizado Especial da Fazenda Pública, no qual se tem os princípios da informalidade e da celeridade como preceito norteador, sendo, assim, oportuno apreciar se há diferencial quanto ao tempo de tramitação entre a distribuição e o primeiro despacho do juiz nessa Vara comparativamente ao andamento da Vara Comum.

No universo de 62 processos que compõem a investigação, apenas sete dos analisados estavam tramitando no Juizado Especial da Fazenda Pública, todos iniciados em 2015 ou 2016, já que o Juizado foi instalado em Pelotas em outubro de 2014, inobstante a lei que institui os Juizados da Fazenda Pública seja de 2009.

Verificando-se o tempo para o primeiro pronunciamento judicial, identifica-se que quatro processos foram analisados no mesmo dia em que distribuídos, um processo em um dia, outro em dois dias, e o sétimo em seis dias, o que resulta a média de 1,28 dias. Sem dúvida, tem-se, nesses casos, expressiva celeridade para a primeira manifestação judicial. Esclarece-se que a realidade atual dos Juizados é de peticionamento eletrônico, porém, os resultados aqui apresentados são de processos físicos.

Por outro lado, em nenhum desses processos houve deferimento da tutela antecipada, tendo se dado os pronunciamentos nos moldes do quadro abaixo.

QUADRO 12

PROCESSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PUBLICA E O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

Processo	Pronunciamento	Data de distribuição	Patrocínio	Com tramitação preferencial publicizada
736-0	Determinada a apresentação do indeferimento administrativo		SAJ UCPEL	
075-2	Determinada a apresentação do indeferimento administrativo	19.07.2016	Advogado particular	
642-9	Medicamentos não constam na lista do SUS e não apresentada justificativa para o uso	10.05.2016	Defensoria	
392-6	Indeferido porque tratamento oncológico tem protocolo próprio no SUS, a prescrição não foi por médico do SUS, e o medicamento não é recomendado pelo Conitec	01.04.2016	Advogado particular	
587-6	Determinada apresentação de laudo legível	25.05.2015	Defensoria	X
647-3	Determinada consulta com médico do SUS para posterior análise do pedido	01.07.2015	Defensoria	
605-3	Determinada a apresentação de laudo médico justificando a necessidade dos medicamentos prescritos	30.09.2015	Advogado particular	

Sem dúvida, diante da média de tempo para o primeiro pronunciamento nos processos do Juizado, tem-se atendido o princípio da celeridade, bem como a duração razoável do processo. Porém, não se pode afirmar que a mencionada celeridade esteve acompanhada de efetividade da prestação jurisdicional e de

acesso à justiça, pois as exigências para análise da tutela antecipada retardaram a concessão do pedido e, por conseguinte, a obtenção do bem da vida pela parte autora.

Além disso, mesmo nos casos em que a parte autora cumpriu a diligência determinada pelo julgador no primeiro pronunciamento, não foi concedida a pretensão apresentada. Vejamos, a seguir, o tratamento conferido caso a caso.

QUADRO 13

PROCESSOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PUBLICA E O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

Processo	Pronunciamento	
736-0	Determinada a apresentação do indeferimento administrativo	Autor não cumpriu a diligência
075-2	Determinada a apresentação do indeferimento administrativo	Indeferida a tutela porque medicamentos não estão na lista do SUS e não apresentado laudo justificando
642-9	Medicamentos não constam na lista do SUS e não apresentada justificativa para o uso	Indeferida a tutela porque medicamentos não estão na lista do SUS e não apresentada justificativa para preterir os constantes no sistema público
392-6	Indeferido porque tratamento oncológico tem protocolo próprio no SUS, a prescrição não foi por médico do SUS, e o medicamento não é recomendado pelo Conitec	Encaminhado autor para consulta com especialista do SUS, mas até outubro/2016 a mesma não foi efetivada, sendo que nessa ocasião, 6 meses após a distribuição, o demandante não tem sequer condições de submeter-se ao tratamento oncológico.
587-6	Determinada apresentação de laudo legível	Após apresentado documento, em julho/2015 o juiz determinou avaliação com especialista, sendo a consulta agendada para setembro/2015, mas médico recusou-se a atender, sendo, a seguir, deferida a tutela.
647-3	Determinada consulta com médico do SUS para posterior análise do pedido	Consulta determinada no primeiro pronunciamento realizado em 04.08.2015, sendo prescrito o mesmo medicamento não contemplado na lista do SUS. Ainda assim, não deferida a tutela antecipada, sendo exigida a justificativa para a prescrição. Apenas em sentença, em 25.01.2016 foi concedida a tutela, sendo que em 10.08.2016 autor informou não estar recebendo.
605-3	Determinada a apresentação de laudo médico justificando a necessidade dos medicamentos prescritos	Parte autora não cumpriu a diligência, sendo intimada pessoalmente em 10.02.2016, mas até maio/2016 não atendidos os requisitos.

Percebe-se, claramente, que a não obtenção da tutela antecipada no âmbito dos Juizados deveu-se, nesses processos, a dois fatores: omissão da parte autora em atender a determinação judicial inicialmente determinada e a exigência de laudos médicos detalhados, que explicitem a razão para o pedido de medicamento fora da lista do SUS, esclarecendo porque não prescritos fármacos fornecidos pelo SUS.

Nos três processos patrocinados pela Defensoria Pública, embora o laudo médico padronizado adotado pela Instituição (antes já referido), nem sempre o mesmo é preenchido de forma completa pelo médico, detalhando as justificativas, o que, naturalmente, implica em dano para a parte. Ademais, resta flagrante que sendo a prescrição por profissional que não pertence ao Sistema Único de Saúde, mais esclarecimentos e justificativas para a prescrição de remédios não contemplados pelo SUS são demandados pela atividade jurisdicional, como forma de assegurar a pertinência da prescrição médica⁵⁷.

Na sequência da investigação realizada tem-se a apuração do tratamento processual conferidos nos processos de saúde, na Comarca de Pelotas, relacionados à tramitação preferencial, nos termos expostos a seguir.

⁵⁷ Sobre o tema, poderíamos discorrer e discutir sobre a possibilidade do Judiciário questionar, ou, pelo menos, por em dúvida, as prescrições de médicos particulares, porém, ao mesmo tempo, não se deve desconsiderar o dever do Poder Judiciário em zelar pelo interesse público e exigir razões convincentes e robustas para o afastamento dos fármacos assegurados no SUS em favor de outros medicamentos ainda não contemplados nas listagens do Ministério da Saúde.

9. TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL DOS PROCESSOS: REALIDADE OU FICÇÃO?

Ainda com o fim de alcançar a celeridade, e, em consequência, a concretização do princípio da duração razoável do processo, percebem-se algumas medidas processuais adotadas pelo legislador, como a concessão de prioridade de tramitação aos idosos e portadores de doença grave, e aos processos sujeitos às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos moldes atualmente concebidos no art. 1048 do Código de Processo Civil de 2015, mas anteriormente já contemplada – não de forma tão abrangente - no Código de Processo Civil de 1973, no art. 1211-A, cuja redação foi inserida pela Lei 12.008, de 2009. Essa norma veio ao encontro da então já vigente disposição do Estatuto do Idoso⁵⁸, Lei 10.741/2003, que no art. 71 estabelece a prioridade para a tramitação dos processos das pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

O Estatuto do Idoso, no art. 71, prevê:

É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância.

Já a Lei 12.008/09⁵⁹, que inseriu a previsão do trâmite especial no CPC/73, disciplinou o tema nos seguintes moldes:

Art. 1211-A – Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

Art. 1211-B – A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§1º. Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

⁵⁸ BRASIL. Lei 10.441, de 1º outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm

⁵⁹ BRASIL. Lei 12.008, de 29 de julho de 2009. Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm

Percebe-se, assim, que mencionada norma ampliou sobremaneira o rol de circunstâncias albergadas pela tramitação preferencial, pois contemplou, além dos idosos, os portadores de doenças grave. Relevante frisar que o pressuposto legal para a benesse é ser idoso ou portador de doença grave, concedendo-se a vantagem por uma condição ou outra, desnecessário o preenchimento cumulativo dessas condições.

Já o atual Código de Processo Civil, que fixou o tema da tramitação preferencial em seu art. 1048, disciplina a matéria nos seguintes termos:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6o, inciso XIV, da Lei no 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II - regulados pela Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

§ 1o A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará a cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 2o Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

Identifica-se, pelo teor legal, que a tramitação preferencial na vigência do CPC/2015, deve ocorrer nos casos em que a parte seja idosa ou portadora de doença grave, já fixando o legislador a norma definidora dessas enfermidades graves, e, ainda, nas demandas sujeitas aos termos da Lei 8.069/90⁶⁰, Estatuto da Criança e do Adolescente. Percebe-se, desse modo, mais uma ampliação nas hipóteses de concessão do trâmite diferenciado.

No entanto, sobre esse assunto, não se pode deixar de lançar a seguinte inquietação: se o processo civil brasileiro está submetido ao princípio da duração razoável do processo, impondo a prestação jurisdicional eficiente a todo e qualquer cidadão à luz dos ditames constitucionais, qual a razão para previsão normativa desta espécie? Trata-se do reconhecimento do Estado quanto à sua incapacidade de atender as demandas jurisdicionais em tempo razoável, visando, demagogicamente, transparecer a adoção de medidas para solucionar o problema aos que se encontram em situação de vulnerabilidade?

⁶⁰ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

Na investigação realizada, com os processos de saúde na Comarca de Pelotas, especificamente quanto aos processos com tramitação preferencial, tem-se interessantes e preocupantes diagnósticos realizados, a partir dos quais se pretende responder a inquietação apresentada.

Antes disso, porém, é fundamental esclarecer que a maioria dos processos analisados tiveram sua instauração antes da vigência do atual CPC, e, portanto, sujeitaram-se ao enquadramento da tramitação preferencial nos moldes do art. 1211-A, CPC/73, segundo o qual, são pressupostos para fixação da tramitação preferencial, o requerimento da parte interessada, o deferimento pelo julgador, e, a seguir, a identificação do processo com tal característica para que nas dinâmicas cartorárias e de gabinete seja dada a preferência aos autos identificados.

Já na redação do art. 1048, CPC/2015, observa-se, igualmente, a exigência do requerimento pela parte beneficiária da previsão legal, e, também, a necessidade de identificação dos autos.

Por conseguinte, tem-se como elemento fundamental para a efetividade da mencionada benesse legal, a publicização nos autos da condição de uma das partes de beneficiária dessa vantagem assegurada no plano normativo, sendo a observância do preenchimento desse requisito um dos aspectos que se apresentará nos resultados analisados.

Antes, porém, de passar-se a verificação dos dados obtidos na análise dos processos de saúde, em relação a tramitação preferencial, há duas questões a serem brevemente abordadas, pois, por vezes suscitadas nos Tribunais. A primeira, sobre a possibilidade de estender o benefício do tramite especial aos portadores de necessidades especiais e, a, segunda, a sua extensão ao advogado da parte que seja idoso ou portador de doença grave.

A respeito da aplicação do dispositivo legal ao advogado da parte, sendo o causídico idoso ou portador de doença grave, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já se pronunciou sobre essa inviabilidade, nos seguintes termos:

Ementa: AGRADO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL. DESCABIMENTO. Não se pode considerar a idade do advogado que nem sequer é parte no processo, para fins de concessão do benefício da tramitação preferencial do feito. Agravo de instrumento a que se nega seguimento. (Agravo de Instrumento Nº 70033939091, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 29/12/2009)

Reforça esse posicionamento o Superior Tribunal de Justiça, que no Recurso Especial nº 664.899/SP, de relatoria da Min. Eliana Calmon, entendeu que o benefício em questão se restringe à parte ou ao interveniente no processo.

E, ademais, deve-se atentar que havendo formação de litisconsórcio, ativo ou passivo, a benesse normativa deve ser aplicada, atingindo os litisconsortes, conforme entendimento do Tribunal de Justiça Gaúcho, com o seguinte conteúdo:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL. LITISCONSÓRCIO ATIVO FACULTATIVO. EXPEDIÇÃO DE RPV. PRECATÓRIO A ocorrência de litisconsórcio ativo não afasta a prerrogativa de tramitação preferencial, nos termos do art. 71 da Lei 10.741/2003. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70067516294, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Maria Silveira, Julgado em 19/04/2016)

Ainda acerca da interpretação do dispositivo legal da tramitação preferencial, cabe questionar sobre sua aplicação também aos portadores de necessidades especiais. Até a edição do Estatuto do Portador de Deficiência, havia entendimentos tanto favoráveis à extensão da benesse legal, como contrários. O Superior Tribunal de Justiça, sobre o assunto, em 2005, enfrentou o tema através da Resolução nº2, de 25 de janeiro, segundo a qual haveria prioridade de julgamento dos processos cuja parte fosse portadora de deficiência, mas desde que a demanda estivesse vinculada à própria deficiência.

Já em 2015, com a edição da Lei 13.146⁶¹, Estatuto do Portador de Deficiência, a celeuma resta resolvida, pois no art. 197 foi assegurado também a essa categoria o tramite diferenciado dos processos:

Art. 197. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos judiciais e que lhe sejam preliminares e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte, interveniente ou terceiro interessado, pessoa com deficiência, em qualquer instância.

§ 1º A obtenção da prioridade a que alude este artigo será obtida mediante requerimento, acompanhado de prova da deficiência, à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo.

⁶¹ BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

§ 2º A prioridade se estende aos processos e procedimentos em todos os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, bem como ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação aos Serviços de Assistência Judiciária.

Antes dessa previsão, porém, a atenção prioritária aos portadores de necessidades especiais estava prevista na Lei 7.853/89⁶², art. 9º:

A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadores de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

Até a edição do Estatuto do Portador de Deficiência, a tramitação preferencial a esses casos estava, por lei, expressamente assegurada apenas no plano administrativo, da Administração Pública Federal.

A partir do teor do art. 191 do referido Estatuto, observa-se que a concessão processual do benefício depende de requerimento da parte, deferimento e anotação na capa dos autos, com visibilidade, da mencionada benesse, exatamente como prevê o art. 1048, CPC.

Desde já se informa que no universo de processos de saúde investigados, em nenhum caso havia indicação da condição da parte como portadora de deficiência, justificando a concessão do benefício da tramitação preferencial nos termos do art. 191 do mencionado Estatuto.

Dessa forma, é a partir desses elementos, definidos no direito processual civil, que se apresentam os aspectos investigados sobre o assunto.

Preliminarmente procede-se a identificação dos processos sinalizados com o direito ao trâmite especial e daqueles que atendem as condições do art. 1048, CPC (ou do então dispositivo vigente ao tempo de provocação da jurisdição, art. 1211-A, CPC/73), mas não receberam qualquer apontamento.

A seguir, nos processos cujas partes têm direito ao trâmite especial, mas não há registro pelo Cartório Judicial na capa dos autos a respeito, verificar-se-á se foi pleiteada a concessão da benesse legal pela parte interessada e a respectiva concessão pelo magistrado.

⁶² BRASIL. Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm

Adiante, serão verificados em todos os processos sinalizados com o trâmite especial, e naqueles em que as partes têm o direito, mas não há publicização da benesse, qual a média de tempo para o andamento entre a distribuição e o primeiro pronunciamento judicial, cotejando esse lapso temporal com a média geral dos processos.

Assim, analisa-se, comparativamente, a duração razoável do processo em todas essas ações.

Passando-se, então, aos achados da pesquisa nesse tópico, dos 62 processos judiciais verificados, em vinte e quatro do total averiguado há o encaixe nos termos do art. 1048, CPC, ou do art. 1211-A, CPC/73, considerando a época de distribuição desses processos, o que representa 38,71%% no universo de pesquisa que preenche os requisitos para o gozo da tramitação diferenciada.

Desses vinte e quatro processos, dezoito deles atendem ao requisito do inciso I do art. 1048, CPC, por ser o autor idoso ou portador de doença grave, enquanto que seis processos enquadram-se no inciso II do art. 1048, CPC, vez que tramitam no Juizado da Infância e Juventude.

Quanto aos processos em andamento no Juizado da Infância e Juventude, apenas dois processos foram distribuídos na vigência do CPC/15 e, por conseguinte, enquadrados objetivamente, desde a distribuição, nos termos da benesse preferencial do inciso II do art. 1048, CPC. Porém, em nenhum deles houve pedido do benefício, e, tampouco, concessão e marcação processual sobre o assunto.

Os outros quatro processos, instaurados na vigência do CPC/73, e, portanto, originariamente, sem direito à tramitação preferencial do inciso II do art. 1048, CPC, atendem, de outro lado, a previsão do inciso I do art. 1048, CPC, pois os autores são titulares das seguintes enfermidades: 1) autismo e pedido de medicamentos, 2) dependência química e pedido de internação compulsória, 3) puberdade precoce e pedido de medicamentos controladores, 4) quadro de alucinações visuais e auditivas, transtorno alimentar, distúrbio de conduta, sendo o pedido de consulta médica com especialista, já requerida na esfera administrativa há dois anos.

Todavia, inobstante a grave condição desses autores, em relação a suas enfermidades, estando amparados desde a instauração de suas demandas (art.

1211-A, CPC/73) para o tratamento processual preferencial, em nenhum dos casos houve o pedido a correspondente concessão do benefício legal.

Ademais, quando entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, em março de 2016, deveria ser observada a vigência imediata da norma processual, o que lhes assegurava, também, a tramitação preferencial nos moldes do inciso II do art. 1048, CPC, quando dois processos receberam a sinalização.

Retornando ao universo dos vinte e quatro processos com direito à tramitação preferencial, isso não significa a real efetividade do direito, pois apenas seis processos no campo integral de pesquisa estão identificados na capa dos autos, viabilizando, dessa forma, que o Cartório promova a movimentação preferencial.

Esses seis processos equivalem a 25% dos processos com direito ao benefício do art. 1048, CPC identificados nos termos previstos em lei, sendo, outrossim 9,68% do total de processos investigados com sinalização do direito à tramitação preferencial.

Já no universo dos processos com direito à tramitação preferencial (vinte e quatro processos), mas sem a identificação da benesse, em apenas sete desses processos houve o requerimento do tratamento diferenciado, demonstrando que 70,83% dos autores com direito ao andamento especial silenciaram para reivindicar o direito, e, apenas 29,17% requereu, mas, mesmo assim, sem lograr a publicização da vantagem na capa dos autos.

Dessa forma, a análise do conteúdo dos processos judiciais de saúde, nos moldes realizados, proporcionou identificar sérias deficiências na dinâmica processual, em especial a imperícia das partes na elaboração das peças processuais, ao deixarem de requerer a concessão do benefício da tramitação preferencial para os processos, embora atendam aos termos do art. 1048, CPC. Como consequência, a natural ausência de qualquer indicação na capa dos autos acerca da benesse legal e, portanto, a inexistência de um tratamento diferenciado para os processos com partes titulares da preferência de tramitação.

Assim, tem-se, com tal constatação, o destaque para a desatenção dos próprios interessados em valerem-se das vantagens e benefícios concedidos pelo ordenamento jurídico, no caso, aquele que visa um trâmite processual mais célere, que atenda a duração razoável do processo e, por consequência, a concretização do verdadeiro acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa.

Aliado à postura da parte interessada e beneficiária, tem-se também a desatenção do Poder Judiciário em relação a tal amparo a partir da vigência do CPC/15, pois no art. 1048, §4º está assegurado: “a tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário”.

Denota-se, pelo teor do art. 1048, §4º, CPC, que preenchidos os requisitos, dispensa-se pronunciamento judicial de deferimento da vantagem processual, inobstante seja imprescindível, nos termos do §1º, o requerimento da parte à autoridade judiciária: “a pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas”.

Todavia, os dados coletados demonstram que não só as partes omitem-se no requerimento do benefício, como, mesmo ao fazerem, a escrivania judiciária – nos casos analisados - não sinaliza essa titularidade para promovê-la na rotina cartorária.

Essas informações indicam, por um lado, que significativo percentual das demandas enquadra-se e merece o tratamento diferenciado, pois são 38,71% dos processos investigados enquadrados na vantagem da tramitação preferencial. Entretanto, em apenas 9,68% dos autos teve-se o registro desse amparo para viabilizar a promoção de um andamento processual diferenciado.

Tão dramático quanto essas informações, é o índice de 29,16% de processos, no universo dos processos com o enquadramento legal, em que houve o requerimento do benefício.

Tais índices denotam a insignificância da tramitação preferencial dos processos no universo de casos analisados, seja porque as partes que tem direito não solicitam, seja porque nos autos com requerimento o mesmo não foi observado, seja, ainda, pelas informações que seguirão no item subsequente quanto à efetividade da tramitação preferencial.

Ainda em relação ao tratamento da benesse do art. 1048, CPC, mas sob o prisma do patrocínio das causas, identifica-se que dos sete processos com direito à tramitação preferencial representados por escritórios particulares, em cinco deles houve o pedido de aplicação do benefício legal, sendo que em dois a parte omitiu-

se no requerimento, o que representa o pleito em 71,43% dessa classe e a omissão em 28,57%.

Já nos outros treze processos, com patrocínio da Defensoria Pública, houve o pleito do benefício em quatro deles, o que indica o pedido em 30,77% e a correspondente ausência de requerimento em 69,23%.

Nos dois processos movidos pelo Ministério Público não houve o pedido de tramitação preferencial e, nos dois autos instaurados pelo Serviço de Assistência Judiciária da UCPEL, em apenas um deles houve o pedido.

Nessa linha, então, tem-se, claramente, que os escritórios particulares, quanto à atenção ao direito do jurisdicionado de gozar de atividade jurisdicional com tratamento preferencial, aparentemente estão mais atentos e formulam o pedido do benefício legal. Por outro lado, no entanto, não se pode deixar de registrar que, ainda que presente o pleito em cinco processos, em apenas dois houve a identificação processual da benesse.

Essas peculiaridades e resultados denotam a pouca significância e expressão do direito à tramitação preferencial nos processos de saúde, pois as deficiências começam pela omissão das partes no requerimento, e seguem-se pela negligência cartorária em efetuar o registro, resultando, portanto, em tratamento sem distinções a tais processos.

Apresentadas essas considerações sobre o panorama geral de tratamento dos processos judiciais enquadrados nos termos legais do trâmite processual diferenciado, segue-se para a investigação acerca das relações entre duração razoável do processo e tramitação preferencial.

No quadro abaixo, permite-se visualizar a distribuição dos processos em cada classe e o tempo transcorrido entre distribuição e primeira manifestação.

QUADRO 14

PROCESSOS COM TRAMITAÇÃO PREFERENCIAL E RESPECTIVA IDENTIFICAÇÃO, TEMPO PARA O PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL E PATROCÍNIO DA CAUSA

	Processo	Tempo para primeiro pronunciamento judicial	Patrocínio
Processos identificados nos termos do art. 1048, CPC	354-6**	6 dias	Defensoria
	319-4**	16 dias	Defensoria
	225-0**	6 dias	Defensoria
	210-3**	2 dias	Escritório particular
	587-6**	0 dia	Defensoria
	403-2**	6 dias	Escritório particular
Média de dias para primeira manifestação	6 dias		
Processos cuja parte tem direito nos termos do art. 1048, CPC, mas sem sinalização nos autos	736-0**	0 dia	SAJ UCPEL
	259-4	8 dias	SAJ UCPEL
	498-2	13 dias	Escritório particular
	930-6	1 dia	Defensoria
	151-3	1 dia	Defensoria
	741-0	27 dias	Defensoria
	971-1	20 dias	Defensoria
	254-8	1 dia	Defensoria
	642-9	2 dias	Defensoria
	798-5	2 dias	Defensoria
	476-2**	2 dias	Escritório particular
	514-8	3 dias	Defensoria
	330-2**	5 dias	Escritório particular
	145-9	0 dias	Defensoria
	959-6	5 dias	Escritório particular
	888-4	0 dia	MP
	605-3**	1 dia	Escritório particular
	909-0	0	MP
Média de dias para primeiro pronunciamento		5,05 dias	
Processos em geral			
Média de dias para primeiro pronunciamento		4,38 dias	

** Houve pedido pela parte e foi deferido o benefício

A partir das informações apresentadas no quadro supra, percebe-se que nos casos em que a parte tem direito à tramitação preferencial, o benefício em questão foi requerido e anotado na capa dos autos com tal tratamento diferenciado, o tempo de trâmite entre a distribuição e o primeiro pronunciamento judicial foi, em média, de seis dias.

Todavia, nos autos em que havia o direito à tramitação preferencial, mas sem sinalização, a média foi de cinco (5,05) dias.

Em ambos os casos, de qualquer maneira, está sendo observado o prazo legal, art. 226, CPC/15, de dez dias para os pronunciamentos judiciais que versam sobre decisões interlocutórias, como são as hipóteses aqui expostas. Assim, rigorosa e objetivamente, a duração razoável do processo está sendo respeitada, porém, o registro de trâmite especial na capa desses processos não apresentou qualquer vantagem ao jurisdicionado, pois a média foi inclusive superior a média geral do universo de pesquisa, quando se alcançou 4,38 dias para o primeiro pronunciamento judicial.

Percebe-se, dessa forma, que não há, objetivamente, qualquer impacto favorável pela titularidade do direito à tramitação preferencial, pois o tempo de duração do processo, no intervalo entre distribuição e primeiro pronunciamento, foi superior a média geral da investigação.

Ilustrando tal afirmativa, cabe exemplificar que há processos assinalados com o benefício em comento despachados em dois dias, mas há, também, processos sem qualquer indicação na capa, também despachados nesse prazo, ou em até um dia. Assim, não são identificados tempos de tramitação diferenciados para o primeiro despacho/decisão interlocutória do juiz, o que sinaliza a ausência de impacto da benesse legal para a celeridade e duração razoável do processo nessa fase inicial.

A partir das informações acima, as quais versam sobre o tempo de tramitação entre a distribuição e primeiro pronunciamento judicial nos processos de saúde, com pedido de tutela antecipada, realizar-se-á o comparativo entre os processos com e sem direito à tramitação preferencial assegurada no art. 1048, CPC/15 ou art. 1211-A, CPC/73. As informações abaixo indicam que a média de dias para o primeiro pronunciamento judicial, comparativamente, entre os processos sem direito ao trâmite preferencial (linha 3) e aqueles identificados com o direito à preferência, é superior nos processos enquadrados nos moldes do art,

1048, CPC e devidamente identificados (linha 2). Já a média geral (linha 4) para a primeira manifestação processual e a dos processos com direito à tramitação preferencial (linha 1) igualmente sinaliza a absoluta ineficácia da benesse legal.

QUADRO 15

COMPARATIVO DE MÉDIA DE DIAS PARA PRIMEIRO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL CONFORME ENQUADRAMENTO DOS PROCESSOS

		Número de Processos	Média de dias para primeiro pronunciamento
1	Processos com direito à tramitação preferencial (independentemente de identificação)	24	5,05 dias
2	Processos identificados com tramitação preferencial	6	6 dias
3	Processos em geral, sem direito à tramitação preferencial	38	4,29 dias
4	Processo em geral, com e sem direito à tramitação preferencial	62	4,38 dias

Percebe-se, por conseguinte, a ineficácia da previsão legal de tramitação preferencial, pois no campo de pesquisa, a média do tempo de andamento dos processos identificados com direito ao trâmite diferenciado foi até mesmo superior à média geral apurada.

Pode-se atribuir essa realidade ao seguinte fator: a verificação do preenchimento dos requisitos legais para o trâmite diferenciado apenas ocorre quando da conclusão dos autos para o primeiro despacho/decisão interlocutória, a partir de quando, então, os processos são assinalados pelo Cartório Judicial com o mencionado benefício.

No entanto, reside aí mais um aspecto crítico da referida norma. Ao exigir no §1º do art. 1048 que a parte solicite e comprove o preenchimento dos requisitos para obtenção do benefício, e, logo a seguir, no §2º, fixar que apenas “ao ser deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária”, onera-se o jurisdicionado com a necessidade de aguardar o pronunciamento judicial inicial do processo, culminando, com o que se identifica nos casos examinados, até mesmo em mais tempo para alcançar o primeiro pronunciamento judicial.

Assim, nitidamente, demonstra-se, pelos dados acima, o impacto causado a esse jurisdicionado, que não dispõe, desde a provocação da jurisdição um

tratamento especial, suportando, com isso, em maior demora para a manifestação judicial.

De qualquer modo, em todos os casos, a duração razoável do processo, considerando-se o parâmetro de análise o dispositivo legal, art. 226, CPC, que estabelece o prazo de dez dias para serem proferidas as decisões interlocutórias, está sendo satisfatoriamente atendido pela média geral obtida, sendo sem qualquer efeito na duração razoável o benefício da tramitação preferencial.

Porém, de outro lado, torna-se flagrante a imprestabilidade prática na dinâmica forense da previsão da tramitação preferencial dos processos. Embora a inserção do princípio da duração razoável do processo de modo expresso no texto da Constituição Federal visou alertar sobre tal diretriz, vindo, ainda, acompanhada de outras medidas no plano normativo processual, como é caso da tramitação preferencial, persiste sempre a indagação: *basta reformar a norma, ou são necessárias políticas públicas que ultrapassem a mera reforma legislativa, e, portanto, sejam adequadas para dar efetividade ao processo?*

No dizer de Petronio Calmon (2009, p. 46), “a crise da Justiça é a crise do direito processual”, encontrando-se a Justiça em conflito desde sempre, sendo o processo burocrático e permissivo na realização de instrumentos protelatórios. Assim, destaca Calmon que “o grande desafio do processualista moderno, então, é resolver essa grave crise, sendo sua primeira e mais difícil tarefa descobrir qual o ponto onde se deve operar a mudança”. Não se pode deixar de registrar a reflexão de Luiz Guilherme Marinoni (2009, p. 126) acerca das reformas processuais e a celeridade do processo:

É certamente equivocado pensar que reformas processuais possam, apenas por si, tornar a tutela jurisdicional efetiva e o processo justo. A falibilidade da produção normativa para dar conta das necessidades de um processo efetivo e justo está presente na modificação do conceito de direito e na transformação do princípio da legalidade, próprias ao Estado Constitucional.

Corroborando a preocupação dos juristas brasileiros, Boaventura de Sousa Santos (2011, pp. 42-44) ressalta ser inequívoca a necessidade de celeridade, mas também ser relevante conhecer os “tipos de morosidade que contaminam cada caso e o ideal de celeridade que se persegue”, pois “podemos ter uma justiça mais rápida, mas não necessariamente uma justiça mais cidadã”. Na verdade, destaca Boaventura que a luta não deve ser apenas pela celeridade, vista esta como

quantidade da justiça, mas também pela responsabilidade social, enquanto qualidade da justiça, já que “uma justiça rápida pode ser uma má justiça”.

É evidente que o processo pressupõe a concretização de etapas, sendo determinados atos indispensáveis para a adequada prestação jurisdicional, e, para isto, o consumo de tempo é inevitável. Basta ver o conceito do direito de ação exposto por Eduardo Couture (1942, p. 28) para perceber tal celeuma: “La acción configurada como derecho abstrato es, pues, en sua forma más sutilmente procesal, un derecho a exponer nuestras razones, a que ellas sean escuchadas y, *eventualmente*, a que sean acogidas”. Na mesma linha, reforça Couture (1942, p. 33) que a ação tem o contraditório como elemento substancial, já que este “procura poner frente a frente los intereses opuestos, a fin de que los órganos de la jurisdicción decidan con el mayor conocimiento posible del conflicto”, evidenciando, assim, a indispensabilidade para o direito de ação à oportunidade de argumentação.

Neste sentido, embora seja fundamental a permanente revisão legislativa para a implantação de reformas processuais, elas não servem se objetivam apenas a “quantidade da justiça”, como expressa Boaventura de Sousa Santos. Ademais, também se deve atentar para o fenômeno da inflação legislativa, “caracterizado pela aprovação de ‘leis de circunstância’ e por ‘regulamentos de necessidade’ surgidos a partir de conjunturas políticas, sociais e econômicas muito específicas e transitórias” (FARIA; KUNTZ, 2005, p. 197). Na linha do fenômeno legislativo, afirma Douglas Cesar Lucas (2005, p. 197) que “a intensidade legislativa que invariavelmente conduz a um enfraquecimento do direito em razão da pragmaticidade exagerada e da dificuldade de se conhecer a real dimensão jurídica que as normas deveriam conter”. Assim:

Verifica-se também um certo receio de legislar em temas complexos, responsabilidade que com muita frequência o Legislativo tem compartilhado com os setores da sociedade civil interessados na matéria em apreciação, o que pode representar tanto uma ampliação dos processos democráticos como um risco de apropriação da tarefa legislativa por entidades privadas com grande influência.

Cabe sintetizar que o princípio da duração razoável do processo é uma garantia constitucional, galgada ao *status* de direito fundamental, e, com efeito, impõe ao Estado a adoção de medidas capazes de concretizá-lo, sejam elas no âmbito normativo, com a criação de leis de cunho processual –consoante alguns

apontamentos já referidos-, sejam no espectro administrativo do Poder Judiciário, com a ampliação, por exemplo, do número de juízes, de servidores, com o investimento em tecnologia. Tem-se, portanto, a duração razoável do processo enquanto princípio norteador da atividade jurisdicional, assegurando aos jurisdicionados a solução dos conflitos e impondo ao Estado-juiz a análise da tutela pretendida em lapso temporal capaz de permitir a sua eficiência.

Desse modo, não há como escapar do entendimento que vislumbra a efetividade do princípio em questão quando a prestação jurisdicional se concretiza a tempo de satisfazer às partes e consubstanciar o direito vindicado.

Todavia, o que se percebe com os dados acima apresentados, é a realização da primeira etapa processual, até a análise do pedido de tutela antecipada, concretizado em tempo razoável, porém, sem distinção que indique a efetividade da norma da tramitação preferencial. Contudo, quando são observados os conteúdos processuais até a efetiva satisfação das partes, vislumbra-se o excessivo tempo de tramitação para o alcance do “bem da vida”, tendo-se, com clareza, o absoluto desrespeito às garantias fundamentais de acesso à justiça e duração razoável do processo.

Assim, é fundamental, conforme expõe Lyra Filho (1986), a importância de compreendermos o direito para além de uma instância exclusiva, ou preponderantemente normativa, sendo necessário romper com a concepção de divinização das normas do Estado, pois as previsões processuais constitucionais, bem como de norma infraconstitucional, como é a regra da tramitação preferencial do art. 1048, CPC, denotam sua insuficiência para o alcance do verdadeiro e essencial acesso à ordem jurídica justa.

Boaventura de Sousa Santos (2013, p. 207), explicitando análise realizada por Vincenzo Ferrari sobre a jurisdição, enquanto instância estatal destinada à solução de conflitos e à pacificação social, bem como em face do questionamento apresentado sobre a efetividade das medidas legislativas para a duração razoável do processo, destaca que embora “[...] a carga do contencioso civil ter vindo a diminuir e apesar das muitas inovações introduzidas com o objetivo de tornar a justiça civil mais expedita, o fato é que se tem vindo a verificar um aumento constante da duração média dos processos civis”.

Disso, então, juntamente com os dados coletados na investigação realizada, extrai-se que as políticas públicas adotadas na seara processual não vêm

sendo suficientes para solucionar as necessidades impostas pela realidade da atual jurisdição. E, nesta toada, então, tem-se não só a insuficiência do direito processual civil mas, também - com obviedade – todas as demais medidas de investimento e de estruturação do Poder Judiciário, tanto sob o aspecto humano como material.

Desse modo, tem-se, de um lado, a garantia constitucional de duração razoável do processo, enquanto um direito fundamental e, portanto, elementar na dinâmica do Estado Democrático de Direito e, de outro lado, a busca incessante para adequar a tramitação processual a tal preceito. Todavia, em conjunto, identifica-se a imprestabilidade de tais normas, no caso específico, a tramitação preferencial dos processos, rompendo-se com o paradigma positivista de que a lei é capaz e suficiente para solucionar as demandas, problemas e mazelas sociais, no caso, especificamente, a dramática situação da morosidade da justiça, que tanto alimenta o sentimento de insatisfação dos jurisdicionados com a dinâmica geral da operacionalização da prestação jurisdicional.

Não é demais mencionar que a problemática do excessivo número de processos, combinada com a dificuldade de julgamento em tempo razoável, remonta aos primórdios do Poder Judiciário. Osvaldo Trigueiro (1982, p. 19) esclarece que em 1892 houve o ingresso de 63 novas demandas, e já em 1931, tal numerário chegou a 890 novos processos, havendo notícias – desde aquela época – de problemas quanto ao tempo dos processos.

A duração razoável do processo está assegurada constitucionalmente, devendo, portanto, ocorrer a devida prestação jurisdicional em toda e qualquer espécie de demanda em espaço temporal que permita atender às exigências de procedimento, de tal forma a assegurar não apenas o contraditório e a ampla defesa, mas, também, e, em especial, a promoção ao jurisdicionado de uma resposta útil e eficaz ao conflito sob apreciação judicial, evitando, por consequência, a frustração dos cidadãos⁶³. Como explicita Boaventura de Souza Santos (2011, pp. 41-42), “quanto maior o intervalo de tempo entre o fato e a aplicação do direito pelos tribunais, menor é a confiança na justiça da decisão”.

No entanto, os resultados obtidos a partir do universo de processos investigados estão longe de viabilizarem uma conclusão favorável quanto à

⁶³ De forma detalhada e embasada será apresentada em item específico a discussão doutrinária sobre a compreensão deste princípio, expondo-se alguns posicionamentos teóricos acerca do assunto.

efetividade da prestação jurisdicional, inobstante quanto ao tempo para sua análise, encontrem-se adequados desfechos.

Todavia, a previsão normativa de concessão de tramitação preferencial dos processos, no universo de processos investigados, denota-se absolutamente imprestável, identificando-se, em especial, dois fatores contributivos para isso. Primeiramente, a imperícia dos profissionais, advogados, que elaboram as peças processuais e deixam de requerer a benesse legal e, como segundo elemento, a ausência da identificação dos processos pelo Cartório judicial, a qual vem acompanhada da omissão das partes interessadas em requerer a sinalização dos processos, indicando a titularidade do benefício.

Entende-se que a identificação desse desfecho pode contribuir para a provocação dos advogados, Defensoria Pública e Serviços de Assistência Judiciária, para que sejam mais zelosos no patrocínio das causas, não apenas para requerer a benesse legal, mas também para manterem-se atentos quanto ao registro nos autos pela serventia cartorária, de modo a viabilizar o andamento diferenciado.

Mais do que isso, identificar, nos autos com partes titulares da benesse legal, o tempo médio de dias para a primeira manifestação judicial superior à média geral nos demais casos, também sinaliza o sinal amarelo aos Cartórios Judiciais quanto à gestão dos processos, pois denota a inobservância da preferência legal no trato desses autos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados alcançados na pesquisa processual realizada são, sem dúvida, dignos de causar um grande embaraço na compreensão do sistema jurisdicional e processual, pois toda a atividade estatal, em especial, no caso, a jurisdição e o processo, deve estar atenta aos ditames constitucionais por força da consolidação destes na dinâmica do Estado Democrático de Direito.

Incabível qualquer interpretação ou aplicação do sistema processual de modo desconectado dos preceitos regentes do Estado Constitucional, com especial destaque para as questões voltadas ao acesso à justiça e à duração razoável do processo.

A dinâmica normativa constitucional, bem como o sistema jurídico como um todo, concede e consolida a liberdade dos sujeitos de direito, viabiliza o exercício da cidadania e, em síntese, propõe-se a realizar direitos, para o que temos o Poder Judiciário como guardião da Carta Magna, igualmente responsável por zelar pela concretização do acervo das prerrogativas e das garantias fundamentais.

Embora o sistema liberal, no Estado de Direito, preocupe-se substancialmente com a questão das normas, estas são cada vez menos suficientes para promover – de fato – a realização dos direitos.

Ademais, o paradoxo existente reside na substituição da legitimidade pela legalidade, fazendo-se essa como condição suficiente para legitimar a decisão. Em outras palavras, afirma Hans-Georg Flickinger, ao apresentar a obra *O Conceito do Político*, de Carl Schmitt, que:

(...) o sistema de legalidade parlamentar contenta-se com o respeito às formas legais do procedimento, aceitando os resultados como conteúdo por si legítimos. Só para dar uma ideia das consequências deste tipo de convicção constitucional, deveríamos pensar, a partir do ponto de vista de uma maioria parlamentar capaz de fazer uma lei que diminuísse as condições da minoria, de chegar ao poder. O simples fato da maioria dispor de 51% dos votos faria com que esta lei devesse ser respeitada enquanto legítima, embora a ideia da democracia se fundamente na igual chance de todas as correntes políticas de chegar ao poder. (1992, p. 15)

Carl Schmitt destaca, entretanto, a ausência de universalidade das normas por que não há na sociedade uma uniformidade de valores. E, em face da ausência de um consenso em torno de critérios universais, faz-se necessária uma instância de validação das normas, pela qual se revista o conteúdo normativo de uma interpretação específica. Porém, é exatamente essa exigência interpretativa, necessidade de criar condições para vigência da norma, que, para Schmitt, transfere a questão “do plano de um juízo ético ou jurídico – incondicionado e puramente normativo – para o plano do conflito político” (FERREIRA, 2004, p. 100).

Piero Calamandrei (1960, p. 23) corrobora tal entendimento ao afirmar que:

São períodos de crise da legalidade aqueles em que se revela que os juristas, mesmo sem querer, servem-se de sua hermenêutica lógica para fazer política: e que até as suas teses jurídicas parecem (não obstante a ilusão desses em continuar sendo juristas puros) constituir teses políticas. (...) Dessa crise da legalidade, que introduz, inevitavelmente, na função do julgar perturbações e contaminações políticas, pode se captar na prática judicial uma série de manifestações típicas.

Confirmando a manifestação de Calamandrei, tem-se, como situação típica, os processos judiciais nos quais a pretensão apresentada está relacionada ao direito à saúde, pois nesses são percebidas manifestações dos sujeitos envolvidos, tanto na condição de parte, como, também, dos julgadores, tipicamente políticos, embora revestidos de argumentos jurídicos.

Dos réus, as defesas que sustentam o princípio da reserva do possível como argumento para justificar o alegado descompromisso, e ausência de dever, em prestar os serviços de saúde pleiteados, sem dúvida, está estreitamente vinculado à visão liberal, cujo ideal busca abarcar o Estado no universo econômico.

E, dos julgadores, ao se pronunciarem solicitando informações sobre a posição da parte nas listas de espera de natureza administrativa, por exemplo, igualmente indica-se o caráter político da conduta do Judiciário, que provoca o Poder Executivo na busca do rearranjo das forças. Com isso, o Judiciário denota ao próprio Estado sua inoperância no exercício da função constitucional de concretizar o direito fundamental à saúde, aparentemente sinalizando ao próprio

Estado que *gostaria* de deixar a questão para a esfera administrativa resolver, atendendo, desse modo, a separação e independência dos Poderes.

Carl Schmitt (2004, p. 101) afirma: “[...] todo direito é ‘direito situacional’ [“Situationsrecht”]”, ou seja, a aplicabilidade das normas depende das circunstâncias em que é interpretada, se em momentos normais ou anormais, vistos estes sob o aspecto político. Para Carl Schmitt a questão da validade das normas não se resolve pelo conteúdo das mesmas, mas em vista de um ordenamento capaz de dar sentido ao ordenamento jurídico.

À luz de Schmitt cabe indagar: há condições de validade da norma que assegura a tramitação preferencial dos processos no sistema jurídico e Judiciário contornado no Estado Democrático brasileiro contemporâneo?

Tal questionamento mostra-se pertinente ao se vislumbrar a edição da norma de tramitação preferencial dos processos como mecanismo de solução, ou pelo menos minimização, da morosidade da justiça, e, em consequência, como instrumento hábil para viabilizar a duração razoável do processo e realizar o acesso à justiça, enquanto oportunidade de realização da ordem jurídica justa.

A partir dos resultados alcançados na investigação realizada, pode-se indicar resposta negativa à validade da mencionada regra, isto porque ela não apresentou qualquer impacto favorável aos jurisdicionados que preenchem os pressupostos legais de enquadramento.

Agrava ainda mais essa situação a peculiaridade de ineficácia da norma mesmo em processos que tem como objeto o direito à saúde, outra prerrogativa fundamental e essencial, estreitamente vinculada à dignidade da pessoa humana. Reforça a fragilidade do sistema, ainda que, em expressivo número de demandas, a inaplicabilidade da benesse legal decorre da omissão da parte em requerê-la ou inoperância do Estado, representado, no caso, pelo Cartório Judicial, ao deixar de sinalizar os autos com a benesse, como assegura do art. 1048, §2º, CPC: “Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária”.

Assim, tem-se uma norma aparentemente relevante para servir como instrumento de alcance à efetividade de direitos fundamentais, mas que, na verdade, serve como mecanismo meramente formal. Presta-se o teor normativo para indicação de que o Estado, atento aos problemas sociais e às necessidades

dos fragilizados, legisla em favor desse quinhão da sociedade. Contudo, esse lastro do direito serve ao fim político de neutralização das tensões sociais.

Embora Carl Schmitt (1996, p. 266) manifeste que o juiz é sujeito independente, e não deve ser um instrumento político, tendo-se sua independência compreendida sob o aspecto de dependência da lei, pois “todo lo que el juez hace como juez se encuentra *normativamente* determinado y se distingue de la existencialidad de lo político”, é inviável dissociar o papel do julgador, ao interpretar a lei e exercer a atividade jurisdicional enquanto tarefa de “dizer o direito”, do caráter político que de forma inerente está presente no exercício de suas funções. Na verdade, segundo Boaventura de Sousa Santos, as investigações realizadas nas últimas décadas desmentem a percepção convencional do campo da administração da justiça, segundo a qual a atividade jurisdicional seria “uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes”. Inegavelmente, afirma Santos, deve-se rever radicalmente a visão do “apoliticismo da função judicial”. (SANTOS In FARIA, 1997, p.51-52)

Ainda que não se descarte a compreensão da jurisdição como atividade interpretativa lei, essa deve ser concebida à luz da classificação exposta por Schmitt, conceito de lei em conotação formal e em sentido político, a partir dos quais se pode vislumbrar o papel desempenhado pelos juízes.

Assim, explicita Schmitt que o conceito formal de Lei deve ser nos seguintes moldes: “[...]Ley es lo acordado por los órganos legislativos competentes, dentro del procedimiento legislativo prescrito.” E, de outro lado, tem-se o conceito político de lei, conforme Schmitt: “Ley es una norma jurídica, es decir, un precepto, en que el Estado se dirige a sus súbditos, para fijar entre ellos y él mismo los límites de permitido y que puede hacerse”. (1996, p. 156) Reforça essa decisão, a seguinte manifestação do mesmo autor:

Para la concepción del Estado de Derecho, la Leyes, en esencia, norma, y una norma con ciertas cualidades: regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general. Ley, en el sentido del concepto político de Ley, es *voluntad* y *mandato* concretos, y un *acto* de soberanía. Ley en un Estado de principio monárquico es, por eso, la voluntad del Rey; Ley, en una Democracia, es la voluntad del pueblo: *lex et quod populus jussit*. (1996, p. 155)

Com isso, tem-se que a atividade jurisdicional, ao interpretar e aplicar a lei, legitimada essa como vontade do povo, diante do fenômeno de judicialização da saúde, busca neutralizar algumas tensões, no caso, a tensão existente entre Estado, que tem o dever de prestar a assistência à saúde, e, o jurisdicionado, que se vê alijado dessa prestação.

De outro lado, porém, novas tensões surgem, no ponto específico da judicialização da saúde, a tensão relacionada à efetividade da prestação jurisdicional.

Por essa tensão, que precisa ser minimizada para oportunizar maior celeridade e efetividade processual, age o Estado na criação de normas, como é o caso da previsão de tramitação preferencial dos processos, que objetivou neutralizar o impacto da morosidade do Poder Judiciário.

No entanto, tais circunstâncias, ao alcançarem o Poder Judiciário, geram, de novo, novas tensões. Nesse ponto, porém, a tensão não se demonstra tão exacerbada, visto inserem-se aqui alguns aspectos da ordem cultural da sociedade.

Refere-se, especificamente, ao fato constatado na investigação de que em 71,43% dos processos nos quais as partes teriam direito ao benefício da tramitação preferencial, elas silenciaram nesse requerimento ao juízo, e, por conseguinte, não sofreram qualquer impacto favorável da vantagem legal a elas outorgado.

Dessa forma, na engrenagem do Estado, chegado o momento de aplicabilidade dessa norma, resultando das anteriores tensões, ela esvai-se por circunstâncias decorrentes do próprio jurisdicionado, que se omite em exigir a aplicação de seu direito processual.

Sem dúvida, a omissão da parte interessada em pleitear o benefício é um fator preocupante, pois revela a imperícia dos profissionais do Direito que patrocinam as causas, mas serve como elemento defensivo do Estado para defender que norma existe, de modo que a sua eventual inoperância decorre do próprio jurisdicionado que dela não se vale.

Entendendo-se pela necessidade de examinar, no panorama dos processos investigados, eventuais fatores contributivos para a ausência dos requerimentos de aplicação do trâmite especial, procedeu-se ao exame do patrocinador da causa, ou seja, os advogados ou instituições representantes da parte beneficiária pela demanda judicial. Com isso, se identificou que dos sete processos com direito à

tramitação preferencial representados por escritórios particulares, em cinco deles houve o pedido de aplicação do benefício legal, o que representa o pleito em 71,43% dessa classe, enquanto que nas causas sob patrocínio da Defensoria Pública, houve o pleito do benefício em 30,77%. Com isso, preliminarmente, poder-se-ia afirmar maior eficiência dos escritórios particulares no que tange ao pedido inicial de atenção ao direito dos jurisdicionados de gozarem de atividade jurisdicional com tratamento preferencial. Contudo, embora o pleito em cinco processos dos escritórios particulares (71,43%), em apenas dois houve a identificação processual da benesse, sem a correspondente reiteração da parte interessada, o que, no contexto, tornou imprestável o pedido formulado inicialmente. Assim, inexiste, nesse aspecto, diferencial para as causas sob zelo da Defensoria Pública ou dos escritórios particulares.

Desse modo, serve a legalidade ao próprio sistema que a forja, alcançando, pela própria legalidade, se fortalecer, pois encontra na conduta e nas condições dos destinatários da lei a suposta justificativa para sua insuficiência, no caso, a omissão das partes beneficiárias do trâmite processual especial em requerem a aplicabilidade da norma, tornando a referida benesse sua inimiga, permanecendo, assim, vítimas do sistema normativo.

Para Antonio Castanheira Neves (1993, p.12), “o direito se encontra intimamente imbricado com a experiência e a cultura do povo”, e, além disso, acrescenta:

O direito compete à autonomia cultural do homem, que, tanto no seu sentido como no conteúdo da sua normatividade, é uma resposta culturalmente humana(...) ao problema também humano da convivência no mesmo mundo e num certo espaço histórico-social, e assim sem a necessidade ou a indisponibilidade ontológica, mas antes com a historicidade e condicionalidade de toda a cultura [...].

Mais do que isso, os instrumentos em que o ordenamento jurídico se apoia estão essencialmente vinculados à cultura e a realidade social.

Nesta linha, então, tem-se claramente o profundo elo entre o processo civil como instrumento para a realização do direito material, tendo-se como pano de fundo a atividade jurisdicional e a Constituição Federal, esta enquanto norteadora da própria compreensão do direito processo civil, estando todos estes ramos submetidos aos elementos culturais.

Todavia, na lição de Boaventura de Sousa Santos (In FARIAS, 1997) o tema da administração da justiça, correlato à duração razoável do processo, reforça o entendimento contemporâneo apresentado pela sociologia, segundo o qual há três aspectos essenciais para melhor administração da justiça: o primeiro de que as reformas processuais, como, por exemplo, a inserção da previsão da tramitação preferencial dos processos, não será suficiente se desacompanhada de reforma da organização judiciária plenamente democrática e se as novas gerações de juízes não forem profissionais com formação multidisciplinar.

Ademais, não se pode descartar que essas questões não deixam de estar vinculadas à problemática relacionada à legalidade, que, no Estado liberal se expressa no positivismo jurídico, e, com isso, inviabiliza qualquer justificação normativa, a partir do que se aproximam a “[...] concepção da legalidade liberal-positivística e o pensamento técnico-científico e econômico”.(FERREIRA, 2004, p, 145)

Na verdade, para Carl Schmitt, segundo Bernardo Ferreira (2004, p. 145), “a crença liberal e positivística em um direito plenamente realizado no sistema de legalidade estatal acabaria por ignorar o problema da ‘realização do direito’ como um processo jamais plenamente concluído de ordenação e conformação da realidade”. Além disso, o sistema de legalidade do Estado está vinculado à “tendência de mecanização do Estado”, o qual “resultaria na imagem de que o Estado nada mais é que um instrumento cuja razão de ser consiste em estar a serviço da liberdade privada dos indivíduos”.

Tem-se, desse modo, a compreensão de que a norma deixa de ser o caminho para a solução dos conflitos, mas passa a compor o próprio litígio, pois não mais vista como o mecanismo adequado para promover a paz da sociedade. Sem embargo, o Estado Constitucional, buscando reforçar a legalidade, traz em sua roupagem vasto rol de direitos fundamentais, como se a normatividade constitucional fosse capaz de dar conta dos obstáculos enfrentados pelo sistema da legalidade. Entre os direitos fundamentais nessas circunstâncias têm-se, a título exemplificativo, a duração razoável do processo, inserido no texto constitucional com a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, mas antes mesmo disso já sendo preceito no sistema jurídico brasileiro por força dos pactos internacionais.

A questão que se coloca reside no seguinte aspecto: serviu a garantia de duração razoável dos processos, ao tempo de sua previsão nos instrumentos

internacionais, para resolver a morosidade? Sabidamente, não. Então, culminou-se na edição da EC nº 45/2004, inserindo-se tal direito fundamental no art. 5º, LXXVIII, CF. Mais uma vez: tem sido sua consagração no plano constitucional suficiente para realizá-la?

Para responder tal indagação, vale-se de José Eduardo Faria (1997, p.25), que explicita termos o liberalismo e a democracia intimamente ligados, estando a noção de Estado de Direito entre ambos. Alia-se a isso, a Constituição, como plano de validade formal para atender expectativas de segurança, mas se presta a ser “[...] uma ficção a cumprir uma função pragmática precisa: fixar os limites das reações sociais, programando comportamentos, calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa ‘prontidão generalizada’ de todos os cidadãos”.

Assim, nesse contexto dramático contemporâneo, Eduardo Faria (1997) pontua que a concretização dos direitos está muito mais permeada pelo “universo simbólico” de valores culturais e sociais, do que exatamente pela “coerência lógico formal de seus sistemas normativos”. Sobre o dilema contemporâneo do direito teoricamente assegurado e aquele vivenciado na realidade, José Eduardo Faria explicita:

(...) o Estado intervencionista acaba reconhecendo o que era em vão negado pelos juristas do Estado liberal: o fato de que a eficácia do direito depende bem menos da coerência lógico-formal de seus sistemas normativos e muito mais de um amplo universo simbólico sutilmente difundido em meio a valores culturais e sociais, onde imperaria o símbolo da ‘justiça’, tornando-se secundária sua importância para uma eventual aplicação a casos concretos e específicos.

É no âmbito dessa ambigüidade entre o *law in book* e o *law in action* que vem emergindo, portanto, as dificuldades crescentemente intransponíveis para que o processo de legitimação ‘legal-racional’ forjado pelo liberalismo jurídico-político possa continuar cumprindo seu papel ideológico e retórico e contextos cada vez mais complexos. (1997, p. 32)

O âmbito político, compreendido como espaço de deliberação e de discussões enfrenta forte crise, sendo fundamental tal recuperação com apoio em três pilares, a democracia, o Estado e a utopia, como propõe Molinaro (2007, p. 177). A democracia apresenta sua pertinência para a recuperação do político “porque não haverá possibilidade de política em nenhum sentido, no mais forte ou mais fraco da palavra, se não nos decidirmos a assumir coletivamente o nosso destino”. O Estado, igualmente, é fator para tal transformação, porque – sublinha

novamente Molinaro (2007, p. 177.) – “[...] nenhuma comunidade pode aspirar a ser titular de suas decisões e de seu porvir se está conforme a desprender-se dos instrumentos básicos para regular os intercâmbios, frear as ambições dos poderosos e delinear os caminhos que quer percorrer”. Já a utopia, assinala o mesmo autor, tem sua relevância pela necessidade de “imaginar outros futuros”.

Dessas questões, resulta a situação do Direito, que está condicionado ao político, sendo instrumento de regulação social, carregado do ideal de Justiça. A eficácia jurídica das normas, pela qual se promoverá o acesso à ordem jurídica justa, será concretizada quando, consoante Faria (1992, p. 107), se encontrar na “[...] realidade sócio-econômica, as condições políticas, culturais e ideológicas para sua aceitação e cumprimento por parte dos destinatários”. É ilusão compreender que a eficácia normativa está assentada no monopólio da força do Estado, pois são os aspectos culturais a premissa para a efetividade das normas.

De outro lado, afirma Faria (1992, p. 107) que a questão da efetividade do direito precisa também ser compreendida pelo viés da importância da administração da justiça, pois “[...] os tribunais também permitem a reintrodução do próprio direito positivo no interior das relações sociais”, impedindo a estagnação cultural e motivando a atuação transformadora. Nesse sentido, o tema da judicialização da política e da saúde alinha-se com a menção de Faria, pois têm sido fenômenos capazes de provocarem e abalarem as estruturas do Estado, instigando a reflexão sobre as suas causas e consequências.

O fenômeno da judicialização da política e, antes mesmo disso, a invasão da política e da sociedade pelo direito, conforme Douglas Cesar Lucas (2005, p. 202), “[...] coincidiram com o desestímulo para um agir orientado para fins cívicos, o juiz e a lei tornando-se as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados, socialmente perdidos”. E, ademais, afirma o autor que “[...] a invasão da política pelo direito entorpece a capacidade democrática da sociedade e enclausura todas as possibilidades de emancipação dentro da racionalidade burocrática do Judiciário, aumentando o desprestígio da política e das alternativas democráticas na produção do direito e na condução do devir histórico”.

Ter-se o juiz e a lei como referências para a garantia de direitos, como afirma Douglas Cesar Lucas na citação acima exibida, sem dúvida, traz um aprofundamento da crise constitucional vivenciada. Isso porque o Judiciário foi alvo da aposta que lhe colocou como o Poder capaz de resolver a ineficiência e

inoperância do Estado em outras searas, como na saúde, porém, o que vem sendo percebido é a igual incapacidade do Poder Judiciário atender às expectativas nele depositadas. Nesse sentido, pode-se destacar a inexistência de prestação jurisdicional eficaz em tempo razoável, embora a condição da duração razoável do processo enquanto direito fundamental.

As análises investigativas confirmam tal afirmativa, pois nos processos de saúde na Comarca de Pelotas, a efetivação da tutela antecipada para o fornecimento de medicamentos alcançou, na média geral, 121,55 dias. Já nos processos com pleito de cirurgias/exames, a média geral para a efetivação da antecipação de tutela foi de vinte e oito meses, ou seja, 2 anos e 4 meses para promover o procedimento médico necessário.

Ainda que não se tenham critérios objetivos para fixar a duração razoável do processo no que tange a concretização da pretensão judicial ao jurisdicionado, em se tratando de direito à saúde, em que o tratamento e plena recuperação do paciente é elementar, categoricamente, esses lapsos temporais apurados são absurdos.

À luz destas considerações, percebe-se que a duração razoável do processo não encontra concretização, e, com o intuito de minimizar sua inoperância, criam-se outros mecanismos legais, no caso, a tramitação preferencial dos processos, que nasce com base no discurso de efetividade jurisdicional e atenção do Estado ao dramático dilema da morosidade, mas se limita a ser mais uma previsão legal, tão somente, verdadeira ficção em nosso sistema.

Assim, há um ciclo que se retroalimenta pela ineficiência de suas medidas. O sistema constitucional assegura o acesso à justiça e prevê instrumentos para realizá-lo. As dificuldades para efetivação do acesso à justiça levam a construção de outros mecanismos, no caso, a duração razoável do processo, consolidado como instrumento concretizador do acesso à justiça enquanto acesso à ordem jurídica justa.

Entretanto, os obstáculos existentes para viabilizar a razoável duração do processo, exigem outras técnicas de alívio das tensões sociais, desse modo, como novo instrumento em prol dessa neutralização reforça-se, com a Emenda Constitucional nº 45, de 20 de julho de 2004, a duração razoável do processo como direito fundamental, inserindo-a de forma expressa na Carta Magna.

Todavia, as tensões persistem, a morosidade do Judiciário não cede, sendo fortalecida pelo fenômeno da judicialização, que se enrobustece, juntamente com a incapacidade do Estado de efetivar os direitos fundamentais.

Culmina-se, desse modo, com mais um aparato legal para minimizar as tensões: a tramitação preferencial dos processos. Contudo, mais uma vez, o percurso da legalidade não resolve o dramático problema jurisdicional vivenciado, aliando-se, nesse ponto especial, a conduta do jurisdicionado, que se posiciona de forma omissa, sem reivindicar, pelo menos no plano formal, a aplicabilidade de seu direito.

Nesse dramático esquema, experiencia-se a ficção de um Estado Constitucional, a inconsistência do acesso à justiça e da duração razoável do processo e a falácia da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promova o bem-estar.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

AUGUSTO, Maria Helena Oliva. Políticas públicas, políticas sociais e políticas de saúde: algumas questões para reflexão e debate. **Tempo Social; Rev. Social.** USP, São Paulo, v. 1, p. 2. Disponível em <www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/.../politicas.pdf>, Acesso em: 23/06/2014.

BARCELLOS, Ana Luiza Berg. **O Estado Liberal de Direito e suas influências sobre o caráter educativo dos movimentos sociais: as ações do ANDES-SN frente à Reforma da Previdência Social de 2003**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal de Pelotas, 2007.

BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, disponível em <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/mod/resource/view.php?id=47743>. Acesso em 24 de junho de 2017.

BEHRING, Elaine Rosseti; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social: fundamentos e história**. 9ª. edição, São Paulo: Cortez, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 4ª. edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Guilherme. Modelos processuais e cultura: as opções políticas de um código processual e as matrizes ideológicas do projeto de novo CPC. In: RUBIN, Fernando; REICHEL, Luis Alberto (Org.). **Grandes temas do novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Norma já revogada pela Lei 13.105/2015.

BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm.

BRASIL. Decreto 7.508 de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.

BRASIL. Lei 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111232.htm.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm

BRASIL. Lei 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm

BRASIL. Lei 12.153, 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2007-2010/2009/Lei/L12153.htm

BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm

BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm

BRASIL. Lei 12.008, de 29 de julho de 2009. Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm.

BRASIL. Lei 7.347/85. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm

BRASIL. Lei 10.441, de 1º outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm

BRASIL. Lei 12.008, de 29 de julho de 2009. Altera os arts. 1.211-A, 1.211-B e 1.211-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, e acrescenta o art. 69-A à Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, a fim de estender a prioridade na tramitação de procedimentos judiciais e administrativos às pessoas que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12008.htm

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm

BRASIL. Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm

BUCCI, Maria Laura Dallari. Buscando um conceito de Políticas Públicas para a concretização dos Direitos Humanos. In:BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001.

BUCCI, Maria Laura Dallari. **Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Laura Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Laura Dallari et. al. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Cassio Scarpinela. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. V. 1, 6ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CABRAL, Marcelo Malizia. **A garantia fundamental de acesso aos Tribunais: conteúdo, estrutura, limites e restrições**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2014.

CAMEJO FILHO, Walter. Garantia do Acesso à Justiça. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CALAMANDREI, Piero. **Proceso y Democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.

CALMON, Petrônio. Por uma teoria crítica do Direito Processual. In: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (Org). **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Bases teóricas para um novo Código de Processo Civil. In: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (Org). **Bases científicas para um renovado Direito Processual**. 2ª edição, Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. V. 1, 25ª edição, São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPELLO, Ricardo Urquiza; BENINE, Renato Jaqueta. Políticas Públicas: análises sobre suas providências. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988 (reimpressão 2002).

CAPPELETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. V. 74, 1994.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se hace un proceso**. 1ª edição, Rosario: Juris, 2005.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Teoria Geral do Processo**. 14ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CARVALHO, Ronaldo Bretas. Direito à jurisdição eficiente e garantia da razoável duração do processo na reforma do judiciário. **Revista de Processo**, n. 128, ano 30, outubro/2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **Metodologia Jurídica** - problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público. Uma nova visão. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

CASTRO, Ione Maria Domingues. **Direito à saúde no âmbito do SUS: um direito ao mínimo existencial garantido pelo Judiciário?** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2012.

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. **Sistematizando e comparando os enfoques de avaliação e de análise de políticas públicas**: uma contribuição para a área educacional. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000422928&fd=y> >. Acesso em: 17/11/2014.

CHIZZOTTI, Antonio. **Pesquisa Qualitativa em Ciências Humanas e Sociais**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

COHN, Amelia. *O SUS e o direito à saúde: universalização e focalização nas políticas de saúde*. In: LIMA, Nísia Trindade (org.). *Saúde e democracia: história e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2005.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Aniceto Lopes Editor, 1942.

DELGADO, José Augusto. **Reflexões sobre as alterações no Direito Processual Civil Brasileiro a partir da EC n. 45, de 31.12.2004, e as repercussões no Direito Judiciário Trabalhista**. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/9867> >. Acesso em: 28/06/2017.

DI GIOVANNI, Geraldo. **As estruturas elementares das políticas públicas**. Caderno de Pesquisa nº 82. Disponível em: <http://observatorio03.files.wordpress.com/2010/06/elementos-das-politicas-publicas.pdf> >. Acesso em: 05/12/2014.

DI GIOVANNI, Geraldo. **Políticas Públicas e Políticas Sociais**. Disponível em: <http://www.observatoriosocial.org.br/arqmorto/files/D3.2.%20complementar%20Giovanni%20PolPublicas> >. Acesso em: 09/12/2014.

DI GIOVANNI, Geraldo. **Entrevista**. Disponível em: <http://www.crprj.org.br/publicacoes/jornal/jornal27-geraldodigiovanni.pdf> >. Acesso em: 05/12/2014.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

- FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Editora Ática, 1997.
- FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** São Paulo: **Editora Max Limonad**, 2002.
- FARIA, José Eduardo. In: CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea. 2ª. Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2000.
- FALCÃO, Joaquim. Acesso à Justiça: diagnóstico e tratamento. In: Associação dos Magistrados Brasileiros (Org.). **Justiça, promessa e realidade: o acesso à justiça em países ibero americanos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.
- FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social do Estado Capitalista**. São Paulo: Cortez, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FERRAZ, Leslie Sherida. **Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: FVG, 2010.
- FERREIRA, Bernardo. **O Risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: UFMG. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.
- FERREIRA, Cloves Augusto Alves Cabral. **Globalização e Poder Judiciário: os valores considerados na reforma do Poder Judiciário no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito: Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade Federal de Santa Catarina, 2005.
- FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia**. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, da Universidade de São Paulo, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito de Constituição**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Atlas, 2001.
- FLICKINGER, Hans-Georg. **Em nome da liberdade: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- FLICKINGER, Hans-Georg. **A lógica imanente do liberalismo**. Pelotas: UCPEL, 1998.
- FREY, Klaus. Políticas Públicas: Um Debate Conceitual e Reflexões Referentes à Prática da Análise de Políticas Públicas no Brasil In: **Planejamento Políticas Públicas** nº 21 – Jun/2000.
- FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direito Fundamentais**. 2ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- FUX, Luiz. **O novo Processo Civil: direito em expectativa**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs). **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013.

HEATER, Derek. **Ciudadania: uma breve historia**. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JOBIM, Marco Félix. **As fases metodológicas do processo**. Disponível em: <www.rkladvocacia.com/arquivos/.../art_srt_arquivo20140421181345>, 2014. Acesso em: 04/01/2016.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2ª edição, Salvador: JusPodvm, 2013.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Curso de Processo Civil**. V. 1, Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1986.

LUCAS, Douglas Cesar. A Crise Funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). **O Estado e suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUÑO, PEREZ. **Los Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Tecnos, 2013.

MACEDO, Elaine Harzheim. **Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Acesso à Justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. 2ª edição, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um “Renovado Direito Processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão e CALMON, Petrônio (Org.). **Bases Científicas para um Renovado Direito Processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2ª edição, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Erik Macedo. **Acesso à Justiça: Estudo de três Juizados Especiais Cíveis de São Paulo**. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da

- Universidade de São Paulo. Orientação Profa. Dra. Maria Tereza Sadek. São Paulo. 2006, p. 84. Disponível em: <www.teses.usp.br/teses>
- MASSA-ARZABE, Patricia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas públicas. In: BUCCI, Maria Laura Dallari et. al. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Crítica da Legalidade e do Direito Brasileiro**. São Paulo: Quatier Latin, 2013.
- MATTOS, Ruben Araújo. **A integralidade na prática (ou sobre a prática da integralidade)**. In: Cad. Saúde Pública v.20 n.5 Rio de Janeiro set./out. 2004, disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2004000500037&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 22 de junho de 2017.
- MELO, João Paulo dos Santos. **Duração Razoável do Processo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.
- MENEZES, Vitor Hugo Mota. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social, teoria, método e criatividade**. 28. Edição. Petrópolis: Vozes, 2009.
- MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. Arts.1º-45. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MITIDIERO, Daniel. **Bases para a construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo**. Tese de Doutorado. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13221/000642773.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21/07/2015.
- MOLINARO, Carlos Alberto. Da Crítica à Crise do Direito Político (Pós) Moderno. **Revista Direito & Justiça**, v. 33, n. 2, 2007.
- MORAIS, José Luis Bolzan. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial (Espaço-temporal) dos Direitos Humanos**. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.
- MULLER, Piere; SUREL, Yves. **A análise das Políticas Públicas**. Pelotas: Educat, 2004.
- NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**, 10ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NICOLITT, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **A concepção de direito à saúde na sociedade contemporânea: articulando o político e o social**. Revista Virtual Textos e Contextos, nº 2, dez-2003.

NUNES, Antonio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. **Jurisdição e Poder: os usos disciplinares dos discursos do Processo Civil**. Tese apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito: Doutorado em Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. O Processo Civil na perspectiva dos direitos fundamentais In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (Org.). **Processo e Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVESKI, Patrícia Marques. **Acesso à Justiça**. Ijuí: Editora Unijuí, 2013.

PACHÁ, Andrea. Projetos do acesso à Justiça no CNJ. In: STOCO, Rui; Penalva, Janaína. **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PASTORE, Suzana Vereta Nahoum. **O Direito de Acesso à Justiça – Os rumos da efetividade**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. V. 49/2004, out.-Dez./2004.

PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC nº 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (coordenação). **Reforma do Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004**.

PENALVA, Janaína. Há cultura do litígio no Brasil? Ideias livres sobre Justiça e Judiciário. In: STOCO, Rui; Penalva, Janaína. **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PEREIRA, Potyara A. P. **Política Social: temas e questões**. 3ª ed., São Paulo: Cortez, 2011.

PEREIRA, Potyara A.P. Discussões Conceituais sobre política social como política pública e direito de cidadania In: BOSCHETTI, Ivanete e outros (Org.). **Política Social no Capitalismo: Tendências Contemporâneas**. São Paulo: Cortez, 2009.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTO, Sérgio Gilberto. A Regência Constitucional do Processo Civil Brasileiro e a Posição do Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. nº 72, Jul/Ago, 2011.

PRATA, Lucilia Alcione. Um Novo *Locus* de Formação das Políticas Públicas de Saúde: o Diagnóstico da Saúde pela Política. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio e BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

QUINTANA, Linares. **Tratado de La ciência Del derecho constitucional**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1956.

RAMOS, Elival da Silva. O Direito de Ação com Direito Político. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias**. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Antonio de Pádua. A importância do CNJ na implantação de uma nova ordem judiciária no Brasil. In: STOCO, Rui; Penalva, Janaína. **Dez anos de reforma do Judiciário e o nascimento do Conselho Nacional de Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros. 6ª edição, 2002.

SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**: Um direito e seus obstáculos. Revista USP. São Paulo, n. 101, março/abril/maio 2014.

SADEK, Maria Tereza. Juizados Especiais e Acesso à Justiça. In: **Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito**. CUNHA, Alexandre dos Santos e SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Set./2011.

SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SADEK, Maria Tereza. **Pesquisa AMB 2005**. Relatório de Pesquisa. São Paulo, 2005. Disponível em <http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/pesquisaamb2005.pdf>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça.p.39-65 In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça: a função do Judiciário**, 3ª. edição. São Paulo: Editora Ática. 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, 14ª edição, São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**: Processo de Conhecimento. V. 1. São Paulo: Saraiva. 15ª. Edição, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 1º Volume. 21ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo. MOLINARO, Carlos Alberto. **Democracia – Separação de Poderes – Eficácia e Efetividade do Direito à saúde no Judiciário brasileiro. Observatório do Direito à Saúde**. Belo Horizonte. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010/2011.

SCHMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petropolis: Vozes, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

SCHULZE, Clenio Jair. **Novos Números sobre Judicialização da saúde**, 2016. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze/>. Acesso em 25/06/2017.

SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo. **Tutela Antecipada no Direito à Saúde: Aplicabilidade da teoria sistêmica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SECCHI, Leonardo. **Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2013.

SILVA, Emílio Borges e. **Poder judiciário e controle de políticas públicas de efetivação de direitos humanos**. Revista de Direito Público, Londrina, V. 7, N. 3, P. 53-76, Set./Dez. 2012.

SILVA, Ivanoska Maria Esperia da. **O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade Civil pelo seu Descumprimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. *Dissertação de Mestrado*. Universidade Católica de Pernambuco, 2009.

SILVA, Keila Brito, BEZERRA, Adriana Falangola Benjamin, TANAKA, Oswaldo Yoshimi. **Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação**. Revista Interface - Comunicação Saúde Educação, v.16, n.40, p.249-59, jan./mar. 2012, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop1812.pdf>. Acesso em 02 de julho de 2017.

SILVA, Marco Antonio Marques da. A Efetividade do Acesso à Justiça. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 17, Jan./2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. V. 1. 6ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. Legitimidade Jurídica das Políticas Públicas: a Efetivação da Cidadania. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia

Tuma Martins (Orgs). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**. Sociologias: Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez 2006; Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 13/06/2014.

SOUZA, Italo Roberto Fuhrmann. **“Judicialização” dos direitos sociais e o direito fundamental à saúde – por uma reconstrução do objeto do direito à saúde no direito brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC nº 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et.al. (coordenação). **Reforma do Judiciário**: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/2004.

STEWART JUNIOR, Donald. **O que é liberalismo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

STRECK, Lênio; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal, VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: The judicialization of Politics**. New York: New York University, 1995.

TEIXEIRA, Iris Catarina Dias. **Direito Social à saúde e ativismo judicial: gerenciamento das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O aprimoramento do processo do processo civil como garantia da cidadania. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo** nº 125. Ano 30, julho, 2005.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A judicialização da Política e a Soberania popular**. Tese de Doutorado, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013,

TRIGUEIRO, Osvaldo. O Supremo Tribunal no Império e na República. In: MARINHO, Josaphat; ROSAS, Roberto (coord.). **Sesquicentenário do Supremo Tribunal Federal**: conferências e estudos. Universidade de Brasília, 11 a 14 de setembro de 1978. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2006.

VIANA, Adriana Grandinetti. **A razoável duração do processo como mecanismo de desenvolvimento social**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2007.

VIANNA, Luiz Werneck, et.al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Luiz Vicente. **Os Movimentos Sociais e o Espaço Autônomo do “político”**. O resgate de um conceito a partir de Rosseau e Carl Schmitt. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

WATANABE, Kazuo, Modalidade de Mediação. In: DELGADO, José (et. al.) (org). **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.