

PARTE II

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E SUAS IMPLICAÇÕES.

4

OS TRIBUNAIS E O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.

4.1

Notas sobre a judicialização da política.

Trata-se de tema que tem despertado grande interesse na atual conjuntura jurídica e político-institucional nacional¹, advindo da constatação do crescente papel do Poder Judiciário na definição de questões relevantes para a sociedade brasileira, e, em consequência, das repercussões ocasionadas por esta dinâmica.

Quanto a isto, é necessário verificar se há compatibilidade entre o exame de questões imbricadas com temas políticos, – porquanto muitas causas levadas à apreciação em sede judicial, têm pertinência com tais aspectos –, e o exercício dessa atividade de controle pelo Poder Judiciário de atos provindos dos Poderes Executivo e Legislativo.

Releva observar que a judicialização das relações sociais e da política pode ser considerada como um processo positivo de afirmação de direitos, pois as demandas também são dotadas do caráter de ampliação da democracia, – conforme digressão efetuada anteriormente –, porquanto a via judicial configura mais um local para serem tratadas questões afetas à cidadania e aos direitos fundamentais, quer os de caráter individuais, quer os sociais.

Embora se possa redarguir essa afirmação, de acordo com argumentos a serem colacionados, não se deve negar que esse fenômeno decorre, entre as principais causas identificadas, da ineficiência ou até mesmo omissão dos Poderes

¹Entre os inúmeros estudos, pesquisas e publicações existentes, pode-se citar, exemplificativamente, os trabalhos de ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Sumaré/Educ, 1997 e SADEK, Maria Tereza (org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 23-89.

Legislativo e Executivo no tocante ao desempenho de suas funções precípuas, gerando, portanto, a excessiva utilização do mecanismo judicial, especialmente quanto ao tema enfocado.

Constata-se, desta forma, que a situação de serem levadas para o foro judicial algumas questões cruciais para o exercício da cidadania e conseqüentemente, da própria democracia, desencadeia, *ipso facto*, a análise, pelos juízes, de matérias envolvendo esferas tradicionalmente consideradas como de âmbito da política, algumas relacionadas aos direitos sociais.

Implica, portanto, na possibilidade de o Poder Judiciário influir na criação e execução de políticas públicas, sendo pertinente a incidência de um ativismo judicial em certas esferas, incluindo a dos direitos sociais e a concretização do direito à saúde. Convém dosá-lo para não desrespeitar as deliberações majoritárias de acordo com a afirmação de Daniel Sarmento:

“Mas em outros campos, pode ser mais recomendável uma postura de autocontenção judicial, seja por respeito às deliberações majoritárias adotadas no espaço político, seja pelo reconhecimento da falta de *expertise* do Judiciário para tomar decisões que promovam eficientemente os valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do direito – como Economia, políticas públicas e regulação”².

Certas vezes os termos ativismo judicial e judicialização da política são empregados indistintamente, mas apesar disto, existem diferenças entre eles. No entanto, neste trabalho, a expressão utilizada será apenas “judicialização”, sem tipificar as decisões judiciais citadas, sob o enfoque de um possível ativismo judicial quanto ao direito à saúde no Brasil. Sobre o significado dessa expressão, oriunda da experiência judicial, não se encontra uma acepção consensual, persistindo um caráter ambíguo. Identificaram-se três possíveis usos, sendo que no enunciado da primeira referência:

“a ênfase se dá ao elemento finalístico, o compromisso com a expansão dos direitos individuais; no da segunda, a tônica repousa em um elemento de natureza comportamental, ou seja, dá-se espaço à prevalência das visões pessoais de cada magistrado quanto à compreensão de cada qual das normas constitucionais.”³

² SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. In LEITE, George Salomão e SARLET, Ingo Wolfgang (orgs.). São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-39.

³ VALLE, Vanice Regina Lírío do (org.). BRASIL, Deilton Ribeiro; CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; SILVA, Alexandre Garrido da; SILVA, Marcus Firmino Santiago da; TAVARES, Rodrigo de Souza e VIEIRA, José Ribas (colaboradores). *Ativismo Jurisdicional e o*

O terceiro sentido leva em conta o papel dos juízes quanto à interpretação e à própria concepção a respeito do Direito, conforme as diferentes escolas de pensamento:

“[...] citamos três expoentes de diferentes escolas jurídicas e suas opiniões quanto à interpretação e a delimitação do tema: a) para Holmes, todo direito é criado pelos tribunais; b) para Hart, a criação judicial do direito está circunscrita à penumbra que envolve o núcleo de certeza das proposições jurídicas em geral; c) para Dworkin, toda interpretação do direito, embora seja criativa, está pautada nos *standards* jurídicos quanto da distinção aplicativa entre regras ou princípios. Qual o comportamento adotado por uma Corte que se caracteriza por criar o direito sem autorização para fazê-lo?”⁴

Com relação à possível vulneração ao princípio democrático, com relação à judicialização da política, é necessário reconhecer as dificuldades inerentes aos limites da atuação dos juízes, decorrentes desse princípio, em razão da posição contramajoritária dos membros do Poder Judiciário, pois seus representantes, ao contrário dos componentes dos ramos Executivo e Legislativo, não são eleitos, fator este desencadeador de questionamentos sobre a legitimidade dessa atividade.

Sob esse ponto de vista, esse fenômeno pode ser passível de ocasionar um déficit democrático e, por consequência, ser considerado antidemocrático. Em relação a esta assertiva contrapõe-se a constatação efetuada por Luiz Werneck Vianna e Marcelo Burgos, no tocante a um possível “ativismo” do poder Judiciário, pois, segundo colocam, a invasão da vida republicana pelo Direito e a juridificação incessante e progressiva da sociedade brasileira:

“são frutos diretos da intervenção do Poder Legislativo, constituinte e ordinário, e da apropriação desenvolvida que a cidadania faz deles. E nisso reside a singularidade desse laboratório social brasileiro – a juridificação, presente *in nuce* na Carta de 1988, vai conhecer a sua grande onda expansiva, de fato, pela obra legislativa das duas décadas seguintes”⁵.

Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Curitiba: Juruá, 2009, p. 19 e 23.

⁴ Com relação ao ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal brasileiro revela-se uma postura que vem “redefinindo os limites de sua própria competência jurisdicional, alcançando áreas e temas que talvez não se contivessem no traçado original da Constituição, alterando, assim, seu próprio peso no concerto político da relação entre os poderes. A eleição do ativismo jurisdicional como prisma de análise – conceito que tangencia aquele mais amplo de judicialização da política – mostra a dificuldade de nossa tarefa, pois o ativismo jurisdicional privilegia não o perfil ideológico e técnico-jurídico, mas a corte como parte de uma complexa equação de poder”. *Ibid.*, p. 40.

⁵ “[...] controle da administração pública fica incorporado ao sistema de proteção dos interesses difusos e coletivos, tanto podendo ser acionado pela via de Ação Civil Pública – admitida a legitimidade ativa do Ministério Público – quanto pela das Ações Populares. A inflação do peso

Entretanto, é controversa a questão a respeito dos limites desse tipo de controle sobre os atos legislativos, partindo do pressuposto de que a lei é produto da obra dos legisladores, e, portanto, estes representam a vontade da maioria dos eleitores representados; portanto, deve haver parâmetros para o enfrentamento das escolhas dos legisladores.

Esta situação também decorre do fato de que, em nosso país, conjugado ao princípio republicano e ínsito neste, também erigido à categoria de norma constitucional, igualmente vigora o princípio da separação dos poderes, cuja teoria, celebrizada por Montesquieu no Livro XI de *O Espírito das Leis*, afirmava que todo bom governo devia ser regido pelo princípio da divisão dos poderes ou funções.

Assim, no Estado brasileiro, prevalece esse princípio, pois, com algumas exceções constitucionalmente previstas, cada Poder, dentro de suas esferas de competências e atribuições – as quais também são especificamente previstas na Lei Maior –, deve atuar sem qualquer intervenção dos demais, porquanto qualquer ingerência indevida fatalmente acarretar-lhe-á alguma lesão.

Seguindo a linha de nossa tradição republicana, a atual Carta Política, conforme ressaltou Werneck Vianna, afirmou a herança e as instituições do liberalismo político. Por meio deste foi estabelecida a configuração de uma democracia política, através de vários mecanismos da gestão pública, prevendo duas formas de representação, a do voto e a funcional, e duas formas de participação, a representativa, assentada no princípio eleitoral, e a direta, atinente, exemplificativamente, à iniciativa popular e o referendo⁶.

relativo da representação funcional lhe vem, pois, de expressa delegação do Poder legislativo, circunstância em tudo diversa do ativismo judicial americano, que, ademais, desconhece uma figura com o estatuto institucional do Ministério Público brasileiro (Grinover, 2001). [...] O controle é, então, delegado à sociedade nos caminhos abertos pela juridificação da vida social e pelos novos institutos processuais, como o dos Juizados Especiais, o das Ações Cíveis Públicas e do Código de Defesa do Consumidor”. VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo Baumam. *Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Casos de Ação Cível Pública*. Rio de Janeiro, 2005, p. 03. Disponível em: < <http://cedes.iuperj.br/PDF/cadernos/principioseregras.pdf>>. Acesso em: 17 junho 2007, p. 04-05.

⁶ “A gravitação do Legislativo em torno do Executivo provoca a retração da esfera pública e limita suas possibilidades de contato com o mundo da opinião. A esfera pública torna-se um espaço sob controle do Executivo e das lideranças da sua maioria congressual, que, “ao selecionarem os interesses e os valores a serem defendidos e estimulados, passa a tomar, em estilo monocrático, decisões que vinculam a todos” (Werneck Vianna, 2003, p. 9). [...] Em um cenário assim limitado, as opiniões e o fluxo das opiniões geradas na sociedade civil não encontram caminhos para se traduzirem em vontade na esfera pública, uma vez que a agenda

Insta observar também que o exercício dessas funções ocorre de acordo com os limites das atribuições previamente estabelecidas na lei, sempre tendo em mira o postulado básico do Estado Democrático de Direito. Ademais, a separação de poderes não é estanque, conforme destacado por Rogério Nascimento⁷.

Realça-se, pois, o caráter delimitativo da lei, aqui, notadamente a Lei Maior regedora do nosso sistema jurídico, com referência às atividades de cada órgão e especificamente do Poder Judiciário e do Ministério Público, sendo que a conformação atual deste importante operador jurídico assumiu novos lineamentos, possibilitando um tipo de atuação mais ativa ou prospectiva, consoante ressaltado no Capítulo anterior.

Em trabalho específico sobre a discussão a respeito da eventual colisão entre direitos fundamentais e soberania popular sob o contexto da judicialização, a Professora Gisele Cittadino indaga:

“O que nos resta agora é perguntar se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados.”⁸

Como contraponto a essa argumentação, considerando os postulados de superação do paradigma positivista, pode ser utilizada a mesma argumentação formulada por Ronald Dworkin para considerar legítima a atividade afeta à jurisdição constitucional.

do Legislativo se acha sob domínio do Executivo, que impõe nela a supremacia dos seus objetivos estratégicos em matéria econômica. Nesse sentido, a própria política social deixa de refletir as expectativas e interesses da sociedade civil organizada, tornando-se objeto de políticas públicas assistencialistas do Estado e dos seus fins de legitimação, inclusive eleitoral. “Com isso, o Parlamento se vê incapacitado de propor uma agenda própria limitando-se a exercer mero papel fiscal sobre o que lhe chega do Executivo, naturalmente especializado nos temas da Administração e da gestão da dimensão sistêmica.” Ibid, p. 03.

⁷ “O retorno às fontes da teoria de poderes revela que uma separação rígida nunca foi apresentada como desejável ou necessária. A lição da história demonstra que uma separação estanque sequer foi experimentada. As polêmicas que envolvem a aplicação do princípio na atualidade, por seu turno, mostram sua vitalidade e reforçam a tese segundo a qual o equilíbrio está no cerne da teoria e esta continua frutífera porque a separação cumprida com ordenação constitucional protege os súditos contra o arbítrio e lhes oferece uma visão clara das competências de cada órgão.” NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do Poder de Legislar: Controle Judicial da Legislação de Urgência no Brasil e na Itália*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

⁸ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*, p. 108. Disponível em: <http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2007.

O jurista norte-americano, adepto da vertente republicana liberal, fomentou elementos de seu edifício teórico a respeito dos princípios ao vislumbrar que, na prática constitucional americana, os juízes decidiam não só levando em conta as normas jurídicas, mas extraíam suas decisões utilizando argumentos de cunho moral, contidos em princípios.

Em sua elaborada construção teórica ele considera que os indivíduos são membros de uma comunidade de princípios⁹. Sendo assim, a relação entre democracia e direitos fundamentais não reflete uma contradição, mas ao contrário, podem ser conjugados. Tal desiderato será atingido justamente com a construção do conceito de democracia constitucional, inserindo-se nesta uma Constituição “que toma os direitos a sério”.

Parte também do pressuposto da inexistência de contradição na relação entre democracia e direitos fundamentais, pois considera que os indivíduos são membros de uma comunidade autônoma de princípios. Devem, portanto, ser tratados com igual respeito e consideração, pois, “desse modo, uma comunidade autônoma assegura a cada cidadão seu lugar (princípio de participação) e seu interesse na vida coletiva (princípio da implicação), tanto quanto sua autonomia em relação à comunidade (princípio de autonomia).”¹⁰

No tocante ao questionamento abordado, no sentido de se perquirir se as decisões tomadas por juízes e tribunais seriam lesivas à democracia, se pertinentes a questões envolvendo aspectos morais, contidas em princípios constitucionais, Dworkin defende que estas são resolvidas de uma forma mais adequada quando retiradas da esfera da política e transferidas para o foro judicial, porquanto as

⁹ “Os membros de uma determinada sociedade de princípio admitem que seus direitos e deveres políticos não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições políticas, mas dependem, em termos mais gerais, do sistema de princípios que estas decisões pressupõem e endossam. Assim, cada membro aceita que os outros têm direitos, e que ele tem deveres que decorrem desse sistema, ainda que estes nunca tenham sido formalmente identificados ou declarados.” DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 254.

¹⁰ CARNIELLE, Eduardo V. *Judicialização da Política: uma Análise da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a Participação da Comunidade de Intérpretes da Constituição nos Processos de Fiscalização Abstrata de Normas*. Rio de Janeiro: PUC, 2006, p. 29. Disponível em: <http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/cgi-bin/PRG_0599.EXE/8535_1.PDF?NrOcoSis=25195&CdLinPrg=pt>. Acesso em: 18 de jun. 2007.

decisões proferidas nesta sede são fundadas em princípios e não em critérios escolhidos pelas maiorias políticas ocasionais¹¹.

Além disto, os juízes estariam mais aptos a desenvolver a interpretação e aplicação da constituição, utilizando o método por ele denominado como *moral reading*, embora não seja empregado de forma consciente ou explícita. Sua utilização, entretanto, foi constatada na prática constitucional norte-americana. Some-se a isto, ainda, em termos de aplicação de normas constitucionais, sua tese no sentido de que haja uma interpretação construtivista das normas e princípios integrantes do sistema de valores fundamentais constantes no texto constitucional.

Nesta senda, convém destacar que a democracia e a proteção dos direitos fundamentais têm sido objeto de preocupação tanto de Ronald Dworkin quanto de Jürgen Habermas, convindo mencionar, desde logo, a convergência do pensamento de ambos ao asseverarem a existência de uma relação não contraditória entre Estado de Direito, jurisdição constitucional e democracia¹².

Dworkin formulou o seu conceito de democracia constitucional, consoante acima referido, e Habermas propugna um modelo de democracia deliberativa, através do procedimento, em uma chamada terceira via, de caráter procedimental, a qual se estabelece por meio do diálogo, ao contrário da proposta de seu contemporâneo, relativa apenas à perspectiva monológica¹³.

¹¹Nesse sentido a formulação do estratagema de considerar os direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹² “as construções teóricas de Dworkin e Habermas acerca da jurisdição constitucional, embora partindo de fundamentos filosóficos diversos, acabam por apresentar vários pontos de intersecção, além de outros que se afiguram complementares. Importa ressaltar, para os fins aqui visados, que direitos fundamentais e democracia, tanto para Dworkin como para Habermas, convivem numa relação de implicação recíproca. Assim, parece correta a assertiva de que só há espaço para a afirmação e efetivação de tais direitos no âmbito de um regime democrático. São faces da mesma moeda. [...]. Assim, não há qualquer inconsistência lógica em se sustentar que à jurisdição constitucional compete a guarda tanto dos direitos fundamentais (proposta por Dworkin) como do procedimento democrático (tese de Habermas). Ao revés, tais funções, longe de serem antagônicas, são compatíveis e complementares. Em muitos casos, na verdade, superpõem-se.” BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 117-118.

¹³ “No âmbito da teoria democrática, o caráter dialógico da racionalidade prática leva a que se valorize a formação de um espaço público autônomo (do aparato burocrático estatal) em que as pretensões normativas sejam objeto de intenso debate. A democracia é entendida, portanto, como participação, e não como mera representação. Além disso, os direitos individuais deixam de ter uma justificação metafísica para se apresentarem como condições fundamentais da interação comunicativa, viabilizadoras do processo democrático. Com isto, oferece-se um caminho consistente no sentido da superação do impasse entre liberalismo e democracia, produzido pela crise do paradigma liberal-positivista.” SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 338.

Habermas, em sua obra, especialmente em *Direito e Democracia – entre Facticidade e Validade*¹⁴ estabelece condições procedimentais para a realização da democracia deliberativa, ou seja, condições para a formação da opinião e da vontade sob a forma discursiva e dialógica, e, portanto, da via denominada como procedimental.

Ademais, vislumbra o Direito como uma categoria de mediação social entre fatos e normas e, portanto, dotado de um aspecto dual, tal como este se revela na linguagem humana, ou seja, os sujeitos de direito são ao mesmo tempo destinatários e produtores das normas jurídicas. Há uma pretensão de validade embutida no discurso que somente será confirmada após o cumprimento do procedimento deliberativo.

Para ele, o direito da modernidade é convertido em termos de direitos subjetivos, pois é o complemento funcional da moral pós-convencional, sendo que o objetivo do Estado de Direito é construir barreiras para que o exercício da soberania popular não atrapalhe as esferas dos direitos individuais, pois estes, na sua visão, têm preponderância, porque constituem as principais condições do procedimento democrático.

Contudo, esses direitos não mais podem ser considerados apenas levando em conta um sistema constitucional estático, pois conforme preconiza, “*a constituição perdeu seu caráter estático; mesmo quando a letra das normas permanece inalterada, as interpretações estão em fluxo*”¹⁵.

Em seu modelo, são estabelecidas as bases de uma democracia que não é nem republicana nem representativa, mas caracteriza uma terceira via ou alternativa, configurada como procedimental. Nesse sentido, estado de direito e democracia participativa pressupõem-se mutuamente, havendo uma interdependência entre direitos humanos e soberania popular ou, de acordo com suas palavras, uma relação de cooriginalidade.

Para o autor aqui enfatizado, em decorrência de suas formulações teóricas, a jurisdição constitucional limita a decisão majoritária a fim de garantir o Estado de Direito ou ainda, garantir condições para a deliberação democrática. A

¹⁴ Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volumes I e II.

¹⁵HABERMAS, Jürgen. Soberania Popular como Procedimento. São Paulo: *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 26, mar., 1990, p. 112.

democracia deliberativa, porém, não se restringe ao voto, mas o poder de decidir é que constitui a sua essência, ou seja, o poder de decidir sobre questões de interesse público.

4.2

Sindicabilidade de políticas públicas.

A partir da localização do tema desenvolvido anteriormente, dentro do atual regime de análise dos atos administrativos, é possível afirmar a sindicabilidade destes, especialmente os de caráter discricionário, tendo em vista considerar-se superada a antiga concepção de que não seriam passíveis de controle judicial, admitindo-se, portanto, o exame dos motivos do ato e sua respectiva fundamentação.

Em dissertação sobre o princípio da razoabilidade, Fábio Corrêa Souza de Oliveira discorre sobre essa problemática, primeiramente sobre a perspectiva histórica e portanto, aduz ter havido um tempo em que a discricionariedade era incontornável, por ser entendida como uma liberdade absoluta, de deliberação infensa a toda verificação de seu conteúdo.

Todavia, com a evolução, principalmente sob os influxos do pós-positivismo¹⁶, alargou-se o entendimento a seu respeito, para acolher a ideia da apreciação da discricionariedade, podendo ser verificada se seu exercício ocorreu de modo regular, dentro dos novos padrões de análise¹⁷.

¹⁶ “O *pós-positivismo* é designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética. [...] O discurso acerca dos princípios da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade.” BARROSO, Luís Roberto. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Temas de Direito Constitucional. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12-13.*

¹⁷ “O princípio da razoabilidade redefine o conceito de discricionariedade, limitando-o, estreitando-o, condicionando-o. [...] entendemos, genericamente, a discricionariedade jurídica como o juízo ponderativo que, conformado (limitado e condicionado) pelos princípios e regras de Direito, é capaz de eleger, com segurança, um ato dentre dois ou mais igualmente razoáveis, em proveito da lógica formal e material entre motivo, meio e fim, quando não há univocidade axiológica. Desta feita, só há discricionariedade quando há escolha entre alternativas razoáveis,

Carlos Roberto Siqueira Castro também defende que o princípio da razoabilidade proporciona a aferição da discricionariedade até mesmo em sede judicial e, por isto, mesmo se objetando que a discricionariedade também envolve juízo de cunho político, também se sujeita a controle:

“Não deve causar espanto a ninguém essa dimensão dilargada do controle judicial sobre a ‘razoabilidade’ dos atos do Poder Público que, para alguns, constituiria uma intromissão do Judiciário nas decisões governamentais. Não têm razão esses doutrinadores ultra-apegados ao dogma da separação dos poderes, na medida em que a função de declarar o sentido e o alcance das regras jurídicas, ou seja, de dizer *what the law is*, máxime no ofício jurisdicional de tutela da Constituição rígida, traduz uma inescindível função política ou, pelo menos, de inexorável repercussão política.[...] Seria, pois, de todo ingênuo supor que a função judicante pudesse ficar adstrita apenas ao plano da legalidade positiva e abstrata e, assim, destituída de conotação política, entendida esta na acepção ampla que lhe empresta Max Weber, como um tipo de liderança independente em ação no meio social, para que, em conseqüência, até mesmo o mais modesto funcionário civil ou militar exerce, ou pode exercer, atuação política, inclusive, em certos casos, mais relevante do que as próprias assembléias parlamentares, na medida em que constituem células ativas da burocracia governamental.”¹⁸

Sendo assim, tendo em vista que o tema sob enfoque concerne a políticas públicas, que são atos administrativos complexos, visto possuírem aspectos tanto vinculados quanto discricionários, é relevante efetuar uma abordagem sobre o conceito e definição destas, a partir dos pressupostos traçados por Maria Paula Dallari Bucci.

Em sua análise opera um amplo desenvolvimento teórico sobre os contornos destas, iniciando por afirmar que as políticas são instrumentos de ação dos governos, que desenvolve e aprimora o governo pela lei, razão pela qual considera que as políticas “são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal [...]. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder político caberá justamente às políticas públicas”¹⁹.

isto é, entre alternativas lícitas (possíveis). Defendemos que nem mesmo nos casos difíceis, ou seja, naqueles que envolvem ponderação de princípios é certo existir discricionariedade. Só há juízo discricionário, insista-se, quando existe dúvida: no sentido de mais de uma opção cabível. Por outros termos: há juízo discricionário quando não há apenas uma única resposta certa. Nestas hipóteses, que não são tão comuns quanto alguns imaginam (muito pelo contrário), a opção feita atende ao princípio da razoabilidade, o qual delimitou a margem dentro da qual é viável a eleição.” OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma Teoria dos Princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro, 2003, p. 127-128.

¹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2005, p. 244-245.

¹⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

Após, aduz que as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito e está conectada à discricionariedade do administrador:

“na medida em que “o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes”. E um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa”²⁰.

Entretanto, em obra posterior, *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*, procurou encontrar um conceito de política pública que pudesse ser válido para aplicação no esforço jurídico de conferir efetividade aos direitos sociais, expressão do Estado Social no direito positivo, tendo estabelecido então a seguinte proposição:

“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.”²¹

Em decorrência de um processo de contínua evolução de suas reflexões sobre a matéria, em texto intitulado *Notas para uma Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas*, parte de uma convenção para formular uma linha de trabalho com o escopo de adotar uma metodologia de análise jurídica sobre o tema.

Por via de consequência, da convicção de que a aplicação da noção de políticas públicas auxilia a compreensão de fenômenos jurídico-institucionais, importa estipular em qual sentido a noção deve ser utilizada na seara jurídica:

“A noção de políticas públicas traz duplo ganho para a reflexão jurídica, tanto teórica, quanto aplicada. De um lado, permite buscar uma linha de racionalidade

²⁰ “As políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio de discricionariedade na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais que informam a decisão, em consequência da qual se desencadeia a ação administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos.” Ibid, p. 264-265.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 31.

que relacione as diversas componentes, aparentemente dispersas, de uma ação pública determinada. É verdade que nem sempre essa racionalidade é encontrada ou mesmo encontrável. A racionalidade da ação governamental está no plano ideal-típico, isso é, trata-se de algo que a ação pública persegue, permeada por múltiplas linhas de tensão, que atuam em sentidos diversos e contrapostos. O ambiente em que se dá a ação governamental é fragmentado e beira o caótico (33), daí que a compreensão de suas componentes jurídico-institucionais pode representar um diferencial de melhoria das políticas públicas que nele se desenvolvem.”²²

Posteriormente, em outro trecho, assevera que as políticas públicas não podem e não devem ser reduzidas às disposições jurídicas com as quais estão relacionadas, afirmando que é um equívoco frequente:

“tomar como sinônimos os direitos sociais, de base constitucional, e as políticas públicas destinadas a implementá-los. A cautela que se recomenda, nesse ponto, é de tal ordem, que nem mesmo às medidas concretas de implementação do direito se pode qualificar automaticamente de política pública”²³.

Conclui no sentido de que, excluídas duas exceções, as quais são exatamente a previsão do Sistema Único de Saúde (SUS) e o FUNDEB (relativo à Educação), a Constituição não contém políticas públicas, mas direitos cuja efetivação ocorre por meio destas, porquanto afirma: “política pública não é sinônimo de direito nem pode ser reduzida a disposições jurídicas, em particular a disposições constitucionais”²⁴.

Do mesmo modo, Luiza Cristina Frischeisen enfrenta o dever do administrador público de criar e executar as políticas públicas necessárias à

²² “[33. A compreensão de que a ação pública se desenvolve a partir de uma “anarquia organizada” levou Cohen, March e Olsen a desenvolver uma teoria de decisão organizacional chamada de “modelo da lata de lixo”: “a organização é um amontoado de idéias soltas [mais que] uma estrutura coerente; ela descobre preferências através da ação, mais do que atua com base em preferências.” Michael Cohen, James March e Johan Olsen, “A garbage can model of organizational choice”, *Administrative Science Quarterly*, 17 março 1972, pp. 1-25, *apud* John W. Kingdon, *Agendas, Alternative and Public Policies*, New York: Harper Collins College Publishers, 1995, 2 ed., p. 84-85.].“ Este trecho foi extraído de trabalho acima mencionado distribuído diretamente por sua autora em aula ministrada no Curso de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, realizado pela Escola de Políticas Públicas – Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro, realizado durante o ano de 2008. Releva destacar a consideração final de que se tratava apenas um esboço sobre a idéia de uma metodologia de análise jurídica de políticas públicas, porém, a oportunidade de dialogar com a comunidade jurídica fizeram-na quebrar a resistência em divulgar essa versão, para ela ainda inacabada. São Paulo, mimeo, p. 19. Posteriormente foi publicado em FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos Esteves e DIAS, Maria Tereza Fonseca (orgs.). *Políticas Públicas Possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 225-260.

²³ *Ibid.* p. 23.

²⁴ *Ibid.* p. 23.

efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos. Assim, quando houver omissão, caberá ao Ministério Público atuar para que essa seja sanada:

“[...] 3- a ausência de políticas públicas voltadas para a implementação dos direitos sociais constituem atos omissivos da administração e são passíveis de controle pelo judiciário, pois existe juízo de inconstitucionalidade e ilegalidade na omissão da administração; 4- o não cumprimento das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição atenta contra o devido processo legal que deve ser observado pela administração, bem como contra a finalidade da administração, que é atender o interesse público e 5- determinadas políticas públicas dependem da atuação de entes e instituições prévias (como a adaptação de prédios e transporte coletivos às necessidades das pessoas portadoras de deficiência), nessa hipótese, a administração poderá ser responsabilizada por ausência de fiscalização, em conjunto com o particular.”²⁵

Ademais, conforme ressaltado por José Reinaldo de Lima Lopes²⁶, a eficácia dos direitos sociais está vinculada, precipuamente, a uma ação concreta ao Estado, razão pela qual apesar de a sindicabilidade constituir um avanço em termos de análise da formulação e execução de políticas públicas, tem se verificado um elevado número de ações judiciais postulando inúmeras e variadas prestações de saúde²⁷, cujas implicações serão objeto de análise em item deste capítulo.

4.3

Competências em Matéria de Saúde.

A Constituição da República adotou o federalismo como forma de organização do Estado, cujos elementos que lhe são ínsitos caracterizam a descentralização política e administrativa e a autonomia dos entes integrantes, gerando a conseqüente repartição das competências constitucionais, estabelecidas em três níveis: União, Estados-Membros/Distrito Federal e Municípios, constituindo assim o denominado federalismo de cooperação.

A par disso, o constituinte de 1988 resolveu manter o sistema

²⁵ FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas. A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000, p. 91-93.

²⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito*. In FARIA, José Eduardo (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126-127, 1. ed., 2. tiragem, p. 130.

²⁷ A esse respeito veja-se o artigo de Ana Paula de Barcellos. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático*. *RDE – Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, nº 03, julho/setembro 2006, p 17-54.

anteriormente posto, no sentido de que muitas ou algumas competências são exclusivas de cada um dos entes estatais, enquanto outras competências são comuns ou concorrentes.

Foi assim estabelecido pelo legislador constituinte um maior equilíbrio na divisão ou atribuição das competências, descentralizando grande parte delas e prevalecendo nelas os legítimos interesses dos Estados-Membros e dos Municípios; embora quanto ao aspecto tributário (arrecadação e distribuição de recursos orçamentários, advindos de tributos) ainda permaneça a preponderância da União.

Corroborando o afirmado, resulta que a repartição de competências é ínsita ao conceito de Federação e a maneira de efetuar tal divisão ocorre levando em conta o princípio da predominância do interesse. Logo, à União cabe cuidar das matérias de interesse geral, nacional; aos Estados-Membros incumbe tratar daqueles assuntos de interesse regional e aos Municípios, finalmente, está deferida a atribuição de tratar de assuntos eminentemente locais.

Mas essas definições de competências constitucionais também acompanham ou devem necessariamente acompanhar, o evoluir comportamental dos grupamentos sociais (locais, regionais ou nacionalmente considerados) para os quais elas foram então estabelecidas constitucionalmente em 1988 – não podendo, pois, permanecer ou restar cristalizadas, porém, sem ofender o disposto no artigo 60, § 4º (I e II), convencionalmente denominado cláusula pétreia.

Noutro giro, para complementar essa exposição, pode-se *dividir* as competências constitucionais em *materiais* e *legislativas (formais)*, extraindo os apontamentos de Sérgio Guerra:

“A competência material consiste no direito/dever do ente federado, na prestação de serviços públicos e atividades à coletividade, exercida de forma comum ou privativa, não se confundindo com a competência legislativa. Esta advém do fato de que a matéria de competência dos entes federados é suscetível de regulamentação mediante lei.”²⁸

E em sintética apreciação:

- Competência comum: refere-se propriamente à competência para a

²⁸ GUERRA, Sérgio. O Poder Concedente dos Serviços Públicos na Região Metropolitana. Direito Empresarial Público. In SOUTO, Marcos Juruena Vilela e MARSHALL, Carla (coordenadores) *Direito Empresarial Público*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2002, p. 600.

prática de ações de cunho administrativo, lembrando (para o nosso caso) que a regra do artigo 23 da Constituição da República estabelece as competências comuns da União, dos Estados-Membros, do Distrito Federal e dos Municípios, estipulando-lhes expressamente a incumbência (na disposição do inciso II) para “cuidar da saúde e assistência pública”.

- Competência privativa: aquela atribuída exclusivamente a um ente da Federação, excluindo a dos demais. Essa competência pode ser, porém, delegada ou suplementada por outro ente de direito público interno. A previsão está contida nas prescrições dos artigos 21 e 22 da Constituição da República.

Interessa ressaltar que o preceito do artigo 30, I, da mesma Constituição, atribui, especificamente, competência privativa ao Município para *legislar* sobre assuntos de interesse local, enquanto a regra do inciso V do referido artigo confere ao mesmo ente a competência *material* para *organizar e prestar*, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local.

- Competência concorrente: é aquela compartilhada pelas pessoas políticas do país. Assim, à União compete legislar sobre *normas gerais*, estabelecendo *princípios e regras* gerais aplicáveis em todo o território nacional, sem descer a minúcias, bem como cabe a ela atuar na defesa dos interesses nacionais.

Na hipótese enfocada, estatui o artigo 24, XII, da Lei maior, competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre “previdência social, proteção e defesa da saúde.”

Aos Estados-Membros cabe a parte legislativa especial regionalizadamente considerada, inclusive suprimindo eventuais omissões da União, bem como atuar na defesa dos seus restritos interesses. Quanto aos Municípios, apesar de não terem sido mencionados no texto do artigo 24 da Constituição, a previsão de que possam suplementar a legislação federal e estadual, no que couber, está contida no artigo 30, II, da Carta Política.

No capítulo anterior foi ressaltada a existência da Lei Orgânica da Saúde, nº 8.080/90, que estabelece diretrizes gerais sobre o SUS e prevê suas atribuições e as respectivas divisões entre os entes federativos. O artigo 16, XIII, prescreve que a direção nacional do SUS deve “prestar cooperação técnica e financeira aos Estados e ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento de sua atuação institucional”.

À direção estadual, por sua vez, deve “promover a descentralização para os

Municípios dos serviços e das ações de saúde, prestar-lhes apoio técnico e financeiro, e executar supletivamente ações e serviços de saúde” e aos Municípios compete planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde, de acordo com a previsão do artigo 18, I e III, da mencionada lei.

No tocante ao fornecimento de tratamentos e medicamentos, sua previsão está contida na Portaria nº 3.916/98, expedida pelo Ministério da Saúde, estabelecendo a Política Nacional de Medicamentos, onde consta a Relação Nacional de Medicamento – RENAME. Consoante explicita Luís Roberto Barroso:

“Ao Município, por seu turno, cabe definir a relação municipal de *medicamentos essenciais*, com base na RENAME, e executar a assistência farmacêutica. O propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica* à saúde, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde. [...]

A Portaria nº 3.916/90 pode ser considerada a matriz de toda a estrutura de fornecimento de medicamentos, já que as outras portarias são baseadas em suas disposições. “Sendo assim, a formulação da Política Nacional de Medicamentos forjou o sistema hoje proposto para a distribuição dos medicamentos, cabendo às portarias seguintes apenas delimitar os traços característicos”.²⁹

Quanto à regulamentação vigente sobre o fornecimento de medicamentos excepcionais³⁰, há previsão do Programa de Dispensação (distribuição) destes, os quais são de alto custo e abrangem o tratamento para algumas doenças específicas e atingem uma parcela de pacientes, existe a seguinte sistematização:

“A Norma Operacional da Assistência à Saúde (NOAS) é a inserida no ordenamento jurídico pela Portaria GM/MS nº 373/2002, sendo resultado do “contínuo movimento de pactuação entre os três níveis de gestão (federal, estadual e municipal), visando ao aprimoramento dos Sistemas Únicos de Saúde” e estipulou, entre outros, regramentos a respeito da “Política de Atenção de Alta Complexidade ou Alto Custo no SUS” (Capítulo I, item 1.5, da Noas).

À *União* foram conferidas atribuições basicamente de controle, fiscalização, financiamento e elaboração de normas reguladoras.

²⁹ E ainda: “Os medicamentos essenciais *básicos* compõem um elenco de 92 itens destinados à atenção básica. A OMS define medicamentos essenciais como aqueles que satisfazem às necessidades de saúde prioritárias da população, os quais devem estar acessíveis em todos os momentos, na dose apropriada, a todos os segmentos da sociedade, além de serem selecionados segundo critérios de relevância em saúde pública, evidências de eficácia e segurança e estudos comparativos de custo-efetividade. São os medicamentos mais simples, de menor custo”. BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 887.

³⁰ A lista contendo mais de 105 substâncias, componentes de tais medicamentos está acessível no endereço: <HTTP://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006?GM?Gm-2577.htm>.

Aos *Estados-Membros* foi sedimentada a incumbência de gestores *da política de alta complexidade/ custo* no respectivo território, inclusive a “coordenação da implementação de mecanismos de regulação da assistência em alta complexidade (centrais de regulação, implementação de protocolos clínicos).

Aos *Municípios*, enfim, restou a responsabilidade sobre os procedimentos de alta complexidade/ custo, disponíveis em seus limites territoriais, quando habilitados em *Gestão Plena do Sistema Municipal*.

Os medicamentos excepcionais – cuja dispensação é efetuada mediante a emissão de Autorização de Procedimento de Alta Complexidade/Custo (Apac), reprise-se – *são de Alto Custo*, pois integram, no âmbito da assistência farmacêutica, *os serviços de alta complexidade/ custo* e, portanto, em geral, são de *responsabilidade de cada Estado-Membro ou do Distrito Federal*.

[...] a regulamentação do tema agora está delineada na Portaria nº 2.577, de 27 de outubro de 2006, a qual revogou, entre outras, a citada Portaria GM nº 1.481, de 28 de dezembro de 1999. Tem-se, inclusive, item específico: “Do Financiamento e da Prestação de Contas dos Recursos do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional” (item IV do Anexo I da Portaria nº 2.577/2006).”³¹

Desta forma, tendo em vista que essa regulamentação consta de atos infralegais, diante do quadro apresentado, urge a necessidade da edição de uma lei federal, de efeitos nacionais, para definir a forma clara, a atuação e cooperação dos entes político-territoriais, que devam ficar responsáveis pela promoção de ações relacionadas com o fornecimento de medicamentos nas diversas regiões do Brasil.

Evidencia-se portanto, que as indefinições e dúvidas existentes são um dos fatores concorrentes para o elevado número de ações judiciais sobre a matéria, geraram a necessidade de se prever uma regulamentação mais detalhada, por meio de lei específica.

Estão em tramitação no Congresso Nacional, dois Projetos de Lei, o de nº 219/2007, no Senado Federal, de autoria do senador Tião Vianna, o qual estabelece algumas restrições, ao prever que o fornecimento de medicamentos

³¹ “O Pacto pela Saúde 2006 é a mais recente expressão de compromisso público assumido pelos gestores do SUS com “ênfase nas necessidades de saúde da população e que implicará o exercício simultâneo de definição de prioridades articuladas e integradas”.

As diretrizes operacionais do *Pacto pela Saúde 2006*, frise-se, foram aprovadas pela Portaria nº 399/GM, de 22 de fevereiro de 2006. Depreende-se, quanto ao tema em foco, que a “responsabilidade pelo financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional é do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação e a dispensação, responsabilidade do Estado”, sendo que “o Ministério da Saúde repassará aos Estados, mensalmente, valores financeiros apurados em encontro de contas trimestrais, de acordo com as informações encaminhadas pelos Estados, com base nas emissões de Autorização para Pagamento de Alto Custo (Apac)”. Medicamentos excepcionais. *Manuais de Atuação. ESMPU - Escola Superior do Ministério Público da União. Ministério Público Federal. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão*. DANTAS, Nara Soares e ROCKENBACH, Ramiro da Silva. Brasília, DF, 2006, p. 45-49.

Acessível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/saude/Manual%20Medicamentos%20Excepcionais%20-%203a%20revisao.pdf>>.

pelo sistema público aconteça somente com base em prescrições amparadas em protocolos clínicos aprovados pelo Ministério da Saúde.

O outro Projeto de Lei, de nº 338/2007, cuja propositura foi de iniciativa do Senador Flávio Arns, contém um espectro global sobre a questão, verificado a partir da redação de sua ementa, ou seja, visa acrescentar um capítulo à Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, bem como pela leitura de seu texto.

Pretende estabelecer todo um sistema, com subsistemas, de dispensação (distribuição) de medicamentos pelos gestores do SUS, dispondo a respeito de produtos constantes nas respectivas tabelas, processos de incorporação e exclusão de medicamentos e produtos de saúde e de constituição de protocolos clínicos³².

Como contribuição para a temática exposta, um parâmetro em termos de Direito comparado seria o sistema espanhol, o qual, analogamente ao sistema brasileiro, também contempla um Sistema Nacional, cujas bases estão definidas em três normas:

“primeiro a Lei de Garantia de Uso Racional de Medicamentos e Produtos Sanitários nº. 29/06 que responde a três perguntas básicas: quem admite, como e por que um medicamento ou produto sanitário no SNS. De início, a citada norma afirma que a prescrição e dispensação de medicamentos e produtos sanitários deverá ser realizada de acordo com critérios básicos de uso racional.

[...] reconhece o direito de todos os cidadãos a obter medicamentos, em condições de igualdade em todo o SNS, sem prejuízo de medidas tendentes a racionalizar a prescrição e utilização de medicamentos e produtos sanitários. Desse modo, todos os profissionais, que prestam seus serviços no SNS ou no sistema público de investigação científica e desenvolvimento tecnológico espanhol, **têm o direito e o dever** de colaborar com as Administrações Sanitárias na avaliação e controle de medicamentos e produtos sanitários. Em contrapartida, essas, por sua vez, devem ser transparentes na adoção de suas decisões. [...].

Em seguida, a lei prevê rigorosamente o procedimento para o financiamento público, proibindo, ainda, a prescrição e dispensação de medicamentos e produtos sem estarem legalmente reconhecidos e estabelece as sanções para o seu descumprimento. Excepcionalmente, se admite o uso compassivo motivado nos termos do artigo 24.

Essa norma se completa com outras duas leis: a Lei Geral de Sanidade (14/86) e a Lei 16/03, nas quais se estabelece que o direito à proteção à saúde deve vir expresso em um catálogo de prestações, acompanhado de uma memória econômica, que contém a valoração do impacto positivo ou negativo que pode acarretar. Além do mais, são estabelecidas regras claras não só para inclusão e exclusão, mas, também, **atualização** desses direitos³³.

³² Fonte:< <http://legis.senado.gov.br/mate-pdf/10412.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2008.

³³ Prossegue: “É a carteira de serviços, por sua vez, que prevê o conjunto de técnicas, tecnologias ou procedimentos, mediante os quais se fazem efetivas as prestações sanitárias. Nesse sentido, o

Logo, como será destacado ao final deste Capítulo, é necessário estabelecer padrões de atendimento, por meio da fixação de guias de orientação, bem como fixar os meios para se efetuar o controle da atividade estatal, a fim de manter a integridade dos sistemas administrativo, legislativo e judicial.

4.4

Repercussões de decisões judiciais em temas de saúde.

Em decorrência do objeto sob estudo, impende analisar quais têm sido as respostas de juízes e tribunais brasileiros com relação à apreciação de casos concernentes à postulação do direito à saúde, quer visto sob a ótica subjetiva, em ações individuais, quer sob a dimensão objetiva e pludimensional³⁴, em demandas de caráter coletivo.

Sendo assim, comporta verificar, pois, de acordo com essas regras, bem como a eventual falta destas em algumas hipóteses, aliada à inércia ou atuação insuficiente dos Poderes Públicos quanto ao cumprimento desse dever estatal, bem como ao princípio da solidariedade entre os entes da federação no tocante a este tema.

Real Decreto 1030/06 prevê, exaustivamente, as prestações sanitárias de saúde pública, atenção primária, especializada, de urgência, prestação farmacêutica, ortoprotésica, de produtos dietéticos e transporte sanitário, que serão dispensadas pelo SNS. [...]

Isso não afasta, contudo, a necessária intervenção do mesmo Poder Judiciário, em situações excepcionais, em que a não prestação se figure arbitrária. Nesse sentido, cite-se o *Recurso de Casación para a Unificación de Doctrina* 3043/02, por meio do qual, apesar de negada inicialmente a prestação, foi, após, incluída na Carteira de Serviços, tendo o Tribunal Supremo deferido o ressarcimento pleiteado pelo paciente.” PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira, manifestação como representante do Ministério Público de Contas do Distrito Federal em 29/04/2009 na Audiência Pública sobre a Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal em abril e maio de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Exposicao_da__Dra__Claudia_Fernanda_de_Oliveira_Pereira.pdf>. Acesso em: 18 maio 2009.

³⁴ Sobre esse aspecto José Reinaldo de Lima Lopes assevera: “Uma importante diferença está no caráter multipolar ou plurilateral do conflito. A adjudicação tradicional – civil ou penal – consiste em resolução de conflitos bipolares, conhecidos na teoria dos jogos como “jogos de soma zero”: a vitória ou derrota é, em princípio, de uma das partes e o que uma ganha a outra perde, e vice-versa. Trata-se da velha e tradicional disputa “comutativa” ou “retributiva”. [...] O conflito de interesses público tem um caráter distributivo, ou, na linguagem da teoria dos jogos, é um jogo de soma não-zero: o resultado do jogo (ou interação) é por definição ou uma perda para todos ou um ganho para todos. Por isto, o conflito está em “quanto” ou em “que proporção” cada um perde ou ganha. LIMA LOPES, José Reinaldo. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 230-231.

Afigura-se, pelo cotejo de algumas decisões judiciais, que, quando se trata do tema do acesso à saúde em juízo, envolvendo aspectos relacionados a políticas públicas atinentes ao direito à saúde, especialmente o fornecimento de medicamentos por entes estatais, os magistrados, na maior parte dos casos, têm dado prevalência a aceitar os mais diversos pedidos de caráter individual, a variadas prestações positivas. Consta-se que, na maioria dos casos, a tutela antecipada é concedida³⁵.

Quanto à análise dos conflitos, esta tem ocorrido em sua concepção tradicional, sob o enfoque estrito da microjustiça, com algumas decisões acolhendo pedidos envolvendo elevados dispêndios³⁶; além do mais, tal como algumas vêm sendo deferidas, tendem a se prostrar no tempo, em decorrência da modificação do pedido de fármacos especificados na inicial, alterados posteriormente, gerando uma espécie de execução continuada³⁷.

Muitas vezes praticamente não há dilação probatória no processo, o que causa prejuízo à instrução, fase na qual efetivamente se efetuará a verificação da ocorrência dos elementos relativos ao mérito de cada pedido, no bojo de cujo

³⁵ Constitui exemplo o seguinte julgado:

“TUTELA À SAÚDE MEDICAMENTOS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade das pessoas jurídicas de direito público, na perspectiva de que a competência da União, não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II, do artigo 23, da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o Sistema Único de Saúde (SUS) integra a União, Estado, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. [...] Desprovements dos recursos. Reexame necessário.” Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Processo: 2003.001.3363. Apelação Cível. Relator: Desembargador Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 16/03/2004 – Sexta Câmara Cível. Acessível em: < www.tj-rj.gov.br>.

³⁶ “Constitucional. Portador de doença talassemia maior. Inexistência de tratamento no Brasil. Custeio do tratamento no exterior pelo transplante da medula óssea de doador familiar. Direito à saúde. Dever do Estado. Artigo 196 da CF. 1. Deve o Estado garantir o direito à saúde a todos os seus tutelados (artigo 196, CF). 2. O portador de doença grave que não tem cura no país (talassemia maior) tem o direito ser custeado pelo Estado em tratamento no exterior. 3. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento”. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Classe: Apelação em Mandado de Segurança nº 1999.01.001071069 (Processo: 199901001071069). Unidade da Federação: DF. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data da decisão: 16/11/2005. TRF100220540. Fonte DJ, data: 28/11/2005, p. 95. Relator: Desembargador Federal Fagundes De Deus. Acessível em: < www.trf1.gov.br> (itálico inserido).

³⁷ “Fornecimento de medicamentos. Violação ao artigo 535 do CPC. Inexistente. Modificação de fármacos. Alteração do pedido. Inocorrência. [...] II - A simples alteração de alguns medicamentos postulados na inicial não se configura como modificação do pedido, o qual é o próprio tratamento médico. III - É comum durante um tratamento médico que haja alteração dos fármacos, o que não resulta, com isso, em qualquer ofensa ao artigo 264 do CPC, pois a ação em comento encontra-se fulcrada no artigo 196 da CF/88, o qual garante o direito à saúde à população. IV - Recurso especial improvido” Superior Tribunal de Justiça. RESP – 1062960. Processo: 200801201134. UF: RS. Órgão Julgador: Primeira Turma, data da decisão: 14/10/2008, Documento: STJ000342125. Fonte DJE, data: 29/10/200, Relator Ministro Francisco Falcão. Acessível em: < www.stj.gov.br> (itálico inserido).

processo tivesse sido realizada a necessária colheita de várias provas, com cognição ampla e suficiente para o julgamento seguro do caso, por meio do efetivo desenvolvimento do princípio do contraditório, possibilitando às partes o pleno exercício de seu direito de ação, defesa e produção de provas.

Sob este ângulo de análise é paradigmática a decisão abaixo colacionada, a qual sintetiza as observações que estão colocadas em discussão em âmbito nacional, delimitando a matéria sobre as bases ora defendidas:

“Direito fundamental à saúde. Colisão de direitos. Critérios para ponderação. Análise de caso concreto.

1. *O direito fundamental à saúde encontra-se garantido na Constituição, descabendo as alegações de mera norma programática, de forma a não lhe dar eficácia.*

2. *Na interpretação constitucional há de se ter em conta a unidade da Constituição, a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a concordância prática, que impede, como solução, o sacrifício cabal de um dos direitos em relação aos outros.*

3. *Disto se seguem determinados parâmetros, no tocante ao direito fundamental à saúde, para observância:*

a) *eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde;*

b) *o direito de um paciente individualmente não pode, a priori, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde;*

c) *o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos;*

d) *havendo alternativa disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido;*

e) *o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a "medicina das evidências", devendo eventual prova pericial, afastado "conflito de interesses" em relação ao médico, demonstrar que não se aplica ao caso concreto do paciente; f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagem ou em protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável.”*³⁸

Sob outra perspectiva, constata-se que, quando se veicula a demanda sob a forma de ação coletiva ou ação civil pública, ajuizadas pelo Ministério Público e outros legitimados (v.g. associações), visando à implantação ou verificação do

³⁸ Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo nº 2007.04.000287680. UF: RS. Órgão Julgador: Terceira Turma: 15/04/2008. Documento: TRF400164161, Fonte D.E. 07/05/2008. Relator Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon. Acessível em: <www.trf4.gov.br> (negrito no original e itálico inserido).

cumprimento de uma política pública específica, a posição tem sido outra, em geral, denegatória ou de difícil aceitação.³⁹

Nota-se, pois, uma contradição nesse proceder, porque, convém reiterar, algumas decisões judiciais, em demandas individuais, são tomadas em detrimento de políticas públicas já estabelecidas sobre a questão suscitada em âmbito jurisdicional⁴⁰.

Isto ocorre a despeito de haver, inclusive, lei ou regulamentação administrativa sobre a matéria, algumas vezes ignorada ou cuja aplicação tem sido afastada, averiguando-se em certos casos, uma ausência de visão global sobre o tema ou mesmo uma prevalência da visão individualista sobre a coletiva.

Essa constatação advém do relato efetuado pelas professoras Sueli Gandolfi Dallari e Silvia Marques Badin, especificamente sobre a assistência farmacêutica, pois a maioria das ações sobre as quais se deteve a pesquisa, relacionava-se a essa questão. As autoras afirmam categoricamente que as decisões apreciadas:

“definem políticas públicas a despeito das normas jurídicas estabelecidas para assegurar a eficácia e a segurança dos medicamentos em território nacional. E como a totalidade das ações analisadas refere-se a indivíduos, pode-se concluir que em matéria de assistência farmacêutica, as decisões judiciais vêm influenciando na função de tomada de decisões coletivas com base nas necessidades individuais dos autores. [...] Quando a decisão jurídica não considera as políticas públicas,

³⁹ De acordo com a manifestação abaixo reproduzida:

“É de baixíssima intensidade estatística os volumes das decisões voltadas para políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doenças ou outros agravos de forma coletiva, bem como aqueles que afetam o meio estranho da gestão e o do financiamento público da saúde. Apesar de serem questionados em diversas ações públicas, não há decisão judicial nesse sentido em termos percentuais. A agenda judicial, portanto, é proposta pelo acúmulo de ações e decisões, notadamente disputando drogas prescritas sob os mais variados critérios”. BANDARRA, Leonardo Azeredo. Pronunciamento na qualidade de Procurador-geral de Justiça do Distrito Federal e Presidente do Conselho de Nacional dos Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União em audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, já referida. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/LEONARDO_BANDARRA.pdf>. Acesso em: 04 maio 2009.

⁴⁰ **“Tutela antecipada. Fornecimento gratuito de medicamento não padronizado. Existência de produto similar fornecido pelo poder público. Recurso provido.**

Admitindo-se, como linear petição de princípio, que, na busca na proteção da saúde e da vida, tudo é válido e nada pode ser recusado, ainda assim parece correto entender que o Judiciário não pode impor ao Executivo a obrigação de despender recursos para custear o fornecimento de qualquer remédio prescrito discricionariamente em detrimento de medicamento similar disponibilizado pelo Poder Público e utilizado por pacientes acometidos pelo mesmo tipo de moléstia.” Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 2007.054485-7. Relator: Desembargador Newton Janke (negrito no original e itálico inserido). Fonte: <www.tjrs.jus.br>.

formalizadas juridicamente, que envolvem os direitos sociais, corre o risco de atuar fora dos limites estruturais do sistema jurídico.”

De tudo quanto examinaram advieram as conclusões:

“O Poder Judiciário, ao proferir suas decisões, não toma conhecimento dos elementos constantes na política pública de medicamentos, editada conforme o direito para dar concretude ao direito social à assistência farmacêutica. E assim, vem prejudicando a tomada de decisões coletivas pelo sistema político nesse âmbito, sobrepondo as necessidades individuais dos autores dos processos às necessidades coletivas.”⁴¹

Ao assim proceder, privilegiando soluções pontuais, que atendam unicamente a direitos individuais (alguns até questionáveis, sob o ponto de vista da existência de um programa específico ou da efetiva necessidade/eficácia dessa prestação), as decisões judiciais geram implicações sobre uma política pública já existente sobre o objeto da decisão⁴².

A soma despendida para o cumprimento de mandados judiciais dispersos pode eventualmente prejudicar, tendo em vista o impacto financeiro ocasionado, a realização de um programa em funcionamento, em razão de atingir as verbas orçamentárias a este destinadas, causando por decorrência, um efeito reverso, qual seja, o prejuízo à maioria dos cidadãos.

Se a quantia empenhada para cumprir a decisão judicial for retirada de uma rubrica com a mesma finalidade, provavelmente algum paciente deixará de receber o medicamento ou o tratamento cujo fornecimento vinha ocorrendo, para ser destinado a outro cidadão que tenha obtido um provimento jurisdicional.

Colaciona-se, a título demonstrativo, a existência de previsão orçamentária para a execução de uma política pública ou algum programa de fornecimento de medicamentos, mesmo que de forma gradual, v.g., com relação a número de

⁴¹ *Garantia do Direito Social à Assistência farmacêutica no Estado de São Paulo*. Revista de Saúde Pública, 2007; 41 (1): 107-7. DALLARI, Sueli Gandolfi e MARQUES, Silvia Badin, p. 105-106. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/rsp/v41n1/15.pdf>. Acesso em: 15 novembro 2007.

⁴² Não se pode olvidar, sob outro ângulo de observação, conforme destacou na abertura da Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal sobre o SUS, o então Procurador-geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza:

“Apesar de o Ministério da Saúde e os gestores do SUS editarem inúmeros atos normativos, somente em poucas hipóteses há a previsão de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que definam minimamente qual o medicamento e o tratamento estabelecidos para o caso. Nem mesmo no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional há protocolos clínicos para todas as doenças e medicamentos.” Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernand_o_Barros_e_Silva_de_Souza___ProcuradorGeral_da_Republica.pdf>. Acesso em: 27 abril 2009.

pacientes a serem atendidos, havendo previsão de alocação de verbas para o cumprimento de determinados programas previstos em lei⁴³.

Tais programas decorrem de escolhas tanto do administrador público quanto dos legisladores, com a participação da comunidade, visto que o Plano de Saúde⁴⁴ é formulado tendo em conta as especificidades da comunidade local, onde estão inseridos os cidadãos que serão atingidos por essa previsão de metas a serem alcançadas, conforme a referida pactuação.

Em virtude das situações destacadas, tem sido ressaltado que o grande número de decisões judiciais sobre fornecimento de medicamentos ocasiona uma desorganização do sistema, bem como gera impactos importantes nos orçamentos dos entes estatais responsáveis por atender às prestações postuladas.

Um levantamento efetuado pelo Ministério da Saúde revela que em 2008 foram gastos cinquenta e dois milhões de reais para atender a ações judiciais para a aquisição de medicamentos⁴⁵, o triplo do valor gasto em 2007. Em três anos, o aumento dos custos com a judicialização foi de quase 2.000% e nesses valores não estão incluídos os gastos dos Estados⁴⁶:

⁴³ Se necessário, pode ser instaurada uma apuração para mensurar se os recursos orçamentários destinados a esse programa são suficientes, no tocante ao atendimento integral e universal; para tanto, é necessário efetuar uma investigação quanto a isto, em um procedimento que possibilite a utilização de uma gama de instrumentos para a sua instrução; no caso, o inquérito civil público, onde seja estabelecido o foro adequado para a análise e questionamento da eficácia da política pública com relação ao atendimento de todos os possíveis utentes, entre outros aspectos passíveis de avaliação, possibilitando também o diálogo com representantes dos órgãos públicos e da sociedade.

⁴⁴ O artigo 15 da Lei nº 8.080/90 estabelece a atribuição dos três entes da federação de elaborarem e atualizarem periodicamente o referido plano, o qual contém o elenco de ações e serviços de saúde a serem desenvolvidos pelos entes federativos nos seus espectros de abrangência. Esse plano contempla a participação da comunidade em sua elaboração por meio dos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde.

⁴⁵ Dados reproduzidos da matéria publicada recentemente em 09 de janeiro de 2009, no jornal Folha de São Paulo, sob a manchete **Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0901200901.htm>>, acesso na mesma data.

⁴⁶ “Em Minas Gerais, por exemplo, foram 390 ações do tipo em 2004, e 1.744 no ano passado. A estimativa do Estado é ter um gasto de R\$40 milhões neste ano com o pagamento de medicamentos reivindicados por meio das ações judiciais.

[...] A Secretaria de Saúde do Rio Grande do Sul adota uma estratégia similar à do Rio para reduzir a “judicialização” na saúde. Segundo Bruno Naldorf, coordenador da assessoria jurídica da secretaria, desde o ano passado os estoques de medicamentos estão regulares e o órgão tem conseguido mais recursos na área, por meio de melhores oportunidades de compras. [...] O Rio Grande do Sul é um dos campeões do país em bloqueios orçamentários - o Estado gasta uma média de R\$6,5 milhões por mês com o cumprimento de decisões judiciais. Em 2007, o Estado enfrentou 7,9 mil ações judiciais e, neste ano, já são 4,5 mil.

Ao que se sabe São Paulo é o Estado que mais gasta com o fornecimento de remédios via judicial. Desde 2002 foram ajuizadas 25 mil ações. Para Luiz Duarte de Oliveira, procurador do Estado

“O alto custo das medicações, especialmente as drogas oncológicas, tem gerado discussão em todo o mundo. A França, por exemplo, decide se concede ou não uma nova droga após uma comissão avaliar o perfil do paciente e a eficácia da terapia. Já a Alemanha define, de antemão, os tratamentos e remédios que são reembolsáveis.

No Reino Unido, é o Instituto Nacional de Saúde e Excelência Clínica (Nice) que aprova os medicamentos aos quais os pacientes terão acesso. Em 2007, porém, uma decisão do órgão - que foi revogada - causou grande polêmica. Ela estabelecia um limite de pagamento de US\$ 22.750 por uma droga oncológica que oferecia uma sobrevida de seis meses.

Segundo Andreas Seiter, especialista em saúde do Banco Mundial, durante vários anos a Inglaterra foi praticamente o único país a adotar a relação custo e efetividade para decidir quanto pagar por determinada droga. “Agora, o modelo tem influenciado políticas de saúde de países como Áustria, Brasil, Colômbia e Tailândia”, diz ele.”⁴⁷

É imperioso observar, ainda, que podem ser ocasionados riscos de várias espécies em casos de concessão de decisões favoráveis a tratamentos e ou medicamentos cuja eficácia não seja comprovada ou sequer ainda tenham sido analisados pela ANVISA⁴⁸, a Agência de Vigilância Sanitária encarregada de

responsável pela área, a maioria das ações não tem razão de existir. [...] afirma que o gasto *per capita* de pacientes atendidos judicialmente é muito mais alto do que aqueles que buscam o SUS - em 2006, por exemplo, foram gastos R\$300 milhões com ações judiciais, ao passo que o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do Estado atendeu a 300 mil pessoas, com um custo de R\$838 milhões. “O Poder Judiciário tem privilegiado quem primeiro aporta na Justiça, e não no sistema de saúde”, diz.

No entanto, [...] algumas associações de pacientes reclamam que não há medicamentos disponíveis. “A maioria dos medicamentos para câncer não consta na lista do SUS”, afirma Maria do Rosário Costa Mauger, da Associação Brasileira de Pacientes com Esclerose Sistêmica. Já para Sérgio Sampaio, presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, que auxilia pacientes com fibrose cística, é possível evitar os processos. “Segundo ele, por meio de ações junto às secretarias estaduais foi possível regularizar o fornecimento de medicamentos e forçar a criação de leis estaduais com essa finalidade.” Dados constantes da matéria publicada sob a manchete: **STF definirá destino da avalanche de liminares contra SUS na justiça**. Jornal Valor Econômico, 1º de agosto de 2008.

⁴⁷ Folha de São Paulo. **Triplicam as ações judiciais para obter medicamentos**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/saude/sd0901200901.htm>>. Acesso em: 09 jan. 2009.

⁴⁸ “Para o registro de medicamentos, sejam eles similares, genéricos ou medicamentos novos, é necessário fazer uma série de avaliações. [...] É que chamamos de avaliação farmacotécnica através da caracterização físico-química de princípios ativos e propriedades farmacêuticas.

Para se conceder um registro, é preciso que a fábrica consiga reproduzir em larga escala aquilo que ela apresenta no seu dossiê. Então, nenhum produto é liberado para fabricação sem a Certificação de Boas Práticas de Fabrico por uma indústria, as rãs de síntese, os testes de avaliações farmacotécnicas, os estudos de estabilidade e os testes de controle de qualidade. Isso é requerido para todo produto, independentemente da classe onde ele está colocado. [...] Por fim, o uso racional de medicamentos é o que tem de ser perseguido depois do registro desse produto. Então, segundo a OMS, o uso racional de medicamentos é quando o paciente recebe medicamentos apropriados para suas condições clínicas, em doses adequadas às suas necessidades individuais, e por um período adequado e ao menor custo para si e para a comunidade.” MELLO, Dirceu Raposo. Manifestação como Diretor Presidente da Agência Nacional de Vigilância

efetuar o registro de medicamentos no País⁴⁹. Isto se e quando a determinação judicial estiver fundada na consideração da prevalência do direito à vida e à dignidade, mas sem avaliar o ponto suscitado, ou seja, mesmo antes de a eficácia ou a validade do tratamento ou medicamento tiver sido observada e aprovada por técnicos encarregados dessa atividade⁵⁰.

Em recente julgado o Tribunal Regional Federal da 4ª Região considerou imprescindível a avaliação desses dados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. SISTEMA ÚNICO DA SAÚDE - SUS. EFICÁCIA IMEDIATA. PRESTAÇÃO POSITIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. PROPORCIONALIDADE. [...]”

4. O direito ao fornecimento de medicamentos deve considerar a competência orçamentária do legislador, a reserva do possível e a eficiência da atividade administrativa, sem perder de vista a relevância primordial da preservação do direito à vida e o direito à saúde.

5. Nesta atividade concretizadora e à luz dos princípios informadores do SUS (da universalidade, da integralidade e da gratuidade), deve-se atentar para que:

a) eventual provimento judicial concessivo de medicamento acabe, involuntariamente, prejudicando a saúde do cidadão cujo direito se quer proteger, em contrariedade completa com o princípio bioético da beneficência, cujo conteúdo informa o direito à saúde;

b) eventual concessão não cause danos e prejuízos relevantes para o

Sanitária – ANVISA no ato público realizado sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, acima referido. Fonte:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf>. Acesso em: 04 maio de 2009.

⁴⁹ Para a incorporação desses medicamentos para oferta obrigatória pelos órgãos públicos, existe a CITEC – Comissão de Incorporação de Tecnologia - Ministério da Saúde, encarregada de estabelecer protocolos e diretrizes clínicas para o uso racional desses fármacos pelos pacientes.

⁵⁰ **“Constitucional e processual civil – agravo de instrumento – AIDS – liberação de medicamentos junto ao SUS.**

1. A Lei nº 9.313/96, em seu artigo 1º, determina que: “Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.”

2. *O fato do remédio indicado não fazer parte do consenso terapêutico do Ministério da Saúde não o exclui do tratamento. Os parágrafos 1º e 2º, do artigo 1º, da Lei nº 9.313/96, apenas prescrevem que o Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados, em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, mas, isso, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelo SUS (Sistema Único de Saúde).*

3. *A padronização de terapias fica sujeita não só à revisão anual, como a essa revisão toda vez que se fizer necessária.*

4. Agravo de instrumento improvido e agravo regimental prejudicado”. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGV – 81443. Processo nº: 2001.02.01.0287528. Unidade da Federação: Rio de Janeiro. Órgão Julgador: Primeira Turma, Data da decisão: 09/09/2002, Documento: TRF2 200086404, Fonte DJU - Data: 25/10/2002 – Página: 328. Relator: Desembargador Federal Luiz Antonio Soares. Acessível em: <www.trf2.gov.br>, será modificado para <www.trf2.jus.br> (negrito no original e itálico inserido para destaque).

funcionamento do serviço público de saúde, o que pode vir em detrimento do direito à saúde de outros cidadãos;

c) não haja prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo, em contrariedade ao princípio da concordância prática na concorrência de direitos fundamentais.

6. Admite-se como prova suficiente para a antecipação da tutela judicial, antes mesmo de perícia exaustiva, manifestações médicas e informações que demonstrem a propriedade do tratamento demandado, a inexistência de alternativa aceitável no âmbito dos recursos disponibilizados no sistema público de saúde e a aprovação do medicamento ou tratamento pela ANVISA e/ou outros órgãos competentes. 7. Agravo improvido, eis que não comprovada a necessidade de utilização do medicamento”.⁵¹

Voltando pois, à perspectiva da judicialização, essa importante ocorrência com denominação advinda do contexto tratado no item 4.1 supra, tem sido cunhado especificamente como “judicialização da saúde”, em razão da existência de uma verdadeira avalanche de lides, a qual, por sua vez, causa muita repercussão e polêmica. Desta forma, inúmeros levantamentos sob bases empíricas têm sido efetuados, os quais foram verificados para consubstanciar as assertivas aqui exaradas.

Entre eles, a pesquisa efetuada sob a coordenação de Mário Scheffer, no bojo da qual foram analisados argumentos judiciais em aproximadamente quatrocentos casos. Estes envolviam julgados do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, os cinco Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Rio de Janeiro, Ceará e o Distrito Federal.

Realizou-se todo um esforço histórico sobre as primeiras iniciativas de postulação judicial, envolvendo medicação destinada a tratamento de pacientes infectados pelo vírus HIV e posteriormente acometidos pela AIDS, lembrando o importante papel dessas iniciativas:

“As ações judiciais ao mesmo tempo em que materializam direitos previstos na Constituição Federal e na legislação infra-constitucional, exigem medidas por parte do Poder Público não apenas para dar cumprimento às ordens judiciais, mas também para aprimorar a política brasileira de acesso universal a exames e medicamentos anti-AIDS.

⁵¹ Tribunal Regional da Quarta Região. Classe: Agravo. Processo nº 2008.04.000298577 – SC. Órgão Julgador: Terceira Turma. Data da decisão: 16/12/2008. Documento: TRF400176017, Fonte D.E. 11/02/2009. Relator Juiz Roger Raupp Rios. Acessível em: <www.trf4.gov> (itálico inserido).

As vitórias na Justiça demonstram o reconhecimento do direito à saúde e do papel do movimento organizado na luta contra a AIDS e na defesa da cidadania. [...] Os resultados das ações que obrigam o fornecimento de novos medicamentos podem ser considerados avanços obtidos pelas ONGs, pelo Ministério Público e pelos cidadãos, além de servirem de precedentes para a reivindicação do direito à saúde em outras searas.”⁵²

O trabalho intitulado *O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso da AIDS*, elaborado em julho de 2004, igualmente contém a base empírica, amparada em jurisprudência coligida com relação ao Estado de São Paulo, cuja análise cingiu-se à fundamentação judicial utilizada para conceder ou denegar o pleito. Entre outras assertivas, a síntese final foi enfática em ressaltar que a tutela jurisdicional relativa à política pública, objeto em comento, não respeita a natureza coletiva, ainda tratando o conflito de forma fragmentada, nos moldes “liberais-clássicos”:

“Em outros termos, há uma contradição entre interesses individualmente postulados, a política pública e o papel desempenhado pelo Judiciário. A emergência desses direitos de caráter coletivo trouxe consigo a necessária construção, no plano processual, de mecanismos que possibilitassem a defesa desses direitos.”⁵³

⁵² Mas vale considerar, igualmente, o alerta de Miriam Ventura sobre a limitação das decisões judiciais que “apesar de regular e intervir em determinadas relações, não conseguem interferir diretamente na lógica de algumas políticas, dependendo de outras estratégias que potencializem os resultados e estabeleçam políticas governamentais e setoriais que previnam futuras violações”.

[...] A conclusão a que se chega é que as ações e decisões judiciais são conseqüências do amadurecimento da organização da sociedade, de um lado, e, de outro, das deficiências da Administração Pública. São os mecanismos e o processo de incorporação de novos medicamentos na rede pública que devem ser melhor compreendidos, aperfeiçoados e agilizados. Isso poderá, senão eliminar, certamente diminuir significativamente a necessidade de ações judiciais e, conseqüentemente, o “impacto” do SUS. *Remédio via Justiça*. SCHEFFER, Mário (coord.), GROU, Karina Bozola e SALAZAR, Andréa Lazzarini. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2007.

⁵³ OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos, Ana Mara França Machado, André Vereta Nahoum, Brisa Lopes de Mello Ferrão, Camila Duran Ferreira, Evorah Lusci Costa Cardoso, Leandro Alexi Franco, Marcele Garcia Guerra, Marco Aurélio Cezarino Braga, Rafael Diniz Pucci, Vinícius Correa Buranelli. *Os Desafios das Políticas Sociais no Brasil. O Judiciário e as Políticas de Saúde no Brasil: o Caso da AIDS*, elaborado em julho de 2004. Disponível em: <<http://www.usp.br/nepaids/monoipeapet.pdf>>. Acesso em: 15/11/2007. Esse trabalho, pela excelência de sua qualidade, recebeu um prêmio concedido pelo IPEA – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas no ano de 2004, tendo sido realizada sob a coordenação José Eduardo Faria (coordenador geral do grupo) e de Diogo R. Coutinho (coordenador da pesquisa), conforme consignado por Virgílio Afonso da Silva no artigo **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais**, o qual aborda os resultados dessa pesquisa e analisa o assunto com base na síntese dela advindas. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 594 e ss.

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro também foram desenvolvidos estudos nesse sentido. Entre eles, é oportuno colacionar um concernente a determinações judiciais para garantia do acesso a medicamentos, destacando-se trecho de suas conclusões:

“Percebe-se, ainda, relativa despreocupação das instâncias condutoras e julgadoras das ações com as questões relativas ao uso racional dos medicamentos e os possíveis danos oriundos da má indicação e do mau uso. Além disso, a alternância entre medicamentos mais pleiteados no decorrer dos últimos anos, o que não se explica por “surto” de determinada condição patológica, leva a supor que essas tendências de utilização se devam à introdução de inovações terapêuticas (fato corroborado pelas inclusões nas listas de financiamento público) e ao descumprimento de protocolos clínicos pelos prescritores.”⁵⁴

Regina Lúcia Dodds Bomfim também efetuou um amplo levantamento sobre o direito à saúde sob a vertente do acesso universal, tendo em vista o impacto das demandas judiciais em relação aos gestores do Sistema Único de Saúde – SUS, visto ter consignado que, em sua maioria (85%), relacionavam-se ao fornecimento de medicamentos.

Ressaltou, em sua meticulosa análise, os componentes normativos, a posição dos agentes envolvidos sob a ótica de sua inserção em um dos três Poderes da República e do Ministério Público, tendo verificado aproximadamente doze mil processos referentes a temas de saúde (excluindo os relativos a erros médicos), identificando três núcleos causais como conclusão.

O primeiro refere-se a fatores concernentes à efetivação do direito à saúde no tocante a aspectos administrativos, principalmente financeiros, pois, conforme seu relato, consiste no fato de que a atual Constituição conferiu amplitude ao direito à saúde, estabelecendo uma inovadora configuração do respectivo sistema.

Mas, como ressaltado, deixou em aberto a definição dos percentuais de recursos da seguridade social que seriam destinados à Saúde, – lacuna esta posteriormente suprida pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, também já especificada – e outras questões cruciais. Não houve também determinação sobre quais seriam as ações de saúde a serem desenvolvidas pelos serviços públicos, como ocorreriam os repasses de recursos federais para Estados e Municípios, as

⁵⁴ MESSEDER, Ana Marcia, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, Vera Lúcia Luiza. *Mandado Judiciais como Ferramenta para Garantia do Acesso a Medicamentos no Setor Público: a Experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil*. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 21(2):525-534, mar-abr, 2005. Constante em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v21n2/19.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2008.

quais ficaram para serem regulamentadas posteriormente, sendo algumas delas especificadas pela Lei Orgânica de Saúde.

O segundo núcleo causal contempla aspectos relativos à aceitação pelos juízes, a princípio, sem contestação nenhuma, das prescrições médicas, apontando inúmeras situações objeto de questionamento pela Administração, pois:

“O “Estado” Judiciário vem atuando com o entendimento de que, sistematicamente o “Estado” Executivo está descumprindo seu dever de assegurar o acesso a ações e serviços de saúde, o que vem sendo severamente criticado por muitos dos atores entrevistados, principalmente os gestores do SUS. “É possível que este tensionamento possa estar sendo agravado por um outro fator determinante, relacionado, mais uma vez, a indeterminações do texto constitucional.” (p. 149-150).

Finalmente, o terceiro, referente à forma como os gestores vêm conduzindo o respectivo sistema de saúde com respeito ao impacto causado pelas demandas judiciais, tanto com relação a aspectos administrativos quanto financeiros, pelas três instâncias:

“foram aplicados recursos para pagamento de medicamentos essenciais, excepcionais e medicamentos estratégicos ou de alto custo pelos 3 entes, descaracterizando as padronizações de responsabilização dos gestores definidas nas Políticas Nacionais de Assistência Farmacêutica. Estes gastos, sem dúvida, deveriam fazer parte da pauta de discussões das Comissões Intergestores para viabilizar o ressarcimento entre os entes, uma vez que existem recursos federais transferidos pra este fim, como verificamos nas tabelas relativas aos repasses do bloco financeiro de assistência farmacêutica, além dos recursos próprios de cada instância de governo, alocados segundo a responsabilização pactuada nas Políticas Nacionais.”⁵⁵.

Assim a indefinição sobre quais medicamentos e tratamentos devem ser custeados pelo poder público e o elevado número de ações judiciais sobre a

⁵⁵ “Observou-se aqui as dificuldades pelas quais os gestores do SUS vêm atravessando para cumprir os preceitos constitucionais de garantir o acesso integral e igualitário aos serviços de saúde podem decorrer ainda (a) de um possível confronto/conflito estabelecido no âmbito do Judiciário, entre o direito individual, cuja lógica é privada e o coletivo, de interesse da saúde pública; (b) de exigências crescentes e legítimas da nossa sociedade para garantir largamente seus direitos. Esta população, assim como a classe médica e o aparelho formador pode estar, por vezes, sendo impulsionada pelas pressões da indústria de medicamentos e outros produtos de saúde verificada na mídia ou na prática médica.” BOMFIM, Regina Lúcia Dodds, p. 146-156. *Agenda Única da Saúde – A Busca do Acesso Universal e a Garantia do Direito à Saúde*. Tese de Doutorado. IMS – Instituto de Medicina Social da UERJ – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2008, p. 154-155. Disponível em: <<http://bases.homolog.bireme.br/cgi-bin/wxislind.exe/iah/online/?IsisScript=iah/iah.xis&nextAction=lnk&base=LILACS-idb&lang=p&indexSearch=MH&exprSearch=DIREITO%20A%20SAUDE>>. Acesso em: 29 out. 2008.

matéria, ocasionaram a necessidade de se prever uma regulamentação mais detalhada, por meio de lei específica, ser editada, conforme ressaltado.

O quadro envolvendo a chamada “judicialização da saúde”, consistente na averiguação sobre a existência de um excesso de demandas postulando prestações relacionadas a esse direito, tomou uma enorme proporção. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal designou uma audiência pública para a discussão da questão. Realizada durante os dias 27 a 29 e abril e 04 a 07 de maio de 2009, nela foram abordados vários pontos importantes concernentes ao Sistema Único de Saúde – SUS, os quais têm sido objeto das inúmeras ações judiciais existentes em todo o país.

O escopo da designação desse ato público, destacando a importância conferida ao assunto, foi o de auxiliar o julgamento de inúmeros recursos e diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito da Presidência do Supremo Tribunal Federal, os quais suscitam inúmeras alegações de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas.

Além disto, foi estabelecida, nesses casos, a repercussão geral e o interesse público, aliados à relevância dos temas suscitados nessas decisões que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Entre estas, como exemplo: insumos médicos e hospitalares em geral, medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; outras relacionadas ao próprio serviço de saúde, entre as quais, a criação de vagas em hospitais, a contratação em caráter emergencial de servidores e posterior realização de concurso público; tratamentos específicos: realização de cirurgias várias; custeio de tratamentos fora do domicílio e no exterior etc.

Na ocasião efetuaram-se exposições e ocorreram depoimentos de diferentes segmentos sociais. Estiveram presentes e fizeram uso da palavra representantes de associações de pacientes; técnicos tanto da área jurídica, quanto médica quer do setor privado, quer do setor público (envolvendo atendimento e pesquisa). E ainda, representantes de pessoas jurídicas de direito público e privado: Ministério da Saúde, Estados e Municípios.

Todos os envolvidos possuíam experiência e conhecimento em matérias afetas à saúde, bem como quanto ao seu financiamento e procuraram esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas

relativas às ações de prestação de saúde. Os pontos abordados nos seis dias de transcurso dos trabalhos foram:

- “1) responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde;
- 2) obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido formulado previamente à Administração Pública;
- 3) obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes;
- 4) obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS;
- 5) obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS e 6) fraudes ao Sistema Único de Saúde”.⁵⁶

Questões afetas a essa cena aqui esboçada são objeto diuturno de ações judiciais que ingressam nas mais diferentes cidades e regiões do país, com as quais se debruçam os magistrados e, como se depreende, demandam uma análise complexa dessa intrincada teia que é o sistema de saúde brasileiro⁵⁷.

Destacou-se, contudo, que em alguns aspectos existem lacunas ou vácuos legislativos, como por hipótese, a dúvida sobre a abrangência das prestações dentro do conceito de integralidade: quais devem ser custeadas pelo Estado, os medicamentos cujo fornecimento deveria ser obrigatório⁵⁸, acrescidos aos já contemplados nas chamadas listas oficiais pelos respectivos entes da federação etc⁵⁹.

⁵⁶ Conforme listagem constante no despacho convocatório. http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf, acesso em: 11 de março de 2009.

⁵⁷ As exposições efetuadas, os aspectos técnicos e alguns textos dos expositores encontram-se disponíveis no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude>>), onde consta toda a documentação relativa à referida audiência pública, inclusive com um levantamento efetuado pela Secretaria de Documentação da Biblioteca Ministro Victor Nunes Aval do Supremo Tribunal Federal denominado *Saúde Pública – Bibliografia, Legislação, Jurisprudências Temáticas* - abril, 2009, contendo inclusive, textos encaminhados pela sociedade brasileira por ocasião da realização desse evento.

⁵⁸ “Desde março, a Secretaria Estadual de Saúde do Rio de Janeiro tem fechado acordos com a Defensoria Pública - que é parte em cerca de 90% dessas ações judiciais -, para que, em casos que pleiteiam medicamentos que estão na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), o órgão oficie a secretaria antes de tentar a via judicial. Além disso, o Estado conseguiu regularizar vários estoques de medicamentos. O programa de fornecimento de medicamentos de alto custo do Estado tem hoje 20 mil pacientes cadastrados, e atendeu, em 2008, 30% a mais do que no ano anterior. Ainda assim, os gastos com ações judiciais continuam a aumentar - em 2005, o órgão usou R\$ 5 milhões para esse fim, enquanto que em 2008 a previsão é de R\$30 milhões.” Dados constantes da matéria publicada sob a manchete: **STF definirá destino da avalanche de liminares contra SUS na justiça**. *Jornal Valor Econômico*, 1º de agosto de 2008.

⁵⁹ “Medicamentos. Tutela antecipada. Agravo de instrumento. Recurso desprovido.

1. “Presentes os pressupostos legais, traduzidos essencialmente no binômio *fumus boni juris* e

Encontra-se também aguardando julgamento perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 56647-1, interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, com relação a uma decisão do Tribunal de Justiça daquele Estado para o fornecimento de medicamento de alto custo e não previsto no Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, que assegura o custeio dos fármacos relacionados, por todos os entes federados.

Esse caso será julgado sob o critério da repercussão geral, *status* conferido a questões relevantes do ponto de vista social, econômico, político ou jurídico⁶⁰. A decisão a ser proferida servirá como orientação para todas de igual natureza e influenciará o julgamento de milhares de ações propostas por pacientes contra os três entes da Federação, com base no princípio da solidariedade⁶¹.

O parecer do Ministério Público Federal representado pelo Subprocurador Geral da República que o subscreveu, abrangeu todos os aspectos relevantes da controvérsia, os quais praticamente espelham a síntese efetivada neste trabalho, ou seja, a existência de um aparente antagonismo entre dois valores protegidos pela Constituição.

De um lado, o direito do cidadão à prestação de serviços que garantam a sua vida e saúde. E de outro, o “dever-poder” do Estado de, ao gerenciar os escassos recursos disponíveis, tornar efetivas as prestações universais de saúde, de forma a atingir toda a coletividade, sem ofender o princípio da legalidade orçamentária, levando em conta que as verbas disponíveis não são infundáveis.

periculum in mora, tem a parte direito subjetivo à tutela de urgência apta a impedir que 'inevitável demora da prestação jurisdicional seja capaz simplesmente de inviabilizar, pelo menos do ponto de vista prático, a proteção do direito postulado' (Barbosa Moreira)” (AI nº 2004.028027-7, Des. Newton Trisotto).

2. Estabelecida a premissa de que a União, os Estados e os Municípios são solidariamente responsáveis por fornecer medicamentos àqueles que os solicitarem (AgRgAI nº 886.974, Min. João Otávio de Noronha; AgRgAI nº 858.899, José Delgado; AgRgAI nº 842.866, Min. Luiz Fux), não há como exonerar o município dessa obrigação, mesmo a pretexto de o medicamento não constar da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), definida pelo Ministério da Saúde, ou de ser de elevado custo. Ademais, só o fato de o medicamento ter sido receitado conduz à presunção de ser necessário ao tratamento do paciente; apenas prova ou fortes indícios poderiam ilidi-la.” Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível nº 2007.057266-7, de Braço do Norte. Relator Desembargador Newton Trisotto. Acessível em: < www.tj.sc.gov.br>.

⁶⁰ Artigo 543-A do Código de Processo Civil: [...] § 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

⁶¹ A Defensoria Pública também preocupada com a questão, pleiteou a edição de uma súmula (Proposta de Súmula Vinculante nº 04) a respeito da discussão sobre a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos pelo Estado em ações judiciais movidas por pacientes da rede pública.

Fonte: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 27 abril 2009.

A solução aventada neste caso específico, com base em apontada doutrina e jurisprudência dominante na Corte Suprema foi no sentido de negar-se provimento ao apelo extremo⁶².

Em virtude de tudo quanto foi exposto, evidencia-se a tensão existente entre a necessidade individual, e por outro, o dever do Estado de prover o acesso universal e igualitário a prestações de saúde para sua promoção e recuperação, consoante o mandamento constitucional.

O drama desse conflito aqui exposto também se revelou nas palavras do Ministro Gilmar Ferreira Mendes quando da abertura da mencionada Audiência Pública. Ressaltou, nessa ocasião, os dilemas enfrentados pelos magistrados, especialmente os de primeira instância, em casos onde existem verdadeiras escolhas difíceis, pois são colocados diante de situações de vida ou morte ou, como lembrou na seguinte passagem:

“Em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão a sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde. Não raro escutamos de gestores do sistema a seguinte frase: - “O juiz me mandou internar um paciente, imediatamente, numa unidade de Tratamento Intensivo, mas não me disse qual paciente retirar para dar lugar ao novo! “⁶³.

Para arrematar, conectando a controvérsia realçada neste capítulo, resta também indagar como tem sido efetuada a ponderação entre esses direitos postos em confronto. Sob uma perspectiva, o direito individual, visível de plano, de um autor com rosto nos autos. E sob outra, o direito coletivo, – de uma gama de indivíduos, dispersos na sociedade, mas também visíveis.

Estes últimos são perfeitamente identificáveis pois são aqueles que se encontram nas filas dos postos de saúde, dos hospitais, padecendo por falta de atendimento, dos acometidos por doenças endêmicas, da falta de tratamento para doenças ditas negligenciadas, que atingem as camadas da população mais destituídas de recursos financeiros etc.–, cujo adimplemento ocorre, como afirmado, pela realização de medidas contidas em políticas públicas⁶⁴.

⁶² O original encontra-se encartado nos autos suprarreferidos, de onde foi obtida uma cópia.

⁶³ <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>. Acesso em: 28 abril 2009.

⁶⁴ Sobre esse ponto manifestou-se Ingo Sarlet, na audiência pública acima consignada: “Mas há campos de aperfeiçoamento. Aqui, talvez, as lições, a África do Sul, da Corte Constitucional, com

É imprescindível, portanto, perquirir sobre qual a forma de controle jurisdicional desses atos públicos, pois, aparentemente, isto tem ocorrido na arena judicial apenas pontualmente, somente a respeito de algum item, tal como a falta de entrega ou disponibilização de medicamentos, o principal problema de saúde discutido em juízo, como visto.

Deve ser sopesado, por outro lado, consoante acima ressaltado, a forma de garantir o direito universal de acesso à proteção à saúde: objeto de reflexão no item a seguir.

4.5

Discussão sobre parâmetros para decisões judiciais.

Antes de adentrar em considerações específicas sobre o cenário a ser apresentado, convém remarcar, para não pairar qualquer dúvida, que o objetivo da perspectiva aqui adotada não é a de apontar mais um motivo para eventualmente se negar a postulação cujo objeto seja a prestação jurisdicional da saúde como direito subjetivo, diretamente acionável pelo cidadão⁶⁵.

Isto se e quando presentes os requisitos de relevância e urgência do pedido, de acordo com a previsão do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, existindo prova inequívoca da alegação e sua verossimilhança, bem como a possibilidade de dano irreversível, o juiz poderá conceder a tutela antecipada, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, considerando eventual risco à saúde do postulante.

decisões, têm interagido com os demais Poderes cobrando planos e cronogramas, perdão, de execução, pode ser produtiva. Assessoria técnica que já foi implantada em alguns Estados, com alguns exemplos muito positivos, para balizar decisões em casos concretos e especialmente não esvaziar o poder do juiz de, no caso concreto, fazer o devido exame, mas cobrar do juiz a responsabilidade de não achar que está fazendo justiça em caso individual, mediante uma mera requisição de uma paciente que sequer o rosto ele enxergou, com uma liminar já pré-impressa, ou já pronta, no computador, uma petição inicial já pronta, da defensoria pública, e um parecer do Ministério Público, já pronto, anexado ao processo, sem sequer fazer um exame mais criterioso, como se saúde fosse direito líquido e certo e não fosse um direito que deveria ser adequado às peculiaridades individuais ou mesmo de certos grupos da população.” *In* <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>. Acesso em: 28 abril 2009.

⁶⁵ Não serão novamente enfocados alguns aspectos já referidos quanto à definição dos direitos sociais, sua estrutura e exigibilidade, bem como algumas objeções opostas com relação a provimentos judiciais favoráveis à concessão de tais direitos e, ainda, todas as possíveis críticas aventadas, mencionando apenas algumas delas ao longo do texto.

Releva também ressaltar que, nessa hipótese, o magistrado avalie efetivamente o suposto risco à saúde implicado e não somente se submeta, sem questionamento ou verificação, à alegação de que, por se tratar desse direito, inevitavelmente existe o risco à vida da pessoa, sem analisar detidamente o caso, proferindo uma decisão de aceitação do pedido, com base na aplicação da cláusula geral contida no artigo 196 da Constituição Federal⁶⁶.

Nesta sede, traz-se à colação uma das críticas apontadas com relação à atividade judicial nesses assuntos, referente ao reconhecimento de que a natureza do conflito não permite a adjudicação tradicional, conforme assevera José Reinaldo de Lima Lopes.

Anota, ainda, que tal como se encontra a situação atualmente, ou seja, a existência de excesso de demandas individuais, ocasiona um exacerbamento do individualismo. Esta situação advém do fato de que, questões consideradas como coletivas (universais) são tratadas apenas como se fossem de índole individual.

Contudo, sustenta não se tratar de colocar a defesa de apenas um cidadão com relação ao Estado *lato sensu*; mas de considerar o verdadeiro problema suscitado em uma disputa desse tipo, ou seja, a extensão dos direitos de um indivíduo ou grupo de cidadãos, levando em conta não apenas o “dever” de uma só pessoa, o Estado, mas também os direitos dos outros indivíduos e grupos.

Seguindo seu pensamento, ocorre o superdimensionamento do individualismo, caracterizando o apoio ao cidadão “predador” ou o “efeito carona” nas sociedades periféricas, transferindo aos tribunais a administração de conflitos por meio de “ordens-programa”⁶⁷.

As reflexões ora efetuadas estendem-se para o fato de que, na motivação das sentenças sobre o direito de proteção à saúde seja utilizado um aporte teórico apto a proporcionar a adequada fundamentação, baseando-se em parâmetros racionais e razoáveis⁶⁸ para justificar a eventual quebra do princípio da isonomia,

⁶⁶ De acordo com as indicações contidas na fala do Professor Ingo Sarlet, na audiência pública sobre o SUS acima comentada e outras observações constantes do item anterior.

⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2006.

⁶⁸ Não constitui objeto de detida análise as teorias da argumentação jurídica, razão pela qual apenas faz-se menção de que sua formulação pode ser encontrada em algumas obras, tais como: ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica - A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. ATIENZA, Manuel. *As Razões do Direito - Teorias da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Editora, 2000. GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral. Justificação e Aplicação*. Trad. Claudio Molz (coordenação, revisão técnica e introdução à edição brasileira Luiz Moreira). São Paulo: Landy, 2004. MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica*

visto que este também é um dos efeitos vislumbrados a partir do conteúdo de decisões que desconsideram a universalidade do direito de proteção à saúde.

A fim de obter esse intento sejam esgrimidos argumentos suficientes para possibilitar a aceitabilidade da comunidade jurídica e dos cidadãos em geral. Sob tal premissa, esses pronunciamentos judiciais devem conter a devida e necessária justificação porquanto serão mais legítimos quanto mais universal puder ser sua abrangência, acrescentando-se que sua legitimação também decorre da aceitação da comunidade jurídica e dos cidadãos em geral (auditório universal) ⁶⁹.

Logo, cumpre assinalar a necessidade de se conferir racionalidade às decisões judiciais sobre os temas relacionados à saúde, atualmente em intenso debate na sociedade brasileira, baseando-se em parâmetros mínimos de aceitabilidade quanto ao enfrentamento das escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo.

Consoante demonstrado, existe um cipoal de decisões, as quais, embora representem um avanço em termos de reconhecimento de direitos, podem colocar em risco a garantia de acesso à justiça em situações realmente necessárias, visto que o Poder Judiciário é considerado como a trincheira onde serão definitivamente garantidos os direitos fundamentais sociais.

Também existe algum regramento sobre a matéria, conforme exposto anteriormente, mas há muita omissão e atuação insuficiente do poder público quanto a esse dever estatal. Desta forma, afigura-se a legitimidade dos cidadãos,

e Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Trad. Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michel.

Em nosso país vários autores discorreram sobre o tema, como exemplo: LACOMBE, Margarida. *Hermenêutica e Argumentação; uma Contribuição ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. DOBROWOLSKI, Samantha. *A Justificação do Direito e sua Adequação Social – uma abordagem a partir da teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.

BUSTAMANTE, Thomas. *Teoria do Direito e da Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁶⁹ O objeto da teoria da argumentação ‘é o estudo das técnicas discursivas que *permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento*’ PERELMAN, Chaïn e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação. A Nova Retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, Trad. Maria Ermantina G. Pereira), p. 4 (em itálico, no original).

“[...] o conceito basilar em sua teoria e o que tem despertado maior repercussão na moderna Teoria da Argumentação Jurídica – o de auditório: “*conjunto daqueles que orador quer influenciar com sua argumentação*” (PERELMAN. *Tratado*, p. 16 (Em itálico, no original) apud DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *Justificação do Direito e sua Adequação Social – Uma Abordagem a Partir da Teoria de Aulis Aarnio*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 38.

em ações individuais, e do Ministério Público e demais legitimados, para as ações coletivas, para acionarem o Poder Judiciário.

Nota-se, porém, quando em relevo o direito individual, as decisões judiciais são proferidas de uma forma quase “indiscriminada”, sem proceder a uma análise criteriosa da demanda.

Essa assertiva mais uma vez está consubstanciada em hipóteses recolhidas em acervo de dados sobre o tema, cuja avaliação alcançou aproximadamente dez mil casos, incluindo processos envolvendo saúde e educação, sendo relevante referir que 81% abrangiam ações individuais, pleiteando remédios e tratamentos, e somente 2% referiam-se a ações coletivas; entre estas, 81% continham matéria afeta ao direito à educação.

Nesse estudo foram realçados alguns posicionamentos judiciais, entre os quais, a título demonstrativo: receitas aceitas sem questionamentos; não é frequente a utilização de perícias no curso do processo e nem de laudos para instruir a causa; as disposições contidas na Lei nº 9313/96 são entendidas como um mandado geral para a concessão de quaisquer medicamentos para o tratamento de HIV-AIDS etc⁷⁰.

Porém, em sede de ação coletiva, ao contrário do que ocorre nos pleitos indicados, os tradicionais argumentos utilizados nas defesas dos órgãos públicos são levados em conta pelos magistrados para denegar a pretensão levada a juízo⁷¹,

⁷⁰ “Assim sendo, os tribunais são amplamente favoráveis à concessão de remédios a pacientes de HIV/AIDS independente do impacto financeiro. Sem tentarem, na maioria dos casos, avaliar os argumentos médicos fornecidos por autoridades públicas, os juízes tendem a considerar o médico prescritor como a autoridade precípua para determinar a necessidade objetiva. Os autores aliás, incluem várias sentenças nas quais os juízes interpretaram a Lei 9.313 como autorizando o acesso gratuito e universal a toda medicação e a todo tratamento, se isso for julgado necessário por um médico competente, diante das necessidades do paciente individual (49. Ver Scheffer et al. (2005), p. 99). [...]”

O *Consenso Terapêutico*, ou lista de medicações e procedimentos aprovados, é (re) interpretado como uma mera diretriz administrativa, destinada a facilitar o fornecimento dos remédios mais comuns (50. Ver Acórdão 20000110749342APC, ou Acórdão 2001.02.01.028752-8/Rio de Janeiro - Tribunal Regional Federal da 2ª Região). [...]

Tal como acontece virtualmente em todas as decisões de concessão de remédios, nenhum julgamento de mérito da receita é feito, desde que o médico prescritor esteja devidamente credenciado.” HOFFMANN, Florian e BENTES, Fernando R. N. M. *A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 400-401.

⁷¹ Tais como as invocações do princípio da separação de poderes, alegando-se invasão de um poder nas atividades do outro; intervenção judicial indevida na execução do orçamento público, o qual possui regras específicas etc. O julgado adiante reproduzido enfrentou e rebateu algumas dessas alegações:

“Processo civil. Agravo de instrumento. Deferimento parcial de pedido de tutela antecipada.

sendo que, em poucas situações são aceitas as postulações veiculadas em ações coletivas, especialmente ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público⁷².

Determinação de reparos em aparelhos médico-hospitalares. [...]”

- Trata-se de agravo de instrumento objetivando a reforma de decisão que, em sede de ação ordinária, determinou ao ora recorrente, Município do Rio de Janeiro, as providências necessárias, no prazo de 5 (cinco dias), aos reparos nos aparelhos de Eco Doppler, de Hemodinâmica e nos carros de anestesia do Hospital da Lagoa, sob pena de multa pessoal e diária ao senhor Prefeito, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). [...]

- *Destarte, a determinação contida na decisão guerreada não excedeu os limites da sindicabilidade judicial face ao princípio constitucional da separação de poderes, visto que a medida adotada visa, tão-somente, a emprestar melhor qualidade aos serviços já prestados pela municipalidade, não havendo, ao que tudo indica, exercício, pelo Poder Judiciário, de atividade administrativa, estranha ao seu mister constitucional [...].* Agravo de instrumento desprovido. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.002486-9. Relatora: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Origem: Vigésima Sexta Vara Federal do Rio de Janeiro. Acessível em: <www.trf2.org.br>, será alterado para <www.trf2.jus.br> (negrito no original e itálico inserido para destacar).

⁷² 1. “[...] julgo procedente o pedido, para determinar o suprimento do déficit de pessoal para recomposição dos quadros do Hospital dos Servidores do Estado, no quantitativo indicado pelas tabelas de fls. 455, 13 e 14, e defiro a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional para determinar o suprimento da deficiência de pessoal apontada pelo Ministério Público Federal, conforme as necessidades elencadas nas tabelas 1 (fls.455), 2 (fls.13) e 3 (fls.14) constantes dos autos, seja por meio de contratação emergencial ou temporária, na forma da Lei 8.745/93, ora aplicada por analogia, ou por qualquer outra forma legal, dos profissionais mencionados nas referidas Tabelas, no prazo de 30 (trinta) dias, visando dar solução de continuidade às atividades desenvolvidas no Hospital dos Servidores do Estado, devendo ser realizado e encerrado o concurso público no prazo de 120 (cento e vinte) dias, tudo sob as penas da lei, bem como de execução específica e cominação de multa diária.

Determino, ainda inclusão da despesa correspondente ao custeio do ora determinado no orçamento da União do próximo ano”. Ação Civil Pública nº 2004.51.01.003050-8. 20ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Juiz prolator da sentença: Vladimir Santos Vitovsky. Publicada no D.O.E. de 30/08/2004. Acessível em: <http://www.jfrj.gov.br/> (itálico inserido).

2. *“Isto posto, julgo procedente o pedido, ratificando a antecipação de tutela deferida, condenando os réus a fornecer regularmente os medicamentos [...] aos pacientes portadores do Mal de Alzheimer. cadastrados e atendidos pelo segundo réu, bem como a manter estoque para sua distribuição por, pelo menos, seis meses”.* Ação Civil Pública nº 2003.51.01.024096-1. 5ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Juiz: Firly Nascimento Filho. Publicada no D.O.E. de 04/02/2005. Acessível em: <http://www.jfrj.gov.br/>. (itálico inserido).

3. “Recurso extraordinário. Sistema único de saúde (SUS). Contratação direta de serviços hospitalares. Inobservância da exigência de procedimento licitatório. Lesão ao patrimônio público. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Recurso de agravo improvido.

O Ministério Público dispõe de legitimidade ativa "ad causam" para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consuma lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado, celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório, que traduz exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação.” Precedentes.” STF - Supremo Tribunal Federal, RE-AgR - Processo: 262134. UF: MA. Fonte DJ 02/02/2007 e Revista dos Tribunais, v. 96, nº 860, 2007, p. 174-176. Relator Ministro Celso de Mello. Acessível em: <www.stf.jus.br>.

4. “Ação Civil Pública. Obrigação de fazer. Fornecimento de cadeira de rodas para pessoa hipossuficiente e portadora de doença grave. Legitimidade do Ministério Público. Competência

Uma exceção é o caso que alçou o Supremo Tribunal Federal e tem sido amplamente noticiado. Trata-se da decisão inicial proferida no pedido de Suspensão de Liminar nº 228-STF, em relação a uma liminar concessiva da tutela de urgência postulada pelo Ministério Público Federal para a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo – UTI, localizados na Macrorregião Administrativa do SUS relativa ao município de Sobral, no Estado do Ceará, para hospitais públicos ou particulares onde essas unidades estivessem disponíveis.

Somado a isto, o início das ações tendentes à instalação e ao funcionamento de dez leitos destinados a pacientes para este tipo de tratamento para cada uma das seguintes faixas etárias: adultos, neonatos e crianças, baseando-se na Portaria nº 1.101/2002, do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes e que não estava sendo cumprida.

A União requereu a suspensão da decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou ao Estado do Ceará o cumprimento do provimento jurisdicional, esta, no entanto, foi indeferida. Ingressou, então, com pedido de Suspensão de Tutela Antecipada perante a Presidência da mais alta Corte de Justiça do País, a quem, conforme narrado, coube a “árdua tarefa de sopesar o direito dos cidadãos às vagas de unidades de Tratamento Intensivo e as conseqüências para a ordem pública da decisão”⁷³.

concorrente da União, Estados e Municípios para cuidar da saúde pública. Obrigatoriedade de fornecer equipamentos para pessoas portadoras de deficiência física, nos termos da prescrição médica, independentemente de eventuais óbices orçamentários. Princípio da reserva do possível inoponível em relação ao direito à vida - Artigos 196 da Constituição Federal e artigos 219, 220 e 223 da Constituição Estadual - Ação procedente - Recursos não providos.” TJSP, Apelação com Revisão 6561865500. Relator: Desembargador Aléssio Martins Gonçalves. Comarca: Ribeirão Preto, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público B. Data do julgamento: 29/02/2008. Acessível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>.

⁷³ De acordo com as suas observações proferidas na abertura da audiência pública já referida.

Fonte:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf>. Acesso em 27 abril 2009. Analisando essa decisão Luiza Cristina Fonseca Frischeisen pontua: “E a decisão conclui que no caso concreto existe a política pública, existem os recursos, existe a necessidade, mas a inoperância dos administradores implica, no caso concreto, na não implementação da política pública e neste caso como afirma a decisão na SL 228: ‘A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando de formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público. Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados. Neste sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello; AI 238.328-0, Rel. Min. Marco

A respeito dos argumentos expendidos nas contestações dos entes administrativos inseridos no pólo passivo, oportuno transcrever trecho da decisão exarada nesses autos:

“O fato é que o denominado problema da ‘judicialização do direito à saúde’ ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro lado, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.”⁷⁴

O entendimento ora propugnado, advindo dos estudos e análises efetuadas sobre todo o acervo doutrinário e jurisprudencial recolhido, conduz à afirmação de que a maior parte da solução dos problemas relacionados a tantas ações judiciais concerne à própria Administração, isto é, aos órgãos encarregados das atividades de planejamento e execução das políticas públicas de saúde, bem como ao legislador, conforme acima exposto.

Por esta razão, tendo em vista a situação apontada, de renitente incompetência administrativa, é conveniente que se proceda a uma redefinição do planejamento das atividades referentes a essa importante área de atuação estatal, revendo os aspectos pertinentes, com o objetivo de que a atuação insuficiente ou a própria omissão dos órgãos executivos e do Legislativo não seja somente canalizada para o Poder Judiciário.

Isto porque tais casos, quando levados a juízo, constituem-se em “válvulas de escape” de situações de ineficiência político-administrativa, razão pela qual é necessário tratar a questão sob o ponto de vista estrutural⁷⁵.

Aurélio.’” FRISCHEISEN, Luiza Cristina. *O Direito à Saúde. In Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília, DF: 2009, no prelo.

⁷⁴ Suspensão de Liminar nº 228 do Supremo Tribunal Federal. Constante em: <www.stf.jus.br>.

⁷⁵ “A saúde pública poderá sofrer um grande *revés* em virtude do crescimento das ordens judiciais que estão gerando um elevado custo no seu orçamento se não demarcar urgentemente a *extensão* da integralidade da atenção à saúde. As decisões judiciais trazem graves reflexos para o planejamento da saúde – às quais poderão estar substituindo as instituições competentes para definir o *conteúdo* das ações e serviços de saúde.” SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. Disponível em: <www.fiocruz.br/radis/49/werb-02.html>. Acesso em: 28 out. 2008.

Visualizando por outro ângulo, pode-se aduzir que, se as ações judiciais fossem pontuais, talvez não causassem tantos efeitos no sistema como um todo, mas a dimensão atingida, configurando verdadeiros conflitos de massa, ocasiona as contraposições que lhes têm sido formuladas⁷⁶.

Entretanto tais questionamentos, consoante ressaltado por Daniel Sarmiento, não devem conduzir à rejeição da possibilidade de proteção judicial dos direitos sociais, pois seria um retrocesso em nosso Direito Constitucional, tendo em vista o reconhecimento da força normativa dos direitos prestacionais⁷⁷.

Assim na lide a ser decidida, um dos aspectos que deveria ser levado em consideração, advindo da interpretação dos preceitos constitucionais e legais incidentes sobre a problemática, é o aspecto relativo à universalização do bem ou prestação objeto de adjudicação. Nesta senda, cumpre verificar se o comando judicial, nos termos de sua formulação, pode ser generalizado, isto é, estendido a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação.

Em razão do contexto apresentado, devido à disparidade de entendimentos contidos em decisões judiciais exaradas a respeito da complexa controvérsia em comento, a fim de contribuir para a pretendida racionalização, impende colacionar algumas formulações de possíveis parâmetros para tais provimentos jurisdicionais sobre o direito de proteção à saúde e respectivas prestações.

Sobre essa temática remonta-se à digressão efetuada anteriormente, no sentido da dupla dimensão dos direitos fundamentais sociais, porquanto a partir da perspectiva teórica sob a qual são enfocados, é que será conferida a respectiva proteção judicial.

Desta forma, não se pode simples e unicamente conceber o direito fundamental somente como direito subjetivo definitivo⁷⁸, implicando, em caso de

⁷⁶ Quanto às críticas sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, remete-se ao criterioso trabalho de sistematização efetuado por Claudio Pereira de Souza Neto, onde destaca as seguintes: financeira, administrativa, técnica, econômica e a da desigualdade quanto ao acesso à justiça. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

⁷⁷ A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros Ético-jurídicos. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 553-586.

⁷⁸ “Esta possibilidade deve ser afastada diante do reconhecimento da escassez de recursos e da existência de diferentes formas de realização dos direitos sociais, bem como da primazia do legislador para adoção das decisões competentes sobre o que deve ser priorizado e sobre como deve ser concretizado cada direito. Tal primazia decorre tanto do princípio democrático como da

colisão, na prevalência deste. Isto porque, consoante exposto em item anterior deste Capítulo, é pertinente ao tratamento da questão aqui dispensado, a assertiva formulada por Maria Paula Dallari Bucci no sentido de que para a efetivação do direito à saúde existe uma das únicas políticas públicas expressamente consignadas na Constituição Federal, o SUS – Sistema Único de Saúde.

O problema nesta sede também contempla a verificação das prestações de saúde cuja garantia esteja prevista ou não na regulamentação existente, bem como se podem ser diretamente inferidas da previsão constitucional atinente ao direito à saúde (direitos originários à prestação), de conformidade com a explanação efetuada.

Aliado a isto, há que se atestar o real e efetivo fornecimento dessas prestações aos possíveis utentes, se há cobertura integral quanto à população que delas necessite, se está conforme às previsões orçamentárias para o cálculo de seu financiamento, bem como se o orçamento está sendo executado adequadamente, ou ainda, se essas atividades administrativas estão sendo efetuadas com base no princípio da eficiência (Constituição Federal, artigo 37).

Luís Roberto Barroso, no artigo *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*, após localizar o direito à saúde no Brasil, inserindo-o no contexto histórico, constitucional e legal, na parte final de suas considerações, traça alguns parâmetros restritivos.

Importa transcrevê-los a fim de constituírem objeto de reflexão para possível aplicação, com o intuito de se obter algum efeito no sentido de racionalizar e tentar conferir alguma uniformização à atuação judicial, especialmente quanto ao fornecimento de medicamentos:

“(A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em *ações individuais*, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica.

(B) No âmbito de *ações coletivas* e/ou ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas

separação de poderes. Portanto, não basta, por exemplo, que alguém precise de moradia ou de qualquer tratamento de saúde para que se conclua, num singelo silogismo, sobre a existência de um dever incondicional do Estado, judicialmente exigível, de proporcioná-los”. SARMENTO, Daniel. *Ibid.* p. 567.

listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

(C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos.”⁷⁹

Claudio Pereira de Souza Neto esmiuçou ainda mais tais critérios, classificando-os detidamente em materiais e processuais. Entre os materiais, inclui as prioridades seguintes: 1- atuação judicial circunscrita à esfera de fundamentalidade material; 2- legitimidade da atuação judiciária, em regra, aos hipossuficientes; 3- dever de considerar o sistema de direitos sociais em sua unidade; 4- prioridade para a opção técnica da administração e para a solução mais econômica; 5- variação da intensidade do controle jurisdicional de acordo com os níveis de investimentos em políticas públicas.

Inseridos entre esses, especificou a possibilidade de universalização da medida, paradigma aqui defendido e com o qual concordam vários autores. Entre eles, Daniel Sarmento, em artigo onde abordou os aspectos concernentes ao estabelecimento de critérios à proteção dos direitos sociais, propugnando algumas delimitações ético-jurídicas⁸⁰.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 902-903.

⁸⁰ Entre os quais a observância da preservação do mínimo existencial:

“O direito mínimo existencial corresponde à garantia das condições materiais básicas de vida. Ele ostenta tanto uma dimensão negativa como uma positiva. Na sua dimensão negativa, opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraíam do indivíduo as referidas condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Já na sua dimensão positiva, ele envolve um conjunto essencial de direitos prestacionais. [...] Noutro giro, o mínimo existencial desempenha um papel importante como critério para adjudicação judicial de direitos sociais. Como antes ressaltado, numa ordem jurídica centrada na dignidade da pessoa humana não se pode conceber a realização de despesa pelo Estado como um campo livre para as decisões do legislador orçamentário e do administrador. Pelo contrário, há prioridades que a eles se impõem por força de princípios constitucionais revestidos de elevado teor moral, dentre as quais sobressai a de realizar os gastos necessários para o atendimento das necessidades materiais mais básicas dos necessitados. ‘Assim, me parece que o Poder Judiciário está plenamente legitimado para fiscalizar o cumprimento destas prioridades pelos demais poderes estatais’”. SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 576 e 578.

Quanto às limitações processuais, subdividiu-as em alguns itens: 1- prioridade para as ações coletivas, – também propugnada neste estudo –; 2- legitimidade de decisões em ações individuais, em regra, apenas nas hipóteses de (a) dano irreversível e de (b) inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei e programas já instituídos e 3- atribuição do ônus da prova de ausência ou insuficiência de recursos à Administração⁸¹.

Propõe ademais, entre estes últimos, ser necessária a ampliação do diálogo institucional, pois, tendo em vista todos os aspectos vislumbrados com relação a decisões judiciais sobre temas tão delicados, envolvendo aspectos técnicos, administrativos e de alocação de recursos orçamentários, é indispensável que o Poder Judiciário aprofunde o diálogo com o Executivo, especialmente com as instâncias de execução das políticas sociais. Conclui afirmando:

“A judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. O Judiciário brasileiro tem impedido que o destino de outros textos constitucionais brasileiros, condenados a exercer uma função meramente simbólica, se repetisse com a Constituição de 1988. No entanto, alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve. A racionalização da atuação judiciária é o meio adequado para que esse papel continue a ser exercido, no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária”⁸².

Marcos Maselli Gouvêa em sua meticulosa abordagem sobre o tema enfocado, apresenta uma inovadora sugestão quanto à utilização de recursos existentes no Fundo de Interesses Difusos, previsto no artigo 13 da Lei nº 7347/85 - Lei da Ação Civil Pública (decorrentes da imposição de multas pecuniárias, administrativas e judiciais advindas da inobservância de direitos transindividuais, os quais são destinados à “reconstituição dos bens lesados”) para aquisição de medicamentos sob ordem judicial:

“Se numa ação judicial a Administração pública afirma que não implementa determinado direito prestacional urgente porque não dispõe de recursos orçamentários deve o juiz autorizar o Fundo a arcar, emergencialmente, com os ônus financeiros daquele direito, ficando o ente réu obrigado a ressarcir-los assim que for possível, inclusive reservando para isto verba do orçamento subsequente.

⁸¹ Este, aliás, condizente com a previsão do artigo 333 do Código de Processo Civil, no sentido de que o ônus da prova incumbe a quem alega.

⁸² PEREIRA NETO, Claudio de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetro*. In SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Claudio Pereira de (coordenadores). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-546.

O Fundo funcionaria como um financiador não-discricionário das decisões judiciais respeitantes a direitos transindividuais, ensejando sua pronta implementação. Para utilizar-se a distinção de Dworkin, pode-se dizer que a função do fundo, neste caso, seria a de financiar princípios, atendendo a um imperativo deontológico, diversamente do ente central, que cuidaria tanto de princípios quanto da implementação de políticas circunstancialmente eleitas”.⁸³

Seria uma saída para a falta de previsão orçamentária para a finalidade em questão, bem como para superar a alegação de que não pode haver remanejamento de verbas em razão do disposto no artigo 315 do Código Penal, na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 2000) ou na lei de regência sobre orçamento público (Lei nº 4.320/64).

Complementando o acima exposto, o diagnóstico sobre o benefício geral alcançado pelas ações coletivas foi demonstrado por Werneck Vianna e Marcelo Burgos em estudo paradigmático sobre ações coletivas. Este abrangeu exatamente um caso de ação civil pública ajuizada outubro de 2002 pelo Ministério Público Estadual, em relação ao Município e ao Estado do Rio de Janeiro.

Por meio dessa demanda postulava-se a regularização do suprimento de medicamentos, bem como a determinação de cumprimento, solidariamente, da obrigação de fornecer, gratuitamente, medicamentos [...] àqueles que se apresentem em condição de hipossuficiência econômica” (Processo 2002.001.131891-3, p. 27):

“Na argumentação preliminar apresentada pelo Ministério Público, foi salientada a “notória ineficiência das ações do Estado e do Município no fornecimento de medicamentos à população”, situação que teria levado a Promotoria de Cidadania a instalar, entre os meses de março e outubro daquele ano, quatro inquéritos e mais dois procedimentos administrativos para investigar a questão.

Interessa notar que, ainda na inicial do processo, o Ministério Público atribui à 5ª Vara de Fazenda Pública da Comarca do Rio de Janeiro a primeira comunicação sobre a “avalanche de ações individuais que ingressam todos os dias no Poder Judiciário, no que resultou, em 2001, no ajuizamento de mais de 200 ações individuais” (Processo 1,3). Por esse motivo, no início do ano seguinte, a Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro enviava ofício ao Ministério Público, solicitando providências quanto à questão dos medicamentos. “Paralelamente, o Núcleo de pessoas que buscam a Defensoria Pública com o

⁸³ “Ainda sobre o fundo, deve-se opor veemente crítica à tentativa, levada a cabo por alguns governantes, de tornar os fundos o cofre preferencial de onde saem os recursos para a realização de prestações ordinárias, de incumbência do ente central. As sedes dos Conselhos Tutelares, escolas, hospitais, medicamentos etc., devem ser custeados com recursos do orçamento fiscal e da seguridade social dos Municípios, Estados e da União, e não dos Fundos, cuja atuação deve ser sempre subsidiária.” MASSELLI, Marcos. *O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos*. In GARCIA, Emerson (coord.). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 238.

escopo de obter a assistência dos entes públicos para aquisição gratuita de remédios é de 20 a 25 pessoas diariamente, perfazendo um total de 400 pessoas por semana” (Processo 1,4)”.⁸⁴

Digna de nota de aplicação prática bastante similar também foi o ingresso, na justiça federal, de uma ação civil pública em litisconsórcio pelos Ministério Público Estadual e Federal em atuação na área de Direitos do Cidadão - Tutela Coletiva - Saúde, com relação ao Estado do Rio de Janeiro e à União.

Seu objetivo também era obter a regularização do fornecimento dos medicamentos excepcionais aos pacientes pela Secretaria de Estado de Saúde. Essa medida foi imprescindível para garantir o direito à saúde da população fluminense necessitada de fármacos de alto custo ou uso contínuo, em razão do quadro caótico de desabastecimento e desorganização do citado programa⁸⁵.

Impende remarcar, mais uma vez, que a defesa ora propugnada é a de que haja alguma uniformidade quanto ao teor dos comandos judiciais, dentro do possível e de parâmetros razoáveis, bem como de que os juízes, preferencialmente, tenham uma postura de autocontenção. Isto é, estabeleçam preferência à adoção das escolhas, quer sejam do ramo executivo, tendo em vista as especificidades técnicas; quer sejam do legislativo, em razão do princípio democrático.

Por outro lado, um fator não pode ser olvidado e que tem sido uma das preocupações dos atores envolvidos nesse complexo contexto, é a possibilidade de

⁸⁴ Confira-se o seguinte excerto:

“ a atuação do Ministério Público no domínio da Ação Civil Pública tem estimulado a elaboração de novas interpretações do direito constitucional, abrindo passagem para a tese da auto-aplicabilidade de direitos sociais como o do acesso à saúde, através de uma criativa articulação entre direito constitucional e infraconstitucional, princípios e regras, doutrina e jurisprudência – incluindo os enunciados coletivos firmados pelos juízes. Daí que a batalha argumentativa que ocorre na arena das ações coletivas constitua, em si mesma, capítulo singularmente relevante para o avanço da fronteira da democracia no país. Pois, no interior dos conflitos coletivos judiciais, estaria em andamento uma tendência, muito discreta, de reinterpretção do direito material, tendência essa que flui nas vias criadas pela chamada revolução processual, e que tem por parâmetro o direito constitucional. E nesse novo entendimento do direito sobressai o foco no cidadão, e não no Estado. “Em suma, sob o abrigo das arenas das ações coletivas, a racionalidade administrativa do poder público e seus princípios sistêmicos auto-referidos podem ser confrontados pelos princípios e normas constitucionais“. VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo Baumam. *Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Casos de Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro, jan. 2005. Disponível em: <<http://cedes.iuperj.br/PDF/cadernos/principioseregras.pdf>>. Acesso em: 17 junho 2007.

⁸⁵ O despacho inicial, a decisão concessiva da tutela antecipada, o Termo de Ajustamento de Condutas – TAC formulado entre as partes e respectivo aditamento estão acostados no Anexo.

renovação propiciada pela interpretação⁸⁶ e aplicação das normas efetivada pela comunidade de intérpretes. Não se pode relegar essa importante atividade a um patamar secundário, pois é adequado haver um espaço para a apresentação das novas e emergentes circunstâncias advindas situações cotidianas, do progresso da ciência, das demandas por medicamentos modernos etc.

Caso contrário, seria fechar as portas para a introdução de novos referenciais sobre um tema a ser decidido, petrificando um entendimento quanto à aplicação da norma, circunstância esta impeditiva da evolução dos direitos e não condizente com a pluralidade de situações contemporâneas⁸⁷.

Em virtude disto, é necessário haver uma espécie de abertura por meio da qual se possibilite tanto a evolução normativa quanto da própria interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais⁸⁸; questão polêmica na atualidade,

⁸⁶ “Assim, assumindo-se como inevitável uma margem de concreção e de criação que envolve a atividade hermenêutica nas tarefas de defesa e concretização da Constituição --, como, ademais, subjaz a todo exercício de interpretação do direito, em função do caráter indeterminado e aberto da linguagem que veicula as normas e da impossibilidade de se antecipar todas as hipóteses de sua aplicação prática [...].

Ademais, é certo que a materialização do direito ao longo das transformações por que vem passando o Estado no curso da Modernidade, especialmente no âmbito constitucional, amplamente tomado pelas configurações principiológicas – cujo caráter estruturalmente aberto e indeterminado, a par de se harmonizar aos cânones democráticos, não oferece à atividade estatal que deve desdobrá-las uma linha demarcatória semanticamente acessível e fechada --, exige, impreterivelmente, uma atuação concretizadora – nas três esferas de poder --, apta à realização dos ditames constitucionais derivados da escolha autônoma dos sujeitos de direito”. DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. *A Construção Social do Sentido da Constituição na Democracia Contemporânea: Entre Soberania Popular e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007, p. 293-294.

⁸⁷ Convém trazer à consideração o pensamento do possível preconizado pelo jurista italiano Gustavo Zagrebelsky em seu livro *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justitia*. Trad. Marina Gascón, 3. ed. Madrid: Trotta, 1999, p.13, sobre o *ethos* da Constituição na sociedade moderna, – a despeito de ter sido utilizado em um julgado pelo Ministro Gilmar Mendes para indeferir postulação dos servidores do Estado do Rio Grande do Sul na Suspensão de segurança nº 31.154-6- RS –, de onde se transcreve:

“As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma. (ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Trad. Marina Gascón, 3ª ed. Madrid: Trotta, 199, p.13*).” Acessível em: < www.stf.jus.br>.

⁸⁸ Sob esta perspectiva, é relevante reproduzir as palavras de Fábio Corrêa Souza de Oliveira quanto à contínua evolução das leis e do próprio sentido a ser conferido à Constituição a fim de que esta deixe de ser uma mera folha de papel, (Ferdinand Lassalle) e passe a representar o verdadeiro equilíbrio das forças existentes na sociedade e, portanto, esta realmente possa usufruir do sentimento constitucional:

“A legislação é um vir-a-ser. A Constituição constitui a sociedade, mas é a todo momento constituída por ela (é uma mão e contra-mão). Na estabilidade e na mobilidade do direito positivo, a Constituição é precisamente o produto hermenêutico do seu texto. A cada aplicação o direito positivo se renova, recobra seu vigor normativo, sua eficácia jurídica e sua eficácia social. Isto é

consistente na tensão existente no sentido de que se a Constituição deve fixar rigidamente políticas públicas ou se o estabelecimento destas deve ser de atribuição do legislador infraconstitucional, conforme o programa político dos sucessivos governos.

Em aditamento a estas considerações, é conveniente expor o atual pensamento de Gomes Canotilho, tendo como foco específico os direitos sociais, incluído o direito à saúde. Inicialmente, afirma que as normas relativas a esses direitos são de caráter programático e a rigor, não deveriam estar na Constituição, visto dependerem de políticas públicas para a sua concretização.

Em razão do cenário apresentado impõe-se a discussão sobre o modo como assegurar tais direitos, com base na idéia de “direção constitucional social”, ou seja, a “idéia do direito como instrumento de direcção ao lado de outros instrumentos (financeiros, organizatórios) é hoje, como dissemos, uma das premissas metodológicas do institucionalismo jurídico”, o qual mantém as tradicionais categorias jurídicas e hermenêuticas, mas introduz outras valências normativas.

A seguir, discorre sobre o núcleo essencial do que em Portugal constituem os “direitos, liberdades e garantias” previstos no artigo 18 da respectiva Constituição, afirmando a dificuldade quanto à determinação da essência de um direito, sobretudo quando colocada perante juízos de *balanceamento* de bens e direitos em caso de conflito.

Argumenta ainda, que, conforme defendem alguns trabalhos, “sua autonomia dogmática acaba por ser residual, dado que se trata apenas de um conceito-limite, depois da operacionalização hermenêutica do *princípio da justa medida* e da *razoabilidade*”. Ao final questiona se essa doutrina do núcleo essencial poderia ser estendida aos direitos econômicos, sociais e culturais, advindo daí a questão “como determinar o núcleo essencial do direito à saúde? Como o direito à saúde implica um feixe de prestações, como determinar o nível essencial de prestações sociais?”

afinado com a abertura do sistema legislado, com uma dogmática crítica de cunho interdisciplinar.” Oliveira, Fábio Corrêa Souza, *Por uma Teoria dos Princípios: O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2003, p. 157.

Quanto aos níveis essenciais das prestações, refere-se a um recente trabalho sobre o tema⁸⁹, o qual contém propostas de pontos de partida para a compreensão do denominado LEP (*Livelli essenziali delle prestazioni*) previsto no artigo 117º/2 da Constituição Italiana, a respeito dos quais efetua a seguinte digressão:

“Se bem interpretamos as propostas multidimensionais, elas pretendem conseguir aquilo que as interpretações – concretizações doutrinárias e jurisprudenciais clássicas – não conseguiram até agora; assegurar a efectividade da disciplina constitucional ao nível das prestações sociais. A efectivação passa pelo recurso as esquemas tradicionais de legislação e regulação, porque se considera indispensável uma lei e um regulamento de execução (‘instrumentos normativos’): 1) aquela disciplinaria as prestações, os destinatários, os indicadores, o sistema informativo, os recursos financeiros, as acções estaduais de suporte, programas de intervenção extraordinária e o remédio para a inobservância de *standards*; 2) o regulamento devia especificar a lista dos indicadores, individualizando, para cada um deles, o valor objetivo que as administrações devem respeitar”.⁹⁰

A novidade, por conseguinte, constante de suas observações, é a introdução de guias de boas práticas ou *standards* úteis à efectivação do controle do desempenho das atividades de execução de políticas públicas, relacionados a mecanismos de governança, que “podem constituir parâmetros de fato para a judicialização dos conflitos prestacionais, por meio do recorte, em lei, do núcleo duro da subjetivação dos direitos sociais”⁹¹, sendo este o ponto nodal incluído entre as reflexões objeto desta dissertação .

Deve ser conferida especial atenção, portanto, aos instrumentos reguladores, tal como existe em Portugal a *Carta de Direitos dos Utentes*, onde estão relacionados: autonomia, informação, vontade previamente manifestada, liberdade de escolha, privacidade, acesso à informação da saúde, não discriminação e não estigmatização, acompanhamento espiritual, primado da

⁸⁹ *Welfare e Federalismo*. Bologna, 2005, elaborada por um grupo de peritos, reunido na associação Astrid e coordenado por Luísa Torchia.

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes”. By-pass” social e o núcleo essencial de prestações sociais. In *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1. ed brasileira, 2ª ed. Portuguesa. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 261-264.

⁹¹ “(23) A efectividade da regulação da *Lep* assenta na individualização das dimensões básicas: 1) macro-área de intervenção; 2) prestações; 3) descrição sintética; 4) destinatários; 5) indicadores; 6) valor objetivo. Exemplo I: 1) *macro-área de intervenção* – assistência sanitária; 2) *prestação* – tomografia axial computadorizada; 3) *descrição sintética* – utilização de aparelho de alta precisão no diagnóstico tumoral; 4) *destinatários* – pessoas a quem é passada uma prescrição médica expressa para o caso; 5) *indicadores* – tempo que ocorre entre a prestação e a efectivação da prestação; 6) *valor objetivo* – até ao fim e 2006 (x dias).” Op. cit., p. 264.

pessoa sobre a ciência e a sociedade, direito de queixa e reclamação, equidade no acesso, acessibilidade em tempo útil.

Concluindo, no tocante à concretização desse núcleo essencial da prestação, confirma a aplicabilidade direta das normas garantidoras deste, razão pela qual não se podem lançar as tradicionais objeções quanto à reserva de lei e reserva do possível em termos econômicos e financeiros⁹², pois bastaria a omissão legislativa para se negar a existência desse núcleo, porquanto a “reserva de lei” transmuta-se em inimiga dos direitos sociais, que, no fundo, são dimensões constitutivas da *igual dignidade social* e da *justiça distributiva*”⁹³.

Relativamente à igualdade quanto à distribuição dos bens, direitos e obrigações em sociedade, aduz Thomas Nagel:

“A igualdade em termos de *status* moral está, portanto, muito mais próxima da superfície do reconhecimento moral contratualista do que do utilitarismo. O contratualismo serve-se mais de um sistema de prioridades do que da maximização do bem-estar total, enquanto método para dirimir conflitos entre interesses. Além disso, contempla a admissão de direitos, obrigações e igualdade distributiva mais como expedientes básicos do que como expedientes derivados, justificados apenas por seu valor instrumental.”⁹⁴

⁹² Vicente de Paulo Barreto anota que a *reserva do possível* está ancorada em “três falácias políticas” criadas pelo pensamento neoliberal: “i) ‘os direitos sociais são direitos de segunda ordem’ ou seja, de segunda importância; ii) ‘os direitos sociais decorrem de uma economia forte’, o que excluiria os países de desenvolvimento tardio e iii) que o ‘custo é inerente a todos os direitos’, ou seja, negar a efetividade pelo argumento do custo é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito.” BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os Direitos Sociais*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-121.

⁹³ “Essa escolha pela igualdade implica não aceitar determinadas desigualdades que atentam contra o núcleo essencial das necessidades básicas de um ser humano, cujo conteúdo será construído no contexto das diferentes sociedades e também levará a não se aceitar as desigualdades na distribuição de determinados bens ou acesso a determinados direitos como algo natural entre os seres humanos. Saber o que será considerado aceitável em termos de desigualdade poderá implicar um julgamento que afirma não ser razoável, em um certo contexto, que alguém não tenha acesso a determinados direitos ou bens e exigirá que reconheçamos no outro o mesmo valor que reconhecemos em nós mesmos.” FRISCHEISEN, Luiza Cristina. *A Construção da Igualdade e o Sistema de Justiça no Brasil. Alguns Caminhos e Possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 03.

⁹⁴ NAGEL, Thomas. *A Última Palavra*. Trad. Carlos Felipe Moisés. São Paulo: UNESP, 1998, p. 145. Em outra obra o mesmo autor preleciona:

“Mais perturbadoras, no entanto, são as enormes desigualdades de riqueza, saúde, educação e desenvolvimento entre países ricos e países pobres. A maioria das pessoas neste mundo nem sequer tem chance de um dia vir a desfrutar uma situação econômica equivalente à das pessoas mais pobres da Europa, do Japão ou dos Estados Unidos. Essas grandes diferenças de boa e má sorte parecem, sem dúvida, injustas; mas o que se deveria fazer a respeito, se é que se deveria fazer alguma coisa?

Precisamos pensar tanto na desigualdade quanto na solução necessária para reduzi-la ou eliminá-la. Com relação à desigualdade, a principal pergunta é: que *causas* da desigualdade são erradas? Com relação à solução, a pergunta mais importante é: quais são os *métodos* certos para se interferir na desigualdade?

Sobre a chamada reserva do possível, consiste em um limite imposto ao Estado para concretizar direitos fundamentais à prestação, cuja origem advém da doutrina constitucional alemã, apesar de ser constantemente utilizada entre nós, inclusive em decisões da Suprema Corte, também são reconhecidas críticas a esse uso, quando limitativo do direito sem uma devida contextualização e comprovação da ausência de recursos pelo órgão público demandado.

Desta forma, “não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser mais bem implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades”⁹⁵.

Logo, é preciso conjugar os vários elementos consignados no decorrer desta exposição, partindo da premissa de que a previsão do direito de proteção à saúde contida no artigo 196 da Constituição Federal pode ser inferida uma norma dotada de eficácia e aplicabilidade e demais consequências daí advindas, consoante expandido ao longo do texto.

Para tanto, existem alguns “pontos de apoio” no âmbito legislativo e administrativo, conferindo concreção aos correlatos direitos. Porém, quando se verificar que a aplicação das regras existentes atingirá algum bem também objeto de proteção constitucional, deverá ser utilizado o método da ponderação ao caso concreto, como destacado inicialmente.

Assim, serão sopesados os direitos postos em conflito, com a aplicação dos parâmetros da razoabilidade e da máxima da proporcionalidade em suas

[...] Acredito que as desigualdades decorrentes de qualquer uma dessas causas são injustas. E é obviamente injusto que, por causa de um sistema econômico, algumas pessoas sofram significativas desvantagens materiais e sociais, das quais não têm culpa, quando isso pode ser evitado mediante um sistema de tributação redistributiva e programas de bem-estar social. Mas para decidir-se sobre essa questão, você precisa refletir sobre as causas da desigualdade que considera injustas e que soluções lhe parecem legítimas.” NAGEL, Thomas. *Uma Breve Introdução à Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 84-85 e 91.

⁹⁵ “A chamada *reserva do possível* pode ser de ordem *fática* (falta de recursos) ou *jurídica* (orçamentária). A ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, pouco restando para questionamento. Cabe esclarecer que esta insuficiência de recursos deve ser provada e não apenas alegada (10. Conforme o Código de Processo Civil em seu artigo 333, II incumbe ao réu o ônus da prova “quanto á existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor) sob pena de responsabilidade do administrador”. CALIENDO, Paulo. *Reserva do Possível, Direitos Fundamentais e Tributação*. In SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Beneti (orgs.). *Direitos Fundamentais – Orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 200-201.

delimitações: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isto com o objetivo de se obter a necessária distribuição igualitária dos bens que são devidos aos cidadãos pelo Estado, efetuando-se, desta forma, a justiça distributiva, compensando-se as desigualdades existentes na sociedade.