

INTERTEXTUALIDADE NO DIREITO: A IMPORTÂNCIA DO SUPORTE OFERECIDO PELO NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE POR MEIO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Tiago Cappi Janini

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Paraná.
tiagocappi@yahoo.com.br

Mario Augusto Celegatto

Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Paraná.

Resumo: Para conseguir a concretização dos direitos sociais, os cidadãos têm buscado o Poder Judiciário que se vê diante de temas que originariamente eram exclusivos do Poder Executivo. Diante da judicialização do direito à saúde, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), a ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas à saúde. Eis o problema enfrentado nesse artigo: como se relacionam os textos do direito e os pareceres técnicos exarados pelo NAT? De que forma o magistrado pode utilizar os textos do NAT para produzir um texto jurídico? Partindo da premissa de que direito é texto, pode-se observar a relação entre o parecer do NAT e as decisões judiciais por meio da intertextualidade. Utilizando-se do método dedutivo, com análise bibliográfica, legislativa e jurisprudência, este estudo tem por objetivos específicos abordar o direito como texto e a intertextualidade, destacar o direito à saúde na Constituição Federal e na legislação, analisar o Poder Judiciário como garantidor de direitos não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, e, por fim, apresentar o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), esclarecendo o nexos, a pertinência de sua implementação, bem como sua influência nas decisões judiciais, valendo-se das premissas da intertextualidade. Conclui-se que a intertextualidade entre o parecer do NAT e o texto da decisão judicial deve ser feita de acordo com as normas de competência prescritas pelo sistema jurídico.

Palavras-chave: Intertextualidade. Ativismo Judicial. Direito à saúde. Direito como texto.

Intertextuality in Law: the importance of the support offered by the center of technical support for the implementation of the right to health by judicial decisions

Abstract: To achieve the accomplishment of social rights, citizens have sought the Judiciary that is in front of themes that were originally exclusive to the Executive branch. In front of the judicialization of right to health, it was necessary to create a (NAT), to be consulted by the magistrate with the goal to assist him in decisions related to health. Here's the problem faced in this article: how to relate the texts of law and the technical opinion formally registered by NAT? How the magistrate can use NAT texts to produce a legal text? Starting from the premise that right is text, we can observe the relationship between the opinion of NAT and the judicial decisions through intertextuality. Using the deductive method, with bibliographic, legislative and case law analysis, this study will approach the right as text and the intertextuality, sketch out the right to health in the Federal Constitution and in the legislation, analysis the Judiciary as guarantor of rights not enforced promptly by the Executive Branch, and, finally, presenting the Center of Technical Support (NAT), clarifying the causal, the relevance of your implementation, as well as your influence on judicial decisions, making use of the premises the intertextuality. It is concluded

that the intertextuality between the opinion of NAT and the text of the judgment must be made in accordance with the rules of jurisdiction prescripts by the legal system.

Keywords: Intertextuality. Judicial Activism. Right to health. Law as text.

INTRODUÇÃO

A efetivação dos direitos sociais é um dos temas que mais tem dispensado a atenção dos juristas. A Constituição de 1988 trouxe um vasto rol de direito e garantias fundamentais aos cidadãos. Acontece que não basta vê-los positivados, é preciso que sejam concretamente usufruídos por toda a população.

Nesse contexto, se encontra o direito à saúde: ampla previsão constitucional e infra legal, porém com vários problemas de implementação prática. Ao se deparar com um direito que é constitucionalmente assegurado a todos, mas que não lhes são efetivamente colocados dignamente à sua disposição, os cidadãos buscam no Poder Judiciário a garantia da prestação dos serviços públicos de saúde, reitera-se, constitucionalmente previstos.

Considerando, portanto, as deficiências do Sistema Único de Saúde (SUS), muitas vezes, a intervenção jurisdicional, considerada abstratamente indesejada em termos técnicos, torna-se indispensável para a efetivação do direito em comento. Todavia, as demandas que envolvem a efetivação do direito à saúde são complexas, tratando de conhecimentos técnicos que vão além da formação do magistrado. Diante da judicialização do direito à saúde, surgiu a necessidade de criação de um Núcleo de Apoio Técnico (NAT), a ser consultado pelo magistrado com o objetivo de auxiliá-lo nas decisões relacionadas a medicamentos e outros meios de tratamentos e procedimentos específicos, garantindo o acesso ao conhecimento técnico necessário para um julgamento seguro.

Valendo-se da premissa de que direito é texto, este estudo aborda a dicotomia existente entre a teoria constitucional e a implementação prática do direito à saúde no Brasil por meio das decisões judiciais. Há, desse modo, uma relação entre textos que envolvem tanto a produção normativa, que se inicia com a Constituição e até altos níveis de individualidade e concretude com a decisão judicial, e também a utilização de outros textos para a elaboração dos textos jurídicos, como é o caso do diálogo entre os pareceres do NAT e a sentença.

Eis que surge o problema: como se relacionam os textos do direito e os pareceres técnicos exarados pelo NAT? De que forma o magistrado pode utilizar os textos do NAT para produzir um texto jurídico?

A pesquisa será desenvolvida por meio da aplicação do método dedutivo, com análise bibliográfica, legislativa e jurisprudência, com a intenção de demonstrar a hipótese de que a intertextualidade entre os pareceres técnicos do NAT e a decisão judicial são regulamentados pelo sistema jurídico por meio das normas de competência.

Diante disso, este estudo irá abordar o direito como texto e a intertextualidade, destacar o direito à saúde na Constituição Federal, fazendo uma breve e necessária explanação sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), analisar o Poder Judiciário como garantidor de direitos não efetivados prontamente pelo Poder Executivo, no intuito de demonstrar a importância do papel do Judiciário na efetivação dos direitos e garantias positivadas no texto constitucional, e, por fim, apresentar o Núcleo de Apoio Técnico (NAT), esclarecendo o nexo, a pertinência de sua implementação, bem como sua influência nas decisões judiciais, valendo-se das premissas da intertextualidade.

1 O DIREITO COMO TEXTO

Para fins deste trabalho, parte-se da premissa que direito é texto. Gregorio Robles já defende essa ideia em sua Teoria Comunicacional do Direito. Em virtude de a linguagem ser o único modo de expressão do direito, Gregorio Robles (2015, p. 91) concebe uma Teoria do Direito como uma análise da linguagem dos juristas, compreendendo o direito como um sistema de comunicação que se vale das palavras para se expressar. Inclusive os atos jurídicos verbais são consubstanciados em linguagem escrita. Nesse sentido, afirma-se que o Direito é linguagem; é texto. A *Constituição Federal*, as *leis*, os *decretos*, as *sentenças*, os *contratos* são textos. Melhor explica o autor espanhol (ROBLES, 2015, p. 92): todo ordenamento jurídico é um grande texto unitário formado por textos parciais, a Constituição, as leis, as sentenças, etc.

Admitir que o direito é linguagem significa adotar um ponto de partida para o estudo do direito, que permite ao seu intérprete utilizar-se de ferramentas da filosofia da linguagem, da linguística, da semiótica, para compreender melhor o fenômeno jurídico. Todavia, alerta Gregorio Robles (2015, p. 93) que essa não é uma posição ontológica forte, preocupada com uma definição da essência ou substância do direito. Nada impede, inclusive, que se combine a observação do direito como texto com uma tese acerca de sua essência, como ser o direito um fato social ou a ideia de justiça.

Um dos aspectos que pode ser observado no estudo do direito considerado como um texto é a intertextualidade. Por intertextualidade entende-se “[...] o processo de incorporação de um texto em outro, seja para reproduzir o sentido incorporado, seja para transformá-lo” (FIORIN, 2011, p. 30). Os textos são construídos por meio da absorção e transformação de outro texto. A intertextualidade indica as relações entre textos. A construção de um texto sempre decorre de outros textos. Sendo o direito um texto formado por diversos textos parciais, a produção de cada um desses textos se relaciona com os textos jurídicos anteriormente elaborados.

No direito, esclarece Priscila de Souza (2014, p. 101), a intertextualidade se manifesta de duas maneiras: (i) entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e (ii) entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. No caso da produção de uma lei, por exemplo, o legislador sempre deve levar em consideração os outros textos jurídicos existentes, como a Constituição, mantendo um verdadeiro diálogo entre eles. Do mesmo modo, a influência de outros sistemas no sistema jurídico se dá por meio de textos: textos econômicos apontam para aumento ou diminuição da alíquota do IPI para elevar o consumo de um produto.

No processo de positivação de normas, que consiste na produção de normas que se inicia com normas gerais e abstratas até se chegar a elevados níveis de individualidade e concretude, o juiz para produzir uma sentença muitas vezes se utiliza de elementos fora do sistema jurídico, mas nele inseridos por meio de normas. Outros textos se relacionam com o texto jurídico, em toda essa cadeia produtiva de normas. Advirta-se, porém, que esses textos têm de ser incorporados pelo sistema jurídico conforme o próprio sistema jurídico determina, valendo-se das normas de competência. É o que afirma Priscila de Souza (2014, p. 101): “Ao direito cabe estabelecer os limites dessa intertextualidade, mediante a edição de normas que determinem a forma como a intertextualidade pode/deve atuar no ordenamento jurídico”.

É nesse contexto que se analisará o suporte oferecido pelo Núcleo de Apoio Técnico aos juízes quando estiverem diante de lides complexas que envolvem o direito à saúde. São textos (técnicos) que influenciam a produção de outros textos (jurídicos). Antes, entende-se oportuno tratar do direito à saúde no sistema jurídico brasileiro.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988, dado seu conteúdo iminentemente humanístico, é de fundamental importância para a saúde, sendo a primeira constituição brasileira a positivar a saúde como um direito fundamental de interesse público, ao declarar, em seu artigo 196, que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado”. O direito à saúde é constitucionalmente consagrado como um direito social (art. 6º) de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23), assegurado a todos os cidadãos e de prestação obrigatória pelo Poder Público (art. 196), mas aberto à iniciativa privada (art. 199).

Canotilho (1993.p. 667) esclarece ser a saúde um direito social, independente das imposições constitucionais que tenham por objetivo garantir sua eficácia e das prestações que são fornecidas pelo Estado para assegurá-lo. Considerada direito fundamental, a saúde demonstra a compreensão dos constituintes com a vida humana como bem supremo (BULOS, 2014, p. 1568).

Com base no disposto no art. 196 da Constituição Federal, Gilmar Mendes (2014, p. 643) apresenta seis elementos relacionados ao direito à saúde: (i) direito de todos; (ii) dever do Estado; (iii) garantido por políticas sociais e econômicas; (iv) que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos; (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; (vi) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Considerar o direito à saúde como um direito de todos afasta a classificação do art. 196 da Constituição Federal com uma norma programática, incapaz de produzir efeitos imediatos. De modo inverso, há um direito subjetivo do indivíduo em face do Estado que deve promover a saúde. Há, então, como contrapartida na relação jurídica, o dever fundamental de o Estado prestar a saúde.

Esse dever do Estado é concretizado por meio de políticas públicas, sociais e econômicas que tenham por escopo a redução de doenças, a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Evidencia-se a sua dimensão preventiva. A Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) de 1946 estipula essa definição ampla para a saúde: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidade”. Do mesmo modo, o art. 198, II, do texto constitucional prescreve que as ações e serviços públicos de saúde organizam-se para o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, dentre outras diretrizes.

Trata-se, portanto, de um poder-dever do Estado. Ele necessita agir. E não só agir, mas também atuar de forma eficiente, garantindo a todos um amplo acesso à saúde. O Poder Público não pode se omitir, deixar de desenvolver políticas públicas que priorizem a profilaxia e não as colocar em prática. Além disso, precisa prestar atendimentos aos enfermos condizentes com a dignidade do ser humano.

As políticas públicas no âmbito da saúde, preferencialmente preventivas, não podem conter preconceitos ou privilégios de qualquer espécie. Em outras palavras, predomina o princípio da igualdade na assistência à saúde. Além de garantir o acesso para todos e de forma igualitária, as políticas públicas buscam a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Conclui, com total razão, Gilmar Mendes (2014, p. 644) que os problemas de eficácia do direito à saúde estão muito mais relacionados com questões de implementação e manutenção das políticas públicas já existentes do que com a falta de legislação: “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”. O cidadão não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do Poder Público. Desse modo, é preciso que a Administração Pública atue efetivamente não só garantindo o direito de

acesso à saúde, mas também desenvolvendo programas para evitar a propagação de doenças e epidemias. Afirma Fabiano Gomes (2010, p. 176) que “mediante políticas sociais e econômicas, o Estado tem o dever de reduzir o risco de doenças e outros agravos, assim como garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O direito à saúde envolve um universo diversificado, não se restringindo, unicamente, à assistência prestada pelo médico ao doente. Deve ir além. A prevenção precisa ser vista como prioritária. Assim sendo, constata-se que a ineficácia de algumas ações ligadas à concretização do direito em análise não ocorre pela falta de positivação, seja em âmbito constitucional ou legal, mas tem relação com outros fatores, como, por exemplo, questões relacionadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde. Diante disso, o cidadão está buscando no Poder Judiciário amparo para a concretização do direito constitucional à uma saúde digna, o que vem proporcionando demandas de alta complexidade, tendo em vista tratarem de temas poucos afeitos aos magistrados.

3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 surgiram os Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde nos Estados – SUDS, que se transformaram, em 1990, no Sistema Único de Saúde (SUS). O artigo 198 da Constituição determina que o SUS é formado por uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo; com atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade.

Importa destacar que o sistema de saúde proposto pelos constituintes prevê uma ampla participação da comunidade em sua execução além de enfatizar as atividades preventivas. Porém, as políticas públicas propostas muitas vezes marginalizam a sociedade e deixam de enfrentar os problemas relacionados com a prevenção.

Já o artigo 200 da Constituição discorre a respeito das atribuições do Sistema, suas obrigações, consoante o texto do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos 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.

Após, surgiram leis infraconstitucionais com a finalidade de concretizar o direito à saúde no Brasil, dentre elas, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que regula a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde.

Conforme o artigo 4º da Lei 8.080/90, o SUS é constituído pelo 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, podendo a iniciativa privada participar do SUS, em caráter complementar (artigo 4º, § 2º, da Lei nº 8.080/90).

A Lei nº 8.080, em seu artigo 5º, traz os objetivos e atribuições do SUS. Ocorre que para o realizar de tais objetivos, mostra-se necessária a criação de políticas públicas estatais com o intuito de atingir a efetivação da saúde como meio para uma boa qualidade de vida, atendendo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os princípios do SUS estão previstos no artigo 7º da Lei nº. 8.080/90: (i) princípio da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; (ii) princípio da 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) princípio da preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral; (iv) princípio da igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; (v) princípio do direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde; (vi) princípio da divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário; (vii) princípio da utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática; (viii) princípio da participação da comunidade; (ix) princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo com ênfase na descentralização dos serviços para os municípios e regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde; (x) princípio da integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico; (xi) princípio da 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) princípio da capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; (xiii) princípio da organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos; e (xiv) princípio da 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.

Ocorre que a Constituição Federal em certa medida prometeu uma série de providências e foi infraconstitucionalmente acompanhada, mas, infelizmente, a população não consegue perceber a concretização dessas promessas e iniciou-se um processo de judicialização do direito à saúde, ou seja, deu-se marcha a uma série de demandas (que crescem em proporções astronômicas) pleiteando junto ao Poder Judiciário o direito ao recebimento de medicamentos, realização de cirurgias, entre outras providências.

Ante o exposto, nota-se que, em razão da ausência de assistência adequada à saúde por meio de ações do Poder Executivo, as demandas judiciais que objetivam a concreta implementação do direito à saúde aumentaram significativamente, ocasionando o que muitos denominam de fenômeno da judicialização, que tem como consequência prática o dito ativismo judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE

A saúde, embora seja um direito fundamental, não ostenta caráter absoluto. A relatividade dos direitos fundamentais é uma de suas características mais conhecidas, de modo que, havendo conflitos entre eles (direitos fundamentais), cabe o sopesamento de um sobre o outro, pelos critérios estabelecidos em lei. Nesse sentido, o Judiciário é, em grande maioria, o responsável por ponderar e relativizar estes direitos.

A questão da judicialização dos direitos sociais, quando se trata do direito à saúde, assume contornos ainda mais delicados, por conta da própria natureza desse direito, fortemente vinculado à vida, que é direito inalienável nos moldes da Constituição. Dessa maneira, ao se tratar da possibilidade de interferência do Poder Judiciário no destino de recursos públicos, determinando a concessão de medicamentos e tratamentos aos jurisdicionados, surge, obrigatoriamente, uma questão complexa, visto que está em jogo “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros” (BARROSO, 2013, p. 161).

Cabe ao Poder Judiciário dizer o direito a quem o solicita. Trata-se de uma análise razoável por um terceiro desinteressado, o juiz, além de configurar um projeto de organização da sociedade. Compete-lhe a interpretação da norma, dando significado lógico direcionado ao objeto (LAFER, 1988. p. 284).

Nas lições de Isaac Sabbá Guimarães (2014, p. 163):

A fixação da premissa de que o Juiz não encontra soluções prontas e acabadas na Lei, seja em razão de suas imperfeições linguísticas, seja por que o ordenamento jurídico é, *tout court*, fragmentário, leva-nos a admitir que o ofício judicante só será possível na medida em que aceitarmos uma figura de magistrado diversa do ser autômato, o que executa seu mister mecânica e burocraticamente. Por outras palavras, a interpretação das normas jurídicas e sua transposição do âmbito abstrato e genérico para o da concreção e individuação do Direito, exige que se estabeleça uma esfera de liberdade para a atuação do Juiz que, dispondo da prerrogativa-dever de decidibilidade, há de chegar ao resultado mais adequado, necessário e razoável para a questão problemática. Essa é a prerrogativa da Discricionariedade Judicial.

Diante da escassez, da fragilidade e da ineficiência dos órgãos públicos protetores do direito à saúde, há um considerável aumento pela busca do Poder Judiciário por aqueles que tentam salvaguardá-lo. Em regra, a atribuição de formular e implementar políticas públicas é de responsabilidade dos poderes Legislativo e Executivo. Entretanto, excepcionalmente, essa incumbência é atribuída ao Judiciário quando os órgãos competentes comprometem a efetivação dos direitos sociais, inclusive o direito à saúde. Essa atuação não é hipótese violadora do princípio da separação dos poderes, como explicam Thiago Russo e Neide Lehfeld (2016, p. 326):

O controle de políticas públicas na área da saúde pelo judiciário não causa lesão à teoria de separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição Federal porque atua em casos excepcionais em que os Poderes Executivos e Legislativos não cumpriam com suas atribuições ordinárias, acarretando prejuízos ou até uma possível aniquilação aos direitos fundamentais dos cidadãos e das promessas de modernidade até hoje não implementadas.

Sucedem que a grande maioria dos casos relacionados ao direito à saúde exige uma urgência especial para sua solução. Essa atuação dos magistrados nas demandas que envolvem o direito à saúde é destacada por Dirceu Siqueira (2009, p. 175) pois está diretamente ligado ao direito à vida, e o manuseio inadequado dos instrumentos processuais traz sérias consequências aos demandantes, o que requer uma atuação mais efetiva por parte do juiz. Nesse ponto, importante salientar que, diante da ausência de conhecimento médico pelo magistrado, faz-se necessária a comunicação entre os saberes para que se alcance a concretização do direito à saúde. Eis aqui uma outra premissa lógica: do magistrado é exigível o conhecimento jurídico, sendo que, em

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

havendo necessidade de outros conhecimentos técnicos alheios ao direito, deve o juiz se servir de auxiliares ou de mecanismos próprios.

É o que explica Silvia Badim Marques (2011, p. 298):

Sem pretender que o juiz perca a sua função específica de “dizer o direito”, sem querer que o médico perca a sua função específica de cuidar do doente com sua base de conhecimento médico, e sem pretender que os gestores públicos deixem tomar decisões coletivamente vinculantes, é preciso que se criem canais de comunicação entre esses saberes para que, cada qual, possa exercer sua função específica na sociedade de forma mais condizente à sua complexidade.

Ante o acima exposto, é possível verificar que a proposta não é desvirtuar funções, mas adequá-las de modo a criar um sistema para atuação em conjunto, de forma que, assim como a situação da saúde no país se mostra complexa, proporcionalmente deverá ser o atendimento, bem como as soluções judiciais, de modo que possam ser atendidas as necessidades ora pleiteadas, especialmente no tempo em que ainda for útil a prestação jurisdicional, em virtude do princípio da duração razoável do processo.

O juiz deverá decidir com base em provas apresentadas no processo, valendo-se de uma análise fundamentada. Dworkin (2010, p. 317) apresenta dois conceitos pelos quais poderá o Judiciário se utilizar, primeiro é o conceito interpretativo, por meio do qual, com base nas provas e nos argumentos apresentados, poderá ser formada uma decisão fundamentada na interpretação da norma legal aplicada ao caso, e segundo conceito é o criteriológico, que estabelece que a decisão será embasada em critérios evidenciados e comprovados.

O acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB), garantido a todos, é o meio utilizado para materialização de direito e, por consequência, reflexo de respeito e credibilidade à garantia do Estado Democrático de Direito (TOMÉ, 2014, p. 13). A despeito do que preceitua o princípio do acesso à justiça, a mera declaração do direito traz apenas expectativa, não significando a realização de justiça, de modo que, a satisfação da sociedade (a conclusão da lide sociológica, a pacificação social), enquanto jurisdicionada, se dará no momento da aplicação do direito, da concretização dos direitos fundamentais, alterando sua realidade social, de tal modo, terá o cidadão a satisfação da sua pretensão (NEME; MOREIRA, 2011, p. 21).

Observa-se que o magistrado ao produzir o texto “sentença” ou “acórdão” vale-se de outros textos jurídicos, como a legislação e a Constituição. Os textos probatórios igualmente servem de apoio aos juízes no momento de “dizerem o direito” aplicável ao caso concreto. É o fenômeno da intertextualidade presente na produção normativa da sentença. São textos jurídicos que se relacionam para a produção de novos textos jurídicos.

Apesar de estarem distribuídas as funções, o poder estatal é uno e indivisível, a distribuição de funções teve o objetivo de, apenas, viabilizar o cumprimento dos deveres do Estado com eficiência. Em apertadíssima síntese, o Judiciário objetiva garantir a proteção da ordem constitucional, o que fará mediante provocação, em casos excepcionais de não cumprimento da pretensão pelo Executivo.

Ocorre que essa divisão se desvirtuou, levando o Judiciário de seu papel subsidiário ao protagonismo na efetivação dos direitos fundamentais, o que se consigna desde logo, não parecia ser uma aspiração dos magistrados, mas, deu-se por absoluta necessidade. Para o doutrinador Boaventura de Souza Santos (2014, p. 20), o protagonismo do judiciário tem como causa o desmantelamento do Estado social e a precarização dos direitos sociais e econômicos. Importante, então, esclarecer que tal circunstância é causa e não consequência.

Todavia, é necessário enfatizar que nem sempre os recursos públicos são suficientes, de modo que, a atuação do Estado encontra respaldo, quando da negativa de medicamentos ou até mesmo em outros casos, na cláusula da reserva do possível (FERREIRA FILHO, 2012. p. 702).

De todo modo, deve o Poder Judiciário empreender forças em efetivar os direitos fundamentais, mas, antes disso, é precípua que se verifiquem as razões da negativa apresentada pela Administração. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet (2014 p. 667) alertam que existindo políticas públicas que concretizem o direito constitucional à saúde, o Poder Judiciário deve, diante de demandas que requerem sua concretização, como o fornecimento de medicamento, identificar quais as razões que levaram a Administração a negar tal prestação, porquanto não cabe ao Poder Judiciário formular políticas sociais e econômicas na área da saúde; a sua obrigação é verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário.

Por conseguinte, a atuação judicial deve garantir a efetivação do direito à saúde, mas, ao mesmo tempo, atentar-se para a preservação da harmonia entre os Poderes da República. Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário se restringe em verificar se as políticas públicas realizadas pelos órgãos competentes atendem aos princípios constitucionais do acesso universal e igualitário. E essa função é exercida mediante a produção de textos jurídicos, que derivam de outros textos.

5 O NÚCLEO DE APOIO TÉCNICO (NAT): A INTERTEXTUALIDADE NA LINGUAGEM JURÍDICA

A carência na efetivação dos direitos fundamentais trouxe, em via consequente, um protagonismo excessivo do Poder Judiciário, conhecido por ativismo judicial, de modo que representa um socorro para a sociedade, perante da negativa da prestação administrativa, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. Diante desse ajuizamento excessivo de ações objetivando garantir a efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Carta Magna e a falta de conhecimento técnico dos profissionais incumbidos de realizar o julgamento das demandas, surgiu a necessidade da criação de um sistema de integração e amparo ao Poder Judiciário com o objetivo, entre outros, de assegurar um julgamento mais justo àqueles que procuram a solução judicial.

Deve-se atentar que o direito não prescinde de outros sistemas para sua correta aplicação. É evidente que o direito deve ser produzido conforme as regras jurídicas que prescrevem a forma de criação de novas normas jurídicas. São conhecidas como normas de estrutura, normas de competência ou normas secundárias. Apesar de o direito regular sua própria produção, não significa que não deva sofrer irritações de outros sistemas, direcionando o ciclo de normas. Ao se adotar a premissa de que o direito é texto, a intertextualidade é importante conceito para de determinar essa relação.

Ao se produzir um texto que o sistema jurídico chama de “sentença” ou “acórdão”, o magistrado se vale de outros textos: Constituição, legislação, provas, etc. Uma incessante relação entre textos, nesse constante processo de produção de normas. Em muitos casos, diante da complexidade da demanda, os magistrados procuram amparo em textos mais técnicos, que lhes permitem uma melhor compreensão do tema em litígio. É o caso das lides que tratam do direito à saúde. São assuntos específicos, com termos e expressões próprias, que fogem, muitas vezes, do conhecimento dos juízes. Nessa hipótese, é extremamente salutar o auxílio de profissionais da área da saúde que, com maior conhecimento da questão em disputa, irá trazer fundamentais subsídios para a tomada de decisão do Poder Judiciário.

Diante disso, a partir da necessidade de analisar as peculiaridades de cada caso, levando em consideração os postulados axiológicos da reserva do possível e do mínimo existencial e os demais princípios constitucionais, foi criado um sistema de pareceres técnicos elaborados por especialistas da área da saúde para dar atendimento às resoluções 107/2010 e 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, para dar mais elementos a juízes de todo o Brasil. São textos. Trata de uma iniciativa cujo propósito não é eliminar a judicialização da saúde, mas oferecer ao Judiciário um respaldo técnico para a análise dessas demandas, contribuindo, inclusive na prevenção de fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

A criação do Núcleo de Apoio Técnico (NAT) atende, ainda, a recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, que “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas com o objetivo de oferecer apoio técnico para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde”.

Em suma, a finalidade essencial do programa é fornecer aos magistrados informações na área da saúde, por meio de pareceres técnicos emitidos por médicos e farmacêuticos, com vasto conhecimento e experiência na área da saúde, depois de verificadas as informações constantes dos autos, de modo a possibilitar maior qualidade, conhecimento e segurança sobre aspectos médicos e farmacêuticos nas demandas de saúde, principalmente por ocasião de pedidos de tutela antecipada ou liminares. Assim, o NAT recebe solicitações judiciais de informações sobre diferentes aspectos, relacionados ao Direito à Saúde, e elabora pareceres técnicos, visando uma maior integração entre os membros do Poder Judiciário, bem como auxiliar os juízes a decidir sobre pedidos de medicamentos, realização de cirurgias ou outros tratamentos.

Expostos os motivos que de fato levaram o Conselho Nacional de Justiça a implementar o NAT, foi elaborado, pelo próprio CNJ, o Enunciado nº 59, da II Jornada de Direito da Saúde, o qual determina que: “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências”. A Medicina Baseada em Evidências consiste na padronização de medicamentos de componentes especiais, apresentando-se como a via mais adequada para atender a sociedade. No entanto, se faz necessária a demonstração da eficácia do medicamento para o tratamento da enfermidade, de acordo com o caso clínico apresentado, já que essa medida representa um padrão a ser estabelecido na Política Pública proposta pelo Estado.

Para demonstrar a importância do NAT para a tutela do direito à saúde, cita-se o Estado do Paraná, que se utiliza do núcleo desde 2013, tanto na esfera federal, quanto na estadual, conforme pode ser documentado a partir do seguinte trecho:

De acordo com Gebran Neto, trata-se de importante conquista, que se concretizou graças a decisiva atuação do presidente do TJPR que acolheu proposta do Comitê da Saúde do Paraná e abrigou o funcionamento do Núcleo, em atenção à Recomendação nº 31 do CNJ. ‘Inicialmente o NAT contará com quatro ou cinco médicos (cedidos pelo TJPR, pela SESA e pelas operadoras de plano de saúde) e uma funcionária do TJPR, tendo esta última o encargo de receber as solicitações e encaminhá-las a um dos médicos’.

O CNJ e o Comitê Executivo da Saúde constaram que as questões técnicas - como a adequação do medicamento ou terapia proposta, a indispensabilidade de determinado remédio, eficácia curativa ou paliativa do tratamento, a fundamentação da prescrição em protocolos clínicos ou em medicina baseada em evidências e o respectivo grau de evidência, existência da aprovação do fármaco na ANVISA para a finalidade indicada, entre tantas outras questões - consistem atualmente na maior dificuldade enfrentada pelos magistrados para a decisão inicial da lide, vez que a urgência impede que uma cognição exauriente seja realizada até que seja tomada uma

decisão concreta. Por isso a importância da instituição do NAT e dos pareceres técnicos. Importante destacar que não se trata de órgão para realização de perícia judicial, mas apenas responsável por emissão de parecer técnico, frente ao caso concreto (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ).

Observa-se que a finalidade dessa iniciativa não é eliminar a judicialização da saúde, mas qualificar o Judiciário no processo de análise de demandas, como pedidos de acesso a um tratamento específico. Esse respaldo técnico tem como finalidade ajudar a prevenir fraudes envolvendo a prestação de serviços de saúde.

Portanto, nota-se que a padronização de um tratamento a cada tipo de doença seria, grosso modo, a pretensão do programa. De modo que a implementação de tal medida, associada a outras diligências, poderá trazer resultados significativos para o desafogamento do judiciário e, ainda, atender de forma efetiva aos cidadãos que se socorrem ao Judiciário para requerer seus direitos.

Observa-se que esses pareceres técnicos são textos cuja finalidade consiste em auxiliar o Poder Judiciário na decisão de lides que envolvem o direito a saúde. É um novo texto que irá influenciar a produção da sentença ou acórdão, textos jurídicos. É um claro exemplo de intertextualidade no direito. A elaboração da decisão judicial irá se relacionar com o texto dos pareceres técnicos.

Como foi dito alhures, a intertextualidade no direito ocorre entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. Os pareceres técnicos são textos produzidos fora do sistema jurídico, por especialistas da área da saúde. Entretanto, diante da alta complexidade das demandas que envolvem o direito à saúde, esses textos são sobremodo úteis ao Poder Judiciário para a resolução dessas demandas. Como são textos não jurídicos, há de se ressaltar que a sua intertextualidade com textos jurídicos deve se dar nos moldes determinados pelo sistema jurídico, por meio das normas de competência. A forma de utilização dos pareceres técnicos foi regulamentada pelo CNJ com as resoluções 107/2010 e 238/2016 e a recomendação 31 de 2010.

Os pareceres técnicos, portanto, são textos que influenciam a produção de novos textos jurídicos, principalmente as decisões judiciais que solucionam demandas na área da saúde. Por serem textos técnicos da área da saúde, não jurídicos, requerem normas de competência que determinam como devem ser utilizados pelo direito para que produzam efeitos jurídicos. Em outras palavras, a intertextualidade entre os pareceres técnicos e as sentenças têm de ser regulamentadas pelo próprio sistema jurídico, por meio das normas de competência.

CONCLUSÃO

Não se pode negar a existência de um hiato entre os direitos fundamentais positivados no texto constitucional e a sua implementação prática. Diante dessa discrepância, em virtude da ausência do Poder Executivo em efetivá-los, há uma verdadeira onda de judicialização dos direitos sociais. Um direito que é rotineiramente tema das discussões judiciais é o direito à saúde. Nesse quadro, há a intervenção do Poder Judiciário para tirá-lo do papel e promover o seu uso pela população.

O direito à saúde é assegurado constitucionalmente e desenvolvido por meio de políticas públicas do Sistema Único de Saúde (SUS). Porém, observou-se que, na prática, o referido sistema distancia-se em muito da sua projeção legal e isso se dá devido a vários fatores, como a má gestão das verbas públicas e a falta de investimento. A falta de efetividade das práticas do sistema

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

público de saúde origina a procura pelo Judiciário na busca de garantir efetivamente o direito fundamental social à saúde.

Ante a imprescindibilidade da atuação judicial na efetivação dos direitos relativos à saúde o Conselho Nacional de Justiça-CNJ propôs a criação de auxílio técnico de saúde ao Judiciário, denominado Núcleo de Apoio Técnico (NAT), que tem por objetivo apresentar aos magistrados pareceres técnicos, colaborando para a justiça das decisões e reduzindo as complexidades que envolvem a demanda.

Todavia, há a preocupação em se determinar como o magistrado pode utilizar os pareceres técnicos na confecção da sentença. Partindo-se da premissa de que direito é texto, formado por inúmeros textos parciais, é importante destacar a intertextualidade na produção normativa. Os textos se relacionam. Assim, um novo texto jurídico será elaborado a partir de outros textos já existentes.

A intertextualidade no direito se manifesta entre os textos produzidos no interior do sistema jurídico e entre os textos do sistema jurídico e dos demais sistemas sociais. Assim, o magistrado ao elaborar o texto de sua decisão deverá atentar-se aos demais textos jurídicos como a Constituição e a legislação específica do direito à saúde. Ademais, o direito se comunica com outras áreas do conhecimento. Sucede que os textos dessas outras áreas precisam ser incorporados no sistema jurídico conforme prescrevem as normas de competência. Ou seja, o direito regulamenta a intertextualidade entre textos jurídicos e não jurídicos.

Desse modo, os pareceres técnicos confeccionados pelo NAT são sobremodo importantes para a produção do texto jurídico sentença. Porém, sua relação com o direito é feita conforme determinam as normas jurídicas, nesse caso, mais especificamente a regulamentação apresentada pelo CNJ nas resoluções 107/2010 e 238/2016 e na recomendação 31 de 2010.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: TOLEDO, Cláudia (org.). **Direitos sociais em debate**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p.159-187.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra/Portugal: Livraria Almedina, 1993.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 18 out. 2017.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de toga**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORIN, José Luiz. Polifonia textual e discursiva. In: BARROS, Diana Luz Pessoa de; FIORIN, José Luiz. **Dialogismo, polifonia, intertextualidade**: em torno de Bakhtin. 2. ed. 2. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011. p. 29-36.

GOMES, Fabiano Maranhão Rodrigues. Responsabilidade do estado por ineficiência na prestação de serviços de saúde pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 12, p. 163-180, jan.-jun. 2010. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/165/165>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Ativismo judicial e o problema metodológico da discricionariedade judicial para a formação de uma política criminal. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba/PR, ano 1, nº 1, p. 159-183, dez. 2014.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. Tese (Doutorado em Serviços de Saúde Pública). Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTENEGRO, Manuel Carlos. Sistema dará respaldo técnico a juízes em decisões sobre demandas de saúde. **Agência CNJ de notícias**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83421-sistema-dara-respaldo-tecnico-a-juizes-em-decisoes-sobre-demandas-de-saude>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

NEME, Eliana Franco. MOREIRA, José Cláudio Domingues. O acesso à justiça como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais: possibilidades do sistema interamericano de proteção dos direitos do homem. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 14, p. 13-33, jan./jun. 2011. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/184>>. Acesso em: 20 jan. 2018.

PARANÁ. Justiça Federal. Comitê da Saúde. Comitê Executivo. **Ata da 26ª Reunião do Comitê Executivo Estadual para Monitoramento das Demandas de Assistência à Saúde**. Disponível em: <https://www.jfpr.jus.br/saude/ata_26.php>. Acesso em: 07 jul. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Núcleo de Apoio Técnico (NAT) vai emitir pareceres técnicos na área do Direito à Saúde**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/noticias/-/asset_publisher/9jZB/content/nucleo-de-apoio-tecnico-nat-vai-emitir-pareceres-tecnicos-na-area-do-direito-a-saude/18319?doAsUserId=ltavfedr&inheritRedirect=false>. Acesso em: 07 jul. 2017.

ROBLES, Gregorio. **Teoría del derecho**. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho. v. 01, 6. ed. Navarra: Thomson Teuter, Editorial Civitas, 2015.

RUSSO, Thiago. LEHFELD, Neide. Controle jurisdicional das políticas públicas que visam concretizar o direito à saúde. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 23, jan. 2016. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Edições Almedina S.A., 2014.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. A inefetividade do direito fundamental à saúde, como fator determinante para a aplicação dos instrumentos de tutela jurisdicional coletiva. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho - PR, n. 10, p. 169-181, jan.-jun.. 2009. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/132/132>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

Intertextualidade no Direito: a importância do suporte oferecido pelo núcleo de apoio técnico para a concretização do direito à saúde por meio das decisões judiciais

SOUZA, Priscila de. Intertextualidade na linguagem jurídica: conceito, definição e aplicação. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). **Constructivismo lógico-semântico**. v. 1. São Paulo: Noeses, 2014. p. 93-120.

TOMÉ, Levi Rosa. **Menos forma, mais justiça**: a necessária simplificação do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.