

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE E A NECESSIDADE DO DISCURSO DIALÉTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS.

Carmela Salsamendi de Carvalho¹

RESUMO:

Este artigo visa examinar uma decisão judicial, inserida no tema “judicialização” das políticas públicas da saúde, à luz do discurso jurídico-constitucional dialético. A ideia deste artigo surgiu da leitura de um texto que analisou a decisão judicial que interferiu em uma política pública de saúde, considerando a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Porém, o presente artigo tem outro enfoque: o discurso jurídico-constitucional dialético da decisão judicial.

Palavras chaves: discurso dialético, decisão judicial, políticas públicas de saúde e direito à saúde.

ABSTRACT

This article aims at analyzing one judicial decision, inserted in the theme “judicialization” of the health public policies, in the light of the dialectic discourse. The idea of this article appeared from one text which examined the judicial decision that interfered in the health public policy, considering Niklas Luhmann’s systems theory. However, the present article has other focus: the judicial decisions’s dialectic juridical-constitutional discourse.

Key-words: dialectic discourse, judicial decision, health public policy and right to health.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; 1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE: 1.1 A proteção constitucional e infraconstitucional do direito à saúde; 1.2 A judicialização das políticas públicas da saúde e fundamentação das decisões judiciais; 2 A DECISÃO JUDICIAL E O CORRESPONDENTE DISCURSO JURÍDICO: O DISCURSO DIALÉTICO: 2.1 Os quatro tipos de discursos e alguns apontamentos; 2.2 O discurso dialético jurídico-constitucional e as decisões judiciais; 3 ANÁLISE DE CASO: A DECISÃO JUDICIAL E O DISCURSO DIALÉTICO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DA SAÚDE; CONCLUSÃO.

INTRODUÇÃO

O tema de estudo é o discurso dialético das decisões judiciais no contexto da judicialização das políticas públicas de saúde.

O controle judicial das políticas públicas, de um modo geral, surgiu no Brasil em decorrência de diversos fatores. Entre eles, APPIO aponta:

¹ Advogada OAB/PR n. 45.364, Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2008), Especialização pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná - FEMPAR (2009), Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pela UNIBRASIL. carmelasdc@hotmail.com

o fato de serem os juízes parcela importante de um Estado brasileiro cuja atuação foi redesenhada pelo neoliberalismo econômico, também afeta o conteúdo das decisões judiciais e incentiva a transposição de limites tradicionalmente reconhecidos do Poder Judiciário. A emergência ao poder, no país, de um partido de esquerda que declara, publicamente, não deter condições políticas que permitam colocar em prática seus postulados de justiça social é, também, um elemento adicional nesta nova sociedade. O crescimento do Ministério Público após a promulgação da Constituição brasileira de 1988 representa, por fim, um relevante fator de judicialização de muitas questões políticas².

Mesmo que sendo o princípio da separação dos poderes - ao lado dos direitos fundamentais - um pilar do Constitucionalismo, a atuação do Judiciário é ampliada, “não por obra da doutrina ou de teorizações da ideologia dos juízes, mas sim, por conta de demandas concretas, de natureza social, que surgem como decorrência da redefinição do papel do Estado”³.

Uma vez inseridos os direitos sociais no texto constitucional, clama-se prestações de natureza normativa e material, que resultam, por sua vez, na intervenção direta dos juízes em áreas até então exclusivas do Legislativo e do Executivo, intervenção essa que suscita uma série de implicações, inclusive grande reflexo na lei orçamentária anual.

Na inércia do Poder Executivo ou Legislativo, os magistrados, ao atuar também em nome do Estado, podem invocar uma norma constitucional asseguradora de direito social para solução de um caso concreto que lhe foi posto. Quando ocorre o controle judicial de uma política pública, os juízes devem, sem dúvida, se comprometer com os valores e princípios da Constituição Federal.

E mais: devem exercitar o discurso dialético, guiando-se pela razão, na conclusão das sentenças, para que obtenha a credibilidade final almejada (a probabilidade). De nada adianta motivações vagas, mesmo que amparadas por um argumento normativo constitucional. O que se exige sim é uma “detida motivação das decisões judiciais”⁴, a qual “impõe ao juiz um desafio de profunda reflexão sobre os valores e princípios constitucionais”⁵.

Assim, neste momento em que os juízes assumem vasto poder, tendo que apreciar pleito de direitos sociais que envolvam a formulação e execução de políticas públicas, o dever constitucional de fundamentar suas decisões ganha uma especial importância, de modo que o discurso dialético apresenta-se indispensável no momento de proferir uma decisão judicial.

1 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE.

² APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Porto Alegre: Juruá, 2007. p. 18.

³ Idem.

⁴ Ibidem, p. 24.

⁵ Idem.

1.1 A proteção constitucional e infraconstitucional do direito à saúde.

O direito à saúde foi inserido como um direito social pela Constituição Federal, consoante seu art. 6º, “*caput*”. Nas palavras de SILVA, os direitos sociais

são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais⁶.

A saúde foi reconhecida no art. 194 como parte integrante da Seguridade Social do país, junto com a assistência social e a previdência. Ainda foi dedicada uma seção na Carta Magna à saúde (arts. 196-201), tendo especial amparo esse direito na norma do artigo 196:

A saúde é um **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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.**
(sem grifo no original)

Da leitura desse artigo, combinado com o art. 5º, XXXV da Constituição, que assegura que lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, defluem duas conseqüências: a saúde é um direito de todos os cidadãos, podendo ser socorrido através do Judiciário, quando ameaçado ou violado de lesão; e que o Estado tem incumbência de implementar políticas públicas voltadas a efetivação desse direito social.

Os direitos sociais clamam uma ampla e complexa gama de programas governamentais e políticas dirigidas a segmentos específicos da sociedade, de modo que as políticas públicas redundam na própria garantia da saúde, como entende MASSA-ARZABE⁷.

O direito à saúde, destarte, traz implicações ao Executivo e ao Legislativo, que devem formular e executar as políticas públicas de saúde, e também ao Judiciário, que passa a ter que decidir casos relacionados a garantia do direito à saúde, permeado, por sua vez, por questões políticas e técnicas.

Na sequência normativa constitucional, o art. 197 considera como de relevância pública as ações e serviços de saúde, “cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei,

⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 289-290.

⁷ MASSA-ARZABE, P. H. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, M. P. D. (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.51-74. *apud* DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! Revista Saúde em Debate. Rio de Janeiro Centro Brasileiro de Estudos de saúde., v. 33, n. 81, jan./abr. 2009. p. 86.

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”. Revela essa norma a essencialidade das políticas públicas.

Para o cuidado da saúde, é organizado o Sistema Único de Saúde (SUS), que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo e participação da comunidade, e tendo ainda como diretriz o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas (art. 198).

A Constituição Federal, no art. 200, confere ao Sistema Único de Saúde, entre outras atribuições, nos exatos termos da 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;
 - 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.
- (sem grifo no original)

As leis infraconstitucionais igualmente regulam e protegem a saúde. Tem-se a Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90), que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

No seu art. 2º, corrobora com a afirmativa constitucional, explanando que “A saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” e que

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (sem grifo no original)

A lei em questão arrola uma série de atribuições do SUS, entre elas, vale destacar as atribuições inscritas no inciso I do art. 6º: “**a execução de ações**: a) de vigilância sanitária; b) de **vigilância epidemiológica**; c) de saúde do trabalhador; d) **de assistência terapêutica**

integral, inclusive farmacêutica.” (sem grifo no original)

No entanto, insta colocar, por derradeiro, que ainda há outras normativas que tutelam o direito à saúde igualmente importantes na tomada de uma decisão judicial. Veja-se que, quando uma demanda judicial envolve a questão de políticas públicas de saúde, as quais devem ser elaboradas pelo Executivo e também pelo Legislativo, as normas referentes especificamente a elas devem ser consideradas na decisão judicial a ser prolatada, sempre, é claro, realizando uma leitura à luz da Constituição, o ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

1.2 A judicialização da políticas públicas da saúde e fundamentação das decisões judiciais.

O tema da interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, de competência do Executivo e também do Legislativo, vem sendo bastante discutido. TEXEIRA afirma, quanto ao impacto da decisões judiciais nas questões de políticas atuais, que

a judicialização da política corresponde a fenômeno de comportamento institucional registrado pela pesquisa em ciência política em diferentes sociedades contemporâneas, cuja característica central é a expansão do papel do Judiciário no sistema de poder⁸.

Além do termo judicialização da política, fala-se em governo dos juízes, judiciarismo, judiocracia, ativismo judicial e juridicização do fato político, como assinala SILVA⁹.

CAMPILONGO¹⁰ sustenta, tendo por base a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que ocorre a judicialização da política quando o Judiciário passa a atuar além dos limites estruturais do sistema jurídico e operar com ferramentas próprias do sistema político, sem possuir capacidade para tanto.

Não há um consenso quanto à legitimidade do controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Porém, é certo que tem-se que toda e qualquer decisão judicial deve ser bem

⁸ TEXEIRA, Ariosto. *Decisão limiar: a judicialização da política no Brasil*. Brasília: Plano Editora, 2001, p. 33, *apud* SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 80.

⁹ SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: Reflexo da Judicialização da Política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 79-80.

¹⁰ CAMPILONGO, C. F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. *apud* DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. *Op. cit.*, p. 81.

fundamentada, sob pena de nulidade, conforme o teor do art. 93, inc. X, da Constituição Federal, *in verbis*:

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Nos casos em que envolvam a formulação e execução de políticas públicas, assim, os magistrados devem considerar as normas definidoras das políticas públicas, e não apenas a Constituição. É no arcabouço infra-legal que se encontram as metas e resultados a serem alcançados pela política pública.

Infelizmente a realidade demonstra que muitas decisões judiciais carecem de fundamentação ou são insuficientemente fundamentadas. No caso das decisões judiciais que interferem em políticas públicas de saúde, não é o bastante sustentar-se no art. 196, *caput*, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à saúde e afirma que é dever do Estado proteger esse direito.

Como informa uma pesquisa realizada no âmbito do Programa de Direito Sanitário da FIOCRUZ Brasília¹¹ sobre a fundamentação das decisões judiciais em saúde, muitas dessas fundamentam-se unicamente na norma constitucional.

Vale trazer ao final, no terceiro item, como exemplo ilustrativo, uma decisão judicial referente ao tema da judicialização das políticas públicas da saúde, na qual, porém, não se exercitou o discurso dialético, fundamental neste momento, em que a judicialização, a interferência dos magistrados nas políticas públicas, muitas vezes é criticada. Antes, todavia, impõe tratar, no próximo item, sobre o discurso dialético na decisões judiciais.

2 A DECISÃO JUDICIAL E O CORRESPONDENTE DISCURSO JURÍDICO: O DISCURSO DIALÉTICO.

2.1 Os quatro tipos de discursos e alguns apontamentos.

O estudo do discurso remonta Aristóteles, especialmente porque dedicou atenção à estrutura do conhecimento e da ciência enquanto um conjunto ordenado e orgânico, em

¹¹ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro Centro Brasileiro de Estudos de saúde., v. 33, n. 81, jan./abr. 2009. p. 86.

especial às disciplinas introdutórias, e sua vinculação direta com a definição do discurso, conforme explica DALLA-ROSA¹².

Aristóteles criou um conjunto de obras introdutórias, que chamou de “Organon” e compreendia os escritos da Poética, da Retórica, da dialética nos Tópicos e Refutações Sofísticas, os dois tratados da Analítica e as referências à linguagem e ao pensamento em geral, contido nas Categorias e na Da Interpretação. Anota DALLA-ROSA¹³ que não é à toa que no nome das citadas obras estão as ciências que estudam o discurso.

Cumpra neste item, apontar a noção do discurso, seus elementos, os tipos discursivos e seus níveis de credibilidade, para depois, no próximo subitem, abordar especificamente o discurso dialético.

O discurso é antes uma ação humana. O discurso é por necessidade uma manifestação da vontade humana e, como tal, uma ação. Visualiza-se uma ação discursiva, com os elementos de toda ação humana, verificados desde Weber: natureza da ação, sua titularidade e seu destinatário.

Segundo DALLA-ROSA, o discurso

nada mais é do que a identificação dos modos pelo qual o homem, pela palavra, consegue atingir a esfera de outrem ou sua modificar sua própria esfera, utilizando-se para tanto de instrumentos que permitam compreender o objeto através de seus aspectos lingüísticos, aproximando-os de sua natureza ontológica e conduzindo o destinatário a imaginação, a decisão, a concordância ou ao convencimento da premissa afirmada¹⁴.

O discurso aponta sempre, segundo DALLA-ROSA, para “uma alteração de um estado inicial a um estado final”¹⁵. Ou, como prefere CARVALHO, “o discurso é o trânsito do acreditado ao acreditável, por meio de um encadeamento de nexos”¹⁶.

Analisando a estrutura do discurso, três também são os seus elementos essenciais: natureza, sua finalidade e seu destinatário¹⁷. A natureza é ocasionar uma modificação no destinatário; a finalidade é realizar efetivamente a modificação no estado do destinatário; e esse é o responsável pela aceitação da modificação.

¹² DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Direito Constitucional**. São Paulo: Landy, 2002. p. 22.

¹³ Ibidem, p. 24.

¹⁴ Ibidem, p. 25.

¹⁵ Ibidem, p. 27.

¹⁶ CARVALHO. Aristóteles em nova perspectiva, p. 86, *apud* DALLA-ROSA, ibidem, p. 28.

¹⁷ Ibidem, p. 29.

O discurso pode se manifestar em quatro formas, segundo a credibilidade de suas premissas, sua natureza e estrutura e a delimitação de seus destinatários: analítico, dialético, retórico e poético.

A ação discursiva visa obter a credibilidade necessária do destinatário para que os resultados postos seja aceitos. Por isso, diz-se que o discurso atinge sua credibilidade, quando ocorre a aceitação pelo destinatário da modificação.

Frise-se que a aceitação, compreensão do resultado do discurso não significa um consenso quanto ao seu conteúdo. Lembre-se da parte vencida em um processo judicial. Ela está insatisfeita com a sentença, a qual pode muito bem ter atingido a credibilidade esperada, isto é, a probabilidade do discurso dialético das decisões judiciais em gerais.

A credibilidade¹⁸ é um instrumento para a compreensão tipológica do discurso. Cada tipo discursivo possui um nível de credibilidade: o poético exige a possibilidade; o retórico, a verossimilhança; o dialético, a probabilidade; e o analítico, a certeza. Visualiza-se assim uma escala, um eixo de credibilidade, que se estende do máximo de credibilidade (certeza) ao mínimo (possibilidade)¹⁹. Esse eixo da necessidade é cortado pela contingência humana, surgindo a verossimilhança e a probabilidade como níveis credibilidade.

Conforme DALLA-ROSA²⁰, o discurso poético é responsável pela inserção do indivíduo no mundo das ações possíveis, através de recursos imaginativos ou descritivos, sendo exigido do destinatário somente a aceitação da possibilidade de suas premissas. É o discurso do possível, do imaginável, do concebível. Esse discurso exige a inserção do ouvinte na realidade projetada; há baixa atividade crítica e realista do ouvinte.

O retórico²¹, por sua vez, pretende uma deliberação do destinatário, sob bases de aparência, que indicam uma certeza verossímil. Tem a função de despertar a concordância do ouvinte com a tese, por qualquer meio legítimo de influência. Os recursos tendem a ser mais psicológicos e dramáticos. Utiliza-se de elementos para persuadir da validade do discurso.

O dialético²² parte de premissas prováveis e compara os desenvolvimentos possíveis, exclui ou combina-os, segundo as regras da coerência lógica. A dialética é o método por excelência das investigações científicas. O discurso dialético exige do destinatário apenas seu direcionamento pela razão das premissas à conclusão.

¹⁸ Credibilidade não se confunde com veracidade (falso e verdadeiro).

¹⁹ DALLA-ROSA. Op. cit., p. 32.

²⁰ Ibidem, p. 50.

²¹ Ibidem, p. 57-58.

²² Ibidem, p. 62-63.

Por fim, o analítico²³ indica o grau máximo de credibilidade: a certeza apodíctica. Parte de premissas absolutamente certas ou universalmente aceitas, e procede um desenvolvimento rigoroso segundo a lógica silogística, para alcançar conclusões absolutamente certas ou universalmente obrigantes. É o discurso da demonstração.

2.2 O discurso dialético jurídico-constitucional e as decisões judiciais.

Os discursos humanos que foram apresentados, o poético, retórico, o dialético e o analítico, podem ser aplicados ao discurso jurídico e também jurídico-constitucional, conforme o estudo realizado por DALLA-ROSA, em “Uma Teoria do Direito Constitucional”.

Do dever constitucional-jurisdicional de fundamentar as decisões judiciais, recorre-se particularmente ao discurso dialético. O discurso típico das decisões judiciais é o dialético, com exceção da decisão do Júri, que tem como discurso correspondente o retórico.

A dialética²⁴ é

a arte de esclarecer segundo as idéias, um esclarecimento que se dá do confronto das opiniões seguras, das idéias que se contrapõem do choque dos contrários e contraditórios, da *thesis* em relação a *antithesis*, que, às vezes, num esclarecimento com-posto das posições que se opõem, fornecem a *synthesis*²⁵.

O discurso dialético busca uma aproximação da certeza, segundo um método específico, racional, através do encadeamento dos argumentos, de modo a verificar o caminho percorrido e inferir a estabilidade da conclusão obtida pela razão.

Como já foi mencionado, para cada tipo discurso, deve ser satisfeita uma credibilidade, e a do discurso dialético é a probabilidade. Não sem razão fala-se que é o “discurso da probabilidade”. A probabilidade é a aproximação efetiva da certeza, e não aparente como ocorre no discurso retórico. O eixo da contingência humana tendente, pois, ao grau máximo da escala de credibilidade (certeza).

Cumprе anotar, como faz DALLA-ROSA²⁶, que quando se fala em probabilidade como credibilidade do discurso dialético não se está a tratar da probabilidade estatística

²³ Ibidem, p. 69-70.

²⁴ A dialética foi estudada por Aristóteles especificamente em dois tratados: os Tópicos e as Refutações sofísticas. Mas há muitas referências feitas a ela nos Analíticos I e II e na Metafísica.

²⁵ DALLA-ROSA, op. cit., p. 63.

²⁶ Ibidem, p 67.

(método de verificação probabilística de repetições dos eventos), mas sim apenas da aproximação efetiva da certeza irrefutável.

Ainda quanto à credibilidade, este discurso exige do destinatário só seu guiamento pela razão, para que possa verificar o caminho percorrido pelos argumentos e aceitar a conclusão por convencimento racional, e não pela persuasão.

O discurso jurídico claramente não se limita a uma única forma de atuação. DALLA-ROSA²⁷ observa algumas esferas específicas de atuação dos tipos discursivos (poéticos, retórico, dialético e analítico): a esfera de criação do direito; a esfera de aplicação do direito; e a esfera estruturante do direito.

O campo que interessa ao presente estudo é o da aplicação do direito. Nessa esfera, vislumbra-se dois momentos, quais sejam: aquele responsável pela análise dos fatos e aquele dirigido ao conteúdo de fundamentação da interpretação fática²⁸.

O discurso dialético “como discurso da probabilidade, **oferece, por seu desenvolvimento racional, uma efetiva possibilidade de segurança das decisões pronunciadas**, pois seu juízo independe da vontade do destinatário, mas sim de seu convencimento racional”²⁹. (sem grifo no original)

É o debate entre premissas, suas contrariedade e contradições, que apontam, conforme a razão, para a solução mais próxima da certeza. O discurso dialético é o discurso típico das decisões judiciais, excepcionadas as decisões de íntima convicção, como a do Júri, em que se faz presente o discurso jurídico retórico. A propósito, bem assevera DALLA-ROSA: “Na medida em que se exige uma decisão judicial referente a um caso concreto, **a fundamentação capaz de validar e legitimar esta solução será atingida se observado o rigor do discurso dialético**”³⁰. (sem grifo no original)

No mesmo sentido, destaca MENDONÇA que “as premissas da sentença são dadas na fundamentação, se desenvolvem pela confrontação das questões de direito com as de fato, por meio de interpretação de textos legais e da análise das provas”³¹.

Justamente, como prossegue MENDONÇA,

²⁷ Ibidem, p. 81-82.

²⁸ Ibidem, p. 83.

²⁹ Ibidem, p. 131.

³⁰ Ibidem, p. 142.

³¹ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 35.

a redução do fato a categorias jurídicas não resulta da simples aplicação direta de silogismos e sim de uma **operação dialética do juiz, que interpreta a lei e analisa os fatos, sanando controvérsias e ambigüidades, criando a ‘lei do caso concreto’**.³² (sem grifo no original)

O discurso, como já foi dito no item anterior, somente se concretiza com a atuação do destinatário. O discurso jurídico tem vários destinatários, que podem ser definidos, de acordo com DALLA-ROSA, como “todo aquele que, ao ser objeto de uma ação discursiva jurídica, se apresenta como receptor de suas conseqüências, sendo responsável pela atribuição da credibilidade necessária à concretização da prática discursiva, segundo sua tipologia específica”³³.

Como exemplos, são destinatários a sociedade, o legislador, o magistrado, os operadores do direito, o próprio fenômeno jurídico enquanto saber especializado, a linguagem jurídica enquanto momento de concreção, o Estado enquanto destinatários de comandos jurídicos, entre outros.

O destinatário específico do discurso dialético jurídico-constitucional é o juiz constitucional, sendo incluído o magistrado individualmente assim como o Tribunal. O juiz constitucional “deve, por obrigação legal e vinculação normativa, decidir de acordo com sua convicção racional”³⁴. A decisão constitucional, a seu turno,

deve ser racionalmente legitimada, especialmente atingida pela via da argumentação jurídica, que produz o efeito de vincular a decisão à demonstrabilidade de sua razão (ou razões). Tal juízo nada mais é do que a prática discursiva dialética.³⁵

A decisão que não demonstre racionalmente a probabilidade de seu resultado não é legítima perante a Constituição (art. 93, inc. IX). Destarte, exige-se das decisões judiciais, mesmo das decisões que se aludem à norma constitucional, a explicitação de sua razão ou razões, a confrontação das idéias. É preciso que se conheça as razões que levaram o julgador à determinada conclusão, ao desfecho do caso concreto. O discurso dialético vem nesse sentido enquanto passagem racional dos argumentos a conclusão.

Nos dizeres de DALLA-ROSA, o discurso dialético constitucional é “antes de tudo uma forma de vinculação racional do **controle e limitação do poder** que uma sua dissimulação”³⁶. (sem grifo no original)

³² Idem.

³³ DALLA-ROSA, op. cit., p. 167-168.

³⁴ Ibidem, p. 233.

³⁵ Idem.

³⁶ Ibidem, p. 234.

Em síntese, o discurso dialético constitucional

apresenta-se como etapa racionalizante da justificativa da decisão constitucional, propondo soluções prováveis que se apresentam dispostas em forma de argumentos jurídicos comprováveis pela dialeticidade de seus conteúdos e pela logicidade de sua disposição silogística coerente³⁷.

3 ANÁLISE DE CASO: DECISÃO JUDICIAL E O DISCURSO DIALÉTICO NO CONTEXTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DA SAÚDE.

Por último, vale trazer à lume uma decisão judicial em que se verifica um controle sobre a política pública da saúde e fazer algumas considerações a respeito do discurso dialético, que não adotado.

Em 30 julho de 2008, na cidade de São José do Rio Preto - SP, o Ministério Público Estadual, pelo seu Promotor de Justiça da Cidadania, ajuizou uma ação civil pública, com pedido de liminar, contra o Estado de São Paulo e o Município do São José de Rio Preto, para que fosse vacinada toda a população do Município contra a meningite, baseando-se em suposto surto de 13 casos na região e no clamor popular da assinatura de 600 pessoas.

Como a mencionada vacina era disponibilizada apenas a grupos vulneráveis pelo SUS, a vacinação de pessoas foras dos grupos determinados acontecia apenas em clínicas privadas. Assim, diante do suposto surto, do clamor popular e do direito à saúde, assegurado a todos constitucionalmente, a Promotoria entendeu que toda a população de São José do Rio Preto deveria ser imunizada contra meningite.

O pedido liminar foi concedido pelo Juiz da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca, que ordenou a vacinação em massa da população, que deveria ser iniciada em 7 dias, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00³⁸.

Avaliando o caso, afirmam DELDUQUE, MARQUES e ROMERO, que na decisão judicial em questão (a liminar),

entendeu-se com base nos princípios constitucionais que garantem a saúde como um direito integral e universal, que a vacina deveria ser disponibilizada a todos os moradores do município de São José do Rio Preto, e não apenas àqueles elencados pela autoridade sanitária, por critérios epidemiológicos³⁹.

³⁷ Ibidem, p. 253.

³⁸ O caso pode ser consultado nos sites <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u435859.shtml>, http://www.diariodaregiao.com.br/editorial/corpo_noticia.asp?IdCategoria=7&IdNoticia=120144 ou http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2008/Agosto/A%C3%A7%C3%A3o%20do%20MP%20garante%20vacina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20meningite%20em%20Rio%20Pre.

As políticas públicas, ressalte-se, tem suporte não só nas disposições constitucionais, como também no arcabouço infra-constitucional. Além disso, o Poder Executivo é o executor das políticas públicas materializadoras do direito à saúde e, com base em critérios epidemiológicos, que visam o controle coletivo da doença, estabelece condicionantes para a vacinação da população. No caso em exame, entretanto, tais determinações técnicas-científicas foram simplesmente desprezadas pelo Poder Judiciário na formação de seu juízo.

Saliente-se, aliás, que mesmo em se tratando de liminar, em que não há uma análise profunda do caso (mas há da existência de alguns requisitos), a determinação judicial em comento, de grandes implicações, foi para lá de precária, ao apoiar-se no mero suposto surto de epidemia de meningite e na simples alusão ao direito constitucional à saúde, sem confrontar, ainda que sumariamente, a possibilidade, necessidade e eficácia de vacinação em massa.

Na contestação, foi defendido, entre outros pontos, que já havia sido providenciado, pela autoridade sanitária, o bloqueio do foco da doença pela vacinação dos grupos de risco, que são identificados por critérios epidemiológicos, sendo ineficaz a vacinação em massa; e que não havia no Brasil o número suficiente de doses para imunizar toda a população daquela Cidade.

Cumprir trazer o que vem a ser a epidemiologia para melhor compreender a situação objetiva. Cabe situar antes que a epidemiologia “é uma disciplina básica de saúde pública voltada para a compreensão do processo saúde-doença no âmbito de populações, aspecto que a diferencia da clínica, que tem por objetivo o estudo desse mesmo processo, mas em termos individuais.”⁴⁰

Para delimitar sua abrangência e aplicação em saúde pública, vale a seguinte definição: “é o estudo da frequência, da distribuição e dos determinantes dos estados ou eventos relacionados à saúde em específicas populações e a aplicação desses estudos no controle dos problemas de saúde”⁴¹.

É uma ciência, a epidemiologia, interdisciplinar, que vem auxiliar na deliberação de temas de saúde pública, inclusive quando da interferência do Judiciário nas políticas públicas

³⁹ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos, op. cit., p. 83.

⁴⁰ LAST, J. A. Dictionary of Epidemiology. New York: Oxford University Press, 1988. *Apud* WALDMAN, Eliseu Alves; ROSA, Tereza Etsuko da Costa (Colaboradora). Vigilância em Saúde Pública. v. 7. Série Saúde e Cidadania. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998. p. 1.

⁴¹ Idem.

de saúde. A investigação epidemiológica, inclusive, abrange uma série de procedimentos e etapas científicas⁴², de modo que as determinações epidemiológicas não podem ser desdenhadas e excluídas sem sequer um confronto com um outro entendimento provável, no discurso jurídico de aplicação do Direito.

A respeito, claras são as palavras de WALDMAN:

Como ciência, a epidemiologia fundamenta-se no raciocínio causal; já como disciplina da saúde pública, preocupa-se com o desenvolvimento de estratégias para as ações voltadas para a proteção e promoção de saúde da comunidade. A epidemiologia constitui também instrumento para o desenvolvimento de políticas no setor da saúde⁴³.

Assim, retornando o caso em comento, DELDUQUE, MARQUES e ROMERO asseveram que:

a estratégia indicada nos casos de surtos de doenças infecciosas em que há vacina e que ocorrem de forma limitada é a vacinação de bloqueio dos focos. Assim, os epidemiologistas responsáveis pelo controle do caso sob análise, estavam respaldados pelo recomendado pela prática epidemiológica.

No caso concreto descrito, não foram consideradas a política pública de saúde e a técnica epidemiológica referente ao caso, estabelecidas essencialmente em bases infra-legais. A decisão proferida não confrontou, diretamente, as determinações políticas e técnicas-científicas, de cunho epidemiológico, e as alegações do *Parquet*, o que acabou construindo uma inconsistente fundamentação.

Uma motivação adequada, que sustente a conclusão da sentença e possibilite o alcance à credibilidade junto ao destinatário, não importa na simples alusão à norma constitucional ou legal, mas sim a confrontação das idéias.

Por fim, reporta-se que, inconformada, a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo recorreu ao Tribunal de Justiça, conseguindo a suspensão da liminar e nulidade da multa que o Estado deveria ter pago por não ter iniciado a vacinação. Em 30 de março do corrente ano, a ação civil pública foi julgada improcedente em primeiro grau, podendo o julgado na íntegra ser conferido na página eletrônica que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo mantém junto a rede mundial de computadores⁴⁴.

⁴² *Ibidem*, p. 138. e seguintes.

⁴³ *Ibidem*, p. 1.

⁴⁴ <http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/86b315d5-b7fc-4b64-aa66-b9ded6b3d1b5.pdf>

CONCLUSÃO

Foi analisado que o discurso dialético próprio das decisões judiciais é de extrema importância para sua sustentação, sua segurança e seu controle. No quadro da judicialização das políticas públicas de saúde, esse discurso ganha contorno especial, já que evita uma atuação equívoca do Judiciário nas áreas de competência dos outros Poderes, baseada em precária fundamentação.

É sabido que toda decisão do Poder Judiciário deve ser fundamentada, por força do art. 93, inc. X, da Carta Magna. Os julgamentos que versam sobre o direito à saúde e que influam na formulação ou execução de uma política pública não fogem desse processo, contudo, a realidade demonstra que muitos deles são insuficientemente motivados, quando não carecem de qualquer embasamento.

Neste contexto, é necessário reafirmar que as decisões devem se servir do discurso dialético para assentar-se numa base sólida, suficiente e adequada, como se espera. Tendo em vista o momento de judicialização das políticas públicas, mais especificamente da saúde, a fundamentação tem importância realçada, pois para legitimar uma decisão do Judiciário nas áreas de atuação do Executivo ou do Legislativo nada mais criterioso e prudente que fundamentá-la adequadamente.

No caso das decisões judiciais que interferem em políticas públicas de saúde, não é o bastante sustentar-se no art. 196, *caput*, da Constituição Federal, que assegura a todos o direito à saúde e afirma que é dever do Estado proteger esse direito. Há outras normativas que tutelam o direito à saúde igualmente importante na tomada de uma decisão judicial. Veja-se que, quando uma demanda judicial envolve a questão de políticas públicas de saúde, as quais devem ser elaboradas pelo Executivo e também pelo Legislativo, as normas referentes especificamente a elas devem ser consideradas na decisão judicial a ser prolatada, sempre, é claro, realizando uma leitura à luz da Constituição, o ápice do ordenamento jurídico brasileiro.

Um alicerce adequado, que sustente a conclusão da sentença e possibilite o alcance à credibilidade da probabilidade junto ao destinatário, não importa na simples alusão à norma constitucional ou legal, mas sim na confrontação das idéias, dos fatos, das normas. Portanto, o método próprio para tanto é o emprego, pelos Magistrados no cumprimento do dever

constitucional-jurisdicional de fundamentação das decisões, do discurso dialético, discurso esse que deve ser valorizado quando da interferência em políticas públicas de saúde.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Porto Alegre: Juruá, 2007.

ARANDA, Bruno Lundgren Rodrigues. Medicamentos excepcionais - A ética da prescrição sob o enfoque da responsabilidade social. **Revista Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**. Curitiba, v. 25, n. 97, jan./mar., 2008.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre constitucionalismo e democracia**. Fórum, Belo Horizonte, 2007.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. **Uma Teoria do Direito Constitucional**. São Paulo: Landy, 2002.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! **Revista Saúde em Debate**. Rio de Janeiro Centro Brasileiro de Estudos de saúde., v. 33, n. 81, jan./abr. 2009. p. 86.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Teoria do Discurso e Correção Normativa do Direito**. São Paulo: Landy, 2003.

<http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/86b315d5-b7fc-4b64-aa66-b9ded6b3d1b5.pdf>

http://www.diariodaregiaio.com.br/editorial/corpo_noticia.asp?IdCategoria=7&IdNoticia=120144

http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2008/Agosto/A%20C3%A7%C3%A3o%20do%20MP%20garante%20vacina%20C3%A7%C3%A3o%20contra%20meningite%20em%20Rio%20Pre

MEDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A argumentação nas decisões judiciais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHEINBERG, Morton. **Judicialização um mal necessário**. Estado de São Paulo. 23 de fevereiro de 2009. Opinião.

SIGNORINI, Teresinha de Jesus de Souza. **Fundamentação material e efetividade constitucional do direito à saúde: da exclusão à igualdade numa perspectiva superadora de**

seus hodiernos obstáculos. Curitiba, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Dissertação de Mestrado em Direito. 2007. Orientadora: Jussara Maria Leal de Meirelles.

SILVA, Carlos Augusto. **O Processo Civil como Estratégia de Poder:** Reflexo da Judicialização da Política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

WALDMAN, Eliseu Alves; ROSA, Tereza Etsuko da Costa (Colaboradora). **Vigilância em Saúde Pública.** v. 7. Série Saúde e Cidadania. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 1998.