



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E O DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Karina Ramos Amaral Loureiro

Rio de Janeiro
2020

KARINA RAMOS AMARAL LOUREIRO

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E O DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador:

Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes

Coorientadora:

Profª Mônica Cavalieri Fetzner Areal.

Rio de Janeiro
2020

KARINA RAMOS AMARAL LOUREIRO

JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E O DIÁLOGO INTERINSTITUCIONAL
NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Monografia apresentada como exigência de
conclusão de Curso da Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2020. Grau atribuído: _____

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Convidado: Prof. Marcelo Pereira de Almeida – Escola da Magistratura do Estado do Rio
de Janeiro - EMERJ

Orientador: Prof. Guilherme Braga Peña de Moraes – Escola da Magistratura do Estado
do Rio de Janeiro - EMERJ.

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A)AUTOR(A).

Ana Maria Ramos Cabral, Jorge Amaral
Loureiro e ao Pedro César Cabral (em memória),
por toda ajuda e incentivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, à minha mãe Ana Maria Ramos Cabral, por incontáveis motivos.

À minha família, por acreditar.

Aos meus amigos, pelas alegrias, tristezas e dores compartilhadas. Com eles, as pausas entre um parágrafo e outro de produção melhoram tudo o que tenho produzido na vida.

Aos colegas de trabalho, pelos conhecimentos transmitidos.

Agradeço aos professores da EMERJ por todas as valiosas lições jurídicas, assim como pela dedicação e profissionalismo deles.

Agradeço aos funcionários da EMERJ pela atenção, paciência e, especialmente, pelo suporte durante todo o curso.

Agradeço a todos aqueles que se dispuseram a me auxiliar, seja debatendo o tema ou até mesmo me dando assistência com material para pesquisa e reflexão.

A Deus, por possibilitar mais essa conquista.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”.

Albert Einstein.

SÍNTESE

O tema desta monografia se baseia na atuação dos Entes Federativos e os três Poderes no fornecimento de medicamentos e a necessidade de se estabelecer um diálogo interinstitucional entre os atores envolvidos para melhor efetivar o direito à saúde para a sociedade. Em razão da relevância do assunto, é necessário compreender a judicialização no fornecimento de medicamentos, o surgimento do ativismo judicial na implementação do direito à saúde e as críticas ao comportamento ativista, somado às consequências das decisões judiciais no que diz respeito aos cofres públicos e às políticas públicas na área da saúde para toda a coletividade. Analisar-se-á de forma crítica como a judicialização no fornecimento de medicamentos repercute no orçamento público no Estado e no Município do Rio de Janeiro e em face da coletividade, trazendo à baila as questões envolvendo a Micro Justiça e a Macro Justiça, as tentativas de diminuição das demandas judiciais na busca da concessão de fármacos e a necessidade de solução do fornecimento de medicamentos pelo do Sistema Único de Saúde ser definido pela sociedade e o Estado, numa contínua cooperação por meio de diálogos interinstitucionais visando à diminuição de demandas judiciais.

PALAVRAS- CHAVE: Direito Constitucional e Administrativo. Judicialização da Saúde. Ativismo Judicial. Fornecimento de Medicamentos. Diálogos Interstitucionais. Desjudicialização da saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1.JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.....	12
1.1. Arcabouço normativo de implementação do direito a saúde no direito brasileiro..	12
1.2. Judicialização e ativismo judicial no direito a saúde.....	22
1.3. Contrapontos sobre o ativismo judicial no Brasil.....	29
2. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL E O IMPACTO SOCIAL.....	38
2.1. A evolução das decisões judiciais no tocante ao fornecimento de medicamentos....	38
2.2. O pragmatismo jurídico e os parâmetros para as decisões do Poder Judiciário....	45
2.3. O Impacto social das demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos.....	57
3. A RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS.....	68
3.1. A Solidariedade dos Entes Federativos.....	68
3.2. Políticas Públicas e o Planejamento Orçamentário dos Entes Federativos no fornecimento de medicamentos.....	78
3.3. Os Impactos da Judicialização da Saúde no Orçamento Público do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro.....	86
4. A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE.....	92
4.1. Diálogos Interinstitucional no fornecimento de medicamentos.....	92
4.2. Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT).....	98
4.3. A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CRLS).....	101
CONCLUSÃO.....	104
REFERÊNCIAS.....	106

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem por escopo a temática da judicialização e do ativismo judicial no fornecimento de medicamentos e o impacto orçamentário no Estado e Município do Rio de Janeiro, inclusive avaliando o comprometimento dos entes federativos citados em relação às políticas públicas universais, frente ao atendimento de demandas individuais.

Apesar do direito à saúde ser um direito fundamental previsto no art. 5º, caput e §1º da Constituição Federal de 1988, possuindo aplicabilidade imediata e, ainda, um direito social cujo Estado *Lato Sensu* possui o dever de promover a sua efetivação consoante art. 196 da CF/88, a realidade tem demonstrado a grande dificuldade enfrentada pelos necessitados, em tornar realidade este direito e o instrumento judicial tem sido, por vezes a única opção possível para muitos cidadãos na busca de solução para o devido tratamento de suas doenças.

De início, é possível a verificação de um aparente conflito no fornecimento de medicamentos pela via judicial uma vez que o Poder Executivo promove suas políticas públicas de acordo com o orçamento público destinado à área da saúde e o Poder Judiciário, órgão que possui uma legitimidade contramajoritária, vem concedendo o fornecimento de medicamentos para um indivíduo específico em prol da política pública definida para toda a coletividade, que vem sofrendo com a crise no sistema de saúde brasileiro.

Se por um lado o Poder Judiciário deve garantir a efetividade das normas constitucionais quando omissos os Poderes Legislativo e o Executivo, de forma a tornar mais efetivo o tratamento à saúde que não esteja sendo fornecido de forma adequada pelos órgãos administrativos, materializando, assim, o direito a saúde, bem como evitando a dupla exclusão do cidadão de obter pelas vias administrativa e judicial o fornecimento de medicamentos.

Por outro lado, o excesso das demandas judiciais visando o fornecimento de remédios gera um impacto nos cofres públicos, o qual reflete diretamente na execução das políticas públicas universais, pois nem sempre há previsão orçamentária suficiente que abarque todas as decisões judiciais, situação que pode causar prejuízos ao atendimento e demandas rotineiras dos serviços de saúde para o resto da população e ocasionar uma desordem administrativa.

É cediço que grande parcela das decisões judiciais determinado o fornecimento de medicamentos são tomadas em juízo de cognição sumária, por meio de concessão de liminares, fazendo com que o ente público, sem tempo hábil para deflagrar o procedimento

licitatório, torna-se refém de laboratórios e distribuidores, que se aproveitam da situação para cobrar valores acima dos praticados no mercado por esses produtos.

Além do mais, o pedido solicitado na inicial quando elaborado de acordo com a prescrição médica, muitas vezes, indica o nome comercial do medicamento que pode ter um custo mais alto e não o seu princípio ativo que, por vezes, já é ofertado pela política pública de dispensação de medicamentos. Tal conduta esbarra no princípio da padronização uma vez que o uso de marcas é, em regra, vedado pela administração.

É notório que com a crise econômica brasileira, a concessão de determinados medicamentos, alguns deles não registrados na ANVISA e não previstos na lista do SUS antes da decisão proferida no RE nº 657718, ainda geram grandes impactos no orçamento público, em especial, nos municípios pequenos e no Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista que em virtude do trânsito em julgado de antigas ações judiciais em que tais medicamentos de uso permanente foram pleiteados, os entes continuarão fornecendo os fármacos até o julgamento de eventual ação rescisória ou pedido de revisão da coisa julgada sejam julgados procedentes.

Nesse passo, é crucial para a presente monografia a apresentação dos problemas enfrentados pela crescente judicialização no fornecimento de medicamentos para determinados indivíduos, a forma como tem sido administrada a sua concessão e as consequências aos cofres públicos e à coletividade para que seja observado que a judicialização por si só não resolve o problema e coloca em jogo a manutenção do Sistema Único de Saúde.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a positivação do direito fundamental à saúde no direito brasileiro, constatando-se que não se encontram inerte os Poderes Legislativo e Executivo, em relação às referidas políticas públicas de Saúde de distribuição de Medicamentos, no que tange ao arcabouço normativo de implementação, as causas e o que vem a ser a judicialização da saúde, em contraponto ao ativismo judicial no fornecimento de medicamentos, citando argumentos favoráveis e desfavoráveis para o ativismo judicial.

O segundo capítulo explicitará a evolução das demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos, alguns limites e parâmetros no fornecimento de remédios estabelecidos pelas Cortes Superiores, juntamente com as idéias do pragmatismo jurídico e os impactos sociais oriundos das decisões sobre o enfoque da Micro Justiça e Macro Justiça.

O terceiro capítulo aborda a política pública na área da saúde, o planejamento orçamentário e as suas formas de controle, a responsabilidade dos entes federativos no que

tange ao fornecimento de medicamentos e o cumprimento das decisões judiciais que, consequentemente, geram grandes impactos no orçamento público.

Por último, o quarto capítulo é destinado ao enfrentamento das tentativas de diminuição dos impactos do excesso da judicialização no fornecimento de medicamentos, buscando uma reflexão sobre as possíveis estratégias para enfrentamento dos gastos crescentes com os processos judiciais, visando a potencialização do diálogo interinstitucional e a cooperação entre os poderes para uma melhor prestação dos serviços de saúde com base no princípio da fraternidade e o bem comum.

Com relação às técnicas metodológicas, serão utilizadas as técnicas típicas da metodologia de pesquisa indutiva e descritiva, com o auxílio dos instrumentos de pesquisa típicos de uma pesquisa descritiva, quais sejam, o levantamento e análises estatísticas, a revisão e o fechamento bibliográfico legal.

Pelo exposto, a abordagem do objeto desta pesquisa é qualitativa, pois o pesquisador busca apoiar-se em um amplo conjunto de obras literárias adequadas ao tema analisado, além do uso da legislação e jurisprudência, que corroboram com a tese sustentada.

1. JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS.

Este tópico visa à analisar a positivação do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988¹, demonstrando que, em um primeiro momento, os Poderes Legislativo e Executivo não se encontram inertes em relação às referidas políticas públicas de saúde de distribuição de medicamentos, no que tange ao arcabouço normativo de implementação.

Contudo, em que pese o fato de o Brasil, do ponto de vista normativo, ser um dos países mais avançados do mundo em matéria de saúde, prevendo uma rara integralidade de acesso, a promoção do direito à saúde em prol da sociedade brasileira ainda é executada de forma muito menor do que a esperada, fazendo com que muitas ações pleiteando a efetivação desse direito fundamental cheguem ao Judiciário, gerando o fenômeno denominado por parte da doutrina como “judicialização da saúde”.

Ao final do capítulo, serão abordados a judicialização e o ativismo judicial no que toca às questões referentes ao direito à saúde, as causas que ensejaram o surgimento de tais institutos e aos argumentos favoráveis e desfavoráveis no que tange ao ativismo judicial no direito brasileiro.

1.1 Arcabouço normativo de implementação do direito a saúde no direito brasileiro

Com o advento do denominado Constitucionalismo Social, marcado pela constituição mexicana de 1917 e, posteriormente, em 1919 pela constituição de Weimar na Alemanha, que possuíam como ideia central a concretização da igualdade material e a correção de desigualdades por meio do papel ativo do Estado e a distribuição de riqueza por meio dos direitos sociais, o Brasil, influenciado por tais ideais, promulgou em 1934 a primeira Constituição da República Federativa brasileira, com base nos direitos sociais previstos nas constituições supracitadas, postos em um capítulo que dispunha sobre a ordem econômica e social.

¹BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

É a partir desse momento, que as constituições brasileiras passaram a ter, no corpo de seus textos, artigos sobre tais direitos que, no entanto, só vieram a ganhar um título próprio, separado da ordem econômica, na atual Constituição, promulgada em 1988².

Na Constituição Federal de 1988 o direito à saúde é resguardado em diversos dispositivos, uma vez que há uma grande conexão entre o direito à saúde e o direito à vida, o princípio da dignidade da pessoa humana, a proteção da integridade física.

A saúde é tratada pela atual Constituição como um direito social, conforme reza o seu art. 6^o³, *in verbis*, “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Assim sendo, o art. 6^o da Constituição de 1988⁴ prevê expressamente os direitos sociais, o que se coaduna com a noção de direito fundamental de segunda geração, que podem ser definidos nas palavras do mestre José Afonso da Silva⁵ como “prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

Nesse contexto, inclui-se o direito à saúde, insculpido no art. 196 da CRFB⁶, *in verbis*, “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Com efeito, a Constituição de 1988⁷ trouxe uma mudança de paradigma no que tange ao direito à saúde, posto que todos os brasileiros passam a ter a sua titularidade, não se cingindo apenas aos que compunham o mercado de trabalho formal, como ocorreu na época do período militar no Brasil, em que somente os trabalhadores urbanos com carteira assinada é que possuíam o direito ao atendimento na rede pública de saúde.

A partir da leitura do art. 196 da CF/88⁸, pode ser visto que a saúde deve ser garantida pelo Estado de forma universal e igualitária a todos. Insta registrar que o direito em tela comporta duas vertentes, uma de natureza negativa e outra de natureza positiva. Enquanto esta consiste no direito de exigir as medidas estatais concernentes tanto à prevenção das

²Ibid.

³Ibid.

⁴Ibid.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 286.

⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

⁷Ibid.

⁸Ibid.

doenças quanto ao tratamento delas, aquela significa que o Estado deve se abster de realizar qualquer ato que prejudique a saúde.⁹

Notadamente, portanto, depreende-se da norma o dever para o Estado de concretizar prestações positivas que assegurem condições de vida saudáveis a seus cidadãos, promovidas por meio de um tratamento igualitário e universal. É imperativo observar a dificuldade de materialização desse direito num país marcado historicamente pela desigualdade social.

No tocante à repartição de competências relacionadas ao direito à saúde, o art. 23, inciso II da Constituição de 1988¹⁰ disciplina a competência administrativa comum da União, dos Estados e dos Municípios zelar sobre a saúde. Ademais, o parágrafo único deste artigo¹¹ dita que de forma a equilibrar o desenvolvimento do bem-estar em âmbito nacional, deve haver a cooperação entre as esferas de governo responsáveis pela proteção à saúde a serem feitas por meio de leis complementares.

O art. 24, inciso XII da CF/88¹², por sua vez, atribuiu competência concorrente a tais entes para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, sendo a União responsável pela edição de normas gerais (art. 24, § 1º¹³), os Estados devem editar normas específicas de interesse regional, também denominada suplementares a legislação federal (art. 24, § 2º¹⁴) e os Municípios devem legislar sobre os assuntos de interesse local, sendo possível a atuação suplementar (art. 30, I e II)¹⁵.

Os artigos 196, 197 e 198 da CF/88¹⁶ remetem à regulamentação constitucional da cooperação entre os entes, determinando que as ações e serviços de saúde são dever do Estado e integram uma rede regionalizada e hierarquizada, organizada tendo em vista o princípio da descentralização.

Para que as prestações positivas estatais desse cunho se concretizassem, visando a dar efetividade ao direito à saúde na década de 1990, entrou em vigor a Lei nº 8.080/90¹⁷ (Lei Orgânica da Saúde), com o objetivo de montar a estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS).

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1984, p.306

¹⁰BRASIL, op.cit., nota 1.

¹¹Ibid. Parágrafo único: Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

¹²Ibid.

¹³ Ibid.

¹⁴Ibid.

¹⁵Ibid.

¹⁶Ibid.

¹⁷BRASIL. *Lei nº 8088, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 14 fev. 2019.

Com efeito, o Sistema Único de Saúde (SUS) possui como atores todos os entes da federação atuando de forma conjunta e harmoniosa na consecução do fim constitucional do direito à saúde, tendo suas diretrizes e parâmetros de financiamento previstos nas disposições contidas nos artigos 198 e 200 da Constituição Federal¹⁸.

Nesse ponto, assevera Luís Roberto Barroso¹⁹: “O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta”.

A Lei nº 8.080/90²⁰, chamada lei do SUS, define como fatores que determinam a saúde diversos elementos, tais como: alimentação, saneamento básico, meio ambiente, trabalho, renda, educação, transporte, lazer e acesso a serviços essenciais. Os níveis de saúde representariam, em última *ratio*, a organização social e econômica do país²¹.

Dessa forma, a concepção de saúde proposta pelo SUS é mais abrangente do que a simples ausência de moléstias. O sistema proposto busca a promoção da saúde da população em seus mais diferentes aspectos, tendo nela importante marcador do desenvolvimento do Brasil.

Buscando atender qualquer pessoa, de maneira integral, o SUS se propôs a uma missão verdadeiramente impossível, e dessa forma deixa, deveras, a desejar. Contudo, do ponto de vista normativo, o Brasil é um dos países mais avançados do mundo em matéria de saúde, prevendo – ainda que executando muito menos do que se espera – uma rara integralidade de acesso.²²

O sistema funciona por meio de uma base organizada, orientada por princípios como o da universalidade, da integralidade e da equidade. O primeiro princípio visa a garantir o direito à saúde para todos os brasileiros, sem distinção de acesso aos serviços de saúde oferecidos pelo SUS. Já o segundo princípio parte da premissa de que o sistema de saúde deve estar preparado para entender os seus usuários, introduzi-los em seu contexto social para melhor atender aos seus pleitos.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf> Acesso em: 22 set. 2018.

²⁰BRASIL. op. cit., nota 16.

²¹ Ibid. Art. 3º: A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país. Parágrafo único: Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

²²ARAÚJO, Cynthia Pereira. *A judicialização da saúde e a necessidade de assessoramento técnico do Juiz para decidir*. Disponível em: <<http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2016/03/Artigolivro-Rodrigo-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Por fim, o terceiro princípio busca priorizar a promoção da saúde para grupos sociais considerados mais vulneráveis do ponto de vista socioeconômico, prejudicados pela desigualdade social.

As ações e os serviços públicos de saúde pelo SUS são organizados de forma hierarquizada e descentralizada. O gestor nacional do Sistema é o Ministério da Saúde, responsável por formular, normatizar, fiscalizar, monitorar e avaliar as políticas e ações, juntamente com o Conselho Nacional de Saúde²³.

Os Conselhos de Saúde, que possuem âmbitos de atuação diferentes (nacional, estadual e municipal) são órgãos colegiados e atuam na formulação de estratégias e no controle da execução de políticas públicas. Além disso, os Estados e Municípios contam com a presença de Secretarias de Saúde, que controlam as ações e os serviços de saúde em seus âmbitos respectivos²⁴.

Outros Conselhos e Comissões também fazem parte do SUS, cada um com sua atribuição específica, permitindo um melhor gerenciamento das políticas públicas implementadas pelo Estado. Ainda no plano infraconstitucional, o SUS encontra-se disciplinado também pela Lei nº 8.124/90²⁵, que dispõe acerca da participação da comunidade na gestão do Sistema, bem como sobre a aplicação de recursos financeiros na garantia do direito à saúde.

Em resumo, foi criada uma estrutura normativa específica para o SUS, em complementação à disposição constitucional acerca do tema, conforme expõe Nadia Marques²⁶:

Podemos destacar que os principais marcos normativos após a Constituição Federal são: a Lei 8078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e organiza o Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor; a Lei 8080/90, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, organizando o Sistema Único de Saúde; Decreto nº 109/91, que reorganiza o Ministério da Saúde, trazendo para sua estrutura o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social; a Portaria 1565/94, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabelecendo as bases para a descentralização dos serviços e ações; a Lei 9782/99, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária; o Decreto 793/93, que estabelece a obrigatoriedade de colocação da denominação genérica de medicamentos e a Lei 9787/99, que transforma parte de suas fundamentações em Lei.

²³BRASIL. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>> Acesso em: 23 mai. 2018.

²⁴Ibid.

²⁵BRASIL. *Lei nº 8124*, de 19 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8124-19-dezembro-1990-363665-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁶MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p.116-117.

É importante registrar que a Lei nº8080/90²⁷ identifica como parte do processo de descentralização político-administrativa a regionalização e a hierarquização da rede de serviços de saúde, constituída em níveis de complexidade crescente e que pode ser complementada por serviços de natureza privada, mediante a necessidade de garantir a plenitude desses princípios.

Nos artigos 16 a 19 da Lei nº8080/90²⁸, encontram-se as normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde, em que se verifica a repartição de competência entre os entes federados para a sua promoção.

Primeiramente, o art. 16 da Lei nº8080/90²⁹ define as competências da direção nacional do SUS, ou seja, as atribuições da União. Entre elas, observa-se que cabe a ela promover a descentralização dos serviços e ações de saúde, de abrangência estadual e municipal, para as Unidades Federadas e para os Municípios, respectivamente (inciso XV³⁰). Além disso, deve a União coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade (inciso III, alínea “a”³¹).

O art. 17 da Lei nº8080/90³² delinea a competência dos Estados-membros quanto às atribuições do SUS. Consoante o inciso I do art. 17 da Lei nº8080/90³³, os Estados devem promover a descentralização para os municípios dos serviços e ações de saúde, sem prejuízo de ações suplementares e prestação de apoio técnico e financeiro. É dever dos Estados, conforme inciso IX³⁴ do artigo supracitado, a gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estatal e regional.

Já o art. 18 da Lei nº8080/90³⁵ demonstra que restou aos Municípios a carga principal da gestão, planejamento, organização, controle e execução dos serviços públicos de saúde, como decorrência da descentralização administrativa, um dos princípios norteadores do SUS.

Dessa forma, deduz-se que, exceto nos casos de alta complexidade regional ou nacional, a execução direta de políticas voltadas à saúde pelos Estados ou pela União somente deve ocorrer supletivamente, suprimindo eventuais omissões dos Municípios.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid., art. 16, inciso XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

³¹ Ibid., art. 16, III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

Especificamente no que diz respeito à questão dos medicamentos, salienta Luís Roberto Barroso³⁶:

No que toca particularmente à distribuição de medicamentos, a competência da União, Estados e Municípios não está explicitada nem na Constituição nem na Lei. A definição de critérios para a repartição de competências é apenas esboçada em inúmeros atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos.

A Portaria nº 3.916/98³⁷, que estabelece a Política Nacional de Medicamentos, pode ser entendida como o fundamento para o fornecimento de remédios pelo Estado, visto que ela indica que os entes federativos deverão elaborar listas de medicamentos que deverão ser racionalmente disponibilizados à população de forma a garantir o acesso àqueles considerados essenciais.

Guiado por esse raciocínio e pelo respeito à lógica do SUS, compete aos Municípios discriminar em suas listas os medicamentos de caráter essencial, estabelecidos de acordo com a OMS (Organização Mundial da Saúde) como sendo aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias e corriqueiras da população, e que devem, por isso, estar acessíveis a todos os segmentos da sociedade, sendo selecionados de acordo com a sua pertinência para a saúde pública, eficácia, segurança e estudos comparativos de custo.

No Brasil, a Portaria nº 533/12³⁸ estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME, com a listagem de medicamento que deverão atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira, promovendo o acesso e uso seguro e racional de medicamentos.

Os Estados-membros se limitariam a definir a aquisição e a dispensação de medicamentos de caráter excepcional, isto é, “aqueles destinados ao tratamento de patologias específicas, que atingem número limitado de pacientes, e que apresentam alto custo, seja em razão do seu valor unitário, seja em virtude da utilização por período prolongado”³⁹.

Por último, à União caberia a delimitação da Política Nacional de Medicamentos, através da qual lhe caberia a aquisição e a distribuição de medicamentos estratégicos, relacionados ao interesse nacional. Ademais, como principal responsável pela política de saúde, a União deve ser acionada nos casos de ausência dos medicamentos nas suas listas.

³⁶BARROSO, op. cit., nota 19.

³⁷BRASIL. *Portaria nº 3916*, de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 14 fev. 2019.

³⁸BRASIL. *Portaria nº 533*, de março de 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0533_28_03_2012.html> Acesso em: 15 fev. 2019

³⁹BARROSO, op. cit., nota 19.

Portanto, as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos foram estabelecidas com o objetivo de assegurar o acesso da população a medicamentos seguros, eficazes e de qualidade ao menor custo possível.

No que se refere à assistência farmacêutica, é necessário destacar que o Ministério da Saúde tem grande atuação em ações desenvolvidas para garantir o acesso aos medicamentos demandados pela população. O fornecimento de medicações pelo SUS para seus usuários se dá por meio de três variantes: Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF)⁴⁰, Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF)⁴¹ e Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF).⁴²

Os medicamentos são divididos em duas categorias: os básicos ou essenciais e os excepcionais. Os essenciais são os utilizados para o tratamento de doenças mais corriqueiras, de modo que devem estar disponíveis no SUS de forma permanente. Já os medicamentos excepcionais são indicados para doenças mais graves ou raras.

Com efeito, os medicamentos de alto custo estão incluídos entre os disponibilizados pelo Componente Especializado, sendo considerados medicamentos de dispensação excepcional, variando de acordo com as enfermidades específicas de cada paciente.

Tais medicamentos são definidos pela Portaria nº 3.916/1998 da ANVISA⁴³ como “medicamentos utilizados em doenças raras, geralmente de custo elevado, cuja dispensação atende a casos específicos”. Em razão disso, a dispensação desses medicamentos depende de processo mais rigoroso.

Uma das diretrizes e prioridades definidas na Política Nacional de Medicamento é a adoção e a revisão permanente da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), considerada como imprescindível instrumento de ação do SUS, que será integrada por aqueles medicamentos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, utilizando-se das três variantes acima destacadas.

Todas as divisões de categorias de medicamentos e seus respectivos fornecimentos giram em torno da criação de políticas públicas que levem em conta os recursos disponíveis para atingir o objetivo final. Dessa forma, a Organização Mundial de Saúde (OMS) forneceu uma lista de medicamentos essenciais para o desenvolvimento de políticas públicas, a fim de orientar os

⁴⁰BRASIL. Ministério da Saúde. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmacaceutica/medicamentos-rewrite/componente-basico-da-assistencia-farmacaceutica-cbaf>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

⁴¹Ibidem.

⁴²Ibidem.

⁴³BRASIL, op.cit., nota 37.

países. Com relação aos medicamentos de alto custo, não houve qualquer orientação, de modo que cada país pudesse avaliar sua realidade social, verificando as necessidades de sua população.⁴⁴

Utilizando a RENAME como base, os Estados e os Municípios organizam suas próprias listas de medicamentos essenciais (Relação Estadual de Medicamentos Essenciais, RESME, e Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, REMUNE).

A RENAME é atualizada pela Comissão Técnica e Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (COMARE), que é composta por órgãos do governo, incluindo instâncias gestoras do SUS, universidades e entidades de representação de profissionais da saúde. É importante que se verifique em qual componente está inserido o medicamento pleiteado, uma vez que a dispensação dos medicamentos pode variar de acordo com a sua classificação.

Um dos órgãos que atuam para garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que regulamenta, controla e fiscaliza os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, sendo a agência que pode autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação de medicamentos, conforme previsto na Lei nº 9782/99.⁴⁵

Em princípio, os medicamentos necessários ao tratamento dos pacientes atendidos na rede pública devem ser dispensados de forma gratuita. Para a disponibilização a preço acessível aos usuários da rede privada, foi instituído, por meio do Decreto nº 5.090/2004⁴⁶, o Programa da Farmácia Popular do Brasil, que se desenvolveu através de convênios entre os entes, a fim de que as medicações fossem obtidas pelos cidadãos a baixo custo.

Com o advento da Emenda Constitucional 29/2000⁴⁷, tornou-se possível a intervenção federal nos Estados e no Distrito Federal a fim de garantir a “aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”, conforme prevê o art. 34, VI, “e”, da CRFB/88⁴⁸.

A referida Emenda determinou, ainda, a forma como os entes federativos passariam a aplicar seus recursos financeiros em serviços e ações de saúde, conforme legislação

⁴⁴ ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. *Medicamentos de alto custo: causas, considerações jurídicas e possíveis soluções*. 2013. 82 f. Monografia/Graduação – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2013. p. 15.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 9782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

⁴⁶ BRASIL. *Decreto nº 5.090*, de 20 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁴⁸ Ibid.

complementar. Somente doze anos após a criação da EC 29/2000⁴⁹, foi publicada a Lei nº 141/2012⁵⁰, que regulamenta a destinação e o controle de valores mínimos à saúde, por parte da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Outrossim, a Lei nº 141/2012 dispõe, em seu art. 12⁵¹, que “os recursos da União serão repassados ao Fundo Nacional de Saúde e às demais unidades orçamentárias que compõem o órgão Ministério da Saúde, para ser aplicados em ações e serviços públicos de saúde.”

Em prosseguimento, o §2º do art. 13⁵² da Lei nº141/2012 determina que os recursos da União previstos nessa Lei sejam transferidos aos demais entes da Federação, observados os critérios estabelecidos pelo Chefe do Poder Executivo da União. Além disso, de acordo com o art. 17⁵³ do diploma legal, em comento, o repasse de recursos pela União observará as necessidades de saúde e a realidade social da população.

Conforme o exposto, constata-se que não se encontram inertes os Poderes Legislativo e Executivo, em relação às referidas políticas públicas de saúde de distribuição de medicamentos, no que tange ao arcabouço normativo de implementação.

Entretanto, na realidade social brasileira, ainda há muitos desafios para o Sistema Único de Saúde, conforme salienta Nadia Marques⁵⁴:

Um dos principais desafios para o Sistema Único de Saúde é resolver os problemas histórico-estruturais do sistema de saúde, com destaque para a superação das profundas desigualdades em saúde, com o respeito à diversidade regional e local, vindo a acarretar uma mudança substantiva no papel do Estado nas três esferas de governo, o fortalecimento da gestão pública com finalidades diferenciadas no âmbito nacional, estadual e municipal, a definição de competências para cada esfera de governo e o desenvolvimento de ações, no intuito de articular princípios nacionais de política com decisões e parâmetros locais e regionais

Passados mais de vinte anos da implementação do Sistema, apesar do que propunha o legislador, o que se vê, na prática, é a ineficiência na prestação dos serviços e dificuldades na efetivação dos tratamentos, especialmente no que se refere à obtenção de medicamentos frente às necessidades da população.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰BRASIL. *Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

⁵¹Ibid.

⁵²Ibid.

⁵³Ibid.

⁵⁴MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 124.

1.2 Judicialização e ativismo judicial no direito a saúde

Com o advento do Neoconstitucionalismo, as normas constitucionais passaram a não mais serem vistas como integrantes de um documento estritamente político, uma simples folha de papel, que simplesmente convocava os poderes Legislativo e Executivo a atuarem. Ao revés, passaram a gozar de aplicabilidade direta e imediata pelo Poder Judiciário.

No Brasil, parcela dos doutrinadores, como o Ingo Sarlet, já vinha a entender que o direito à saúde é direito subjetivo, passível de ser exigível em juízo e não possuindo mero caráter programático. Nesse sentido, esclarecedora a passagem de Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁵:

Além disso, como ocorre com os direitos fundamentais em geral, também os direitos sociais apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. No que diz com a primeira, ou seja, quando os direitos sociais operam como direitos subjetivos, está em causa a possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares) em face de seus destinatários. A despeito das dificuldades e objeções que se registram nessa esfera (v.g. , menor densidade das normas definidoras de direitos sociais, limites ao controle judicial das políticas públicas, dependência da disponibilidade de recursos, em outras palavras, do impacto da assim chamada reserva do possível), constata-se, no caso brasileiro, uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial (com destaque aqui para a jurisprudência do STF) no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo (portanto, gerador de uma obrigação de prestação por parte do destinatário) pelo menos no plano do mínimo existencial, concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, o que, em termos de maior incidência, se verifica especialmente nos casos do direito à saúde e à educação.

Igualmente, no plano jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal reconhece o caráter de direito público subjetivo nos termos do AgR-REnº 271.286-8/RS⁵⁶, como lembra Gilmar Mendes⁵⁷:

“A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, relator do AgR-RE 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço”.

⁵⁵SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.646.

⁵⁶Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471/RJ*. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; GONET, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1057.

Sobre os casos envolvendo, especificamente, o fornecimento de medicamentos, Felipe de Mello Fonte⁵⁸ afirma:

A jurisprudência dos Tribunais Superiores e, também dos Tribunais de Justiça estaduais está firmemente fixada no sentido de que existe um direito subjetivo público à obtenção das prestações públicas necessárias ao tratamento da saúde e manutenção da vida, decorrente do art. 196, caput, do texto constitucional. Neste passo, cabe ao interessado apenas o ônus de demonstrar, nos autos do feito, a sua impossibilidade de adquiri-los, bem como a doença que carrega.

Com essa nova dinâmica, os direitos constitucionais e, notadamente, os direitos sociais transformaram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, passando a merecer tutela judicial específica.

Conforme já explicitado no tópico anterior, o direito à saúde é garantido na Constituição Federal de 1988 e na legislação infraconstitucional como um dever do Estado *lato sensu*, ou seja, um dever a ser promovido pela União, Estados e Municípios da Federação. Segundo ensina Robert Alexy⁵⁹, o direito à saúde é um direito *prima facie*, considerando que é uma necessidade primordial do ser humano gozar de boa saúde, sem a qual estaria limitado para todos os outros direitos sociais constitucionais.

De acordo com Regis Fernandes de Oliveira⁶⁰, as necessidades públicas são definidas pela Constituição Federal e pelas leis que a complementam. Sua definição depende do momento histórico vigente e reflete os reais interesses da sociedade. No entanto, tais garantias constitucionais e sua real necessidade no atual panorama histórico brasileiro não são suficientes para garantir a concretização do direito à saúde da forma esperada.

O Estado não consegue suprir toda a demanda que a sociedade brasileira necessita, tendo em vista que o crescimento da população brasileira e a necessidade de fornecimento de medicamentos para tratamento e prevenção de determinadas enfermidades ocorre em uma escala acima do comum, enquanto os recursos auferidos para atendimento das necessidades públicas não acontecem na mesma proporção.

Dessa forma, é muito comum que o Poder Executivo fracasse na realização das políticas envolvendo o direito a saúde, em especial, no fornecimento de medicamentos, e, conseqüentemente, não consiga atender a todas as necessidades da população, ainda mais

⁵⁸ FONTE, Felipe de Mello. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 318.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p.25.

⁶⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais Ltda, 2014, p. 16.

considerando, a atual crise financeira vivenciada no Brasil, que, por sua vez, agrava a escassez de recursos dos cofres públicos.

O Poder Legislativo, por vezes, não exerce a efetiva fiscalização das atividades do poder Executivo no cumprimento daquelas demandas escolhidas para atendimento na área da saúde por via da atividade orçamentária, prejudicando as políticas envolvendo a área da saúde, em especial, no que tange aos recursos efetivamente empregados para a sua promoção.

Assim sendo, com o afastamento da tese de que o direito à saúde é uma norma meramente programática e com base no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, em especial a saúde, muitas ações são ajuizadas no intuito de garantir esse direito, objetivando o fornecimento de determinados medicamentos para o custeio de tratamentos das mais diversas enfermidades presentes na sociedade, causando o que hoje é chamado de “judicialização da saúde” ou “judicialização da política pública de Saúde”

A elocução “judicialização da política” pode ser remontada a Neal Tate e Torbjörn Vallinder, segundo os quais “a judicialização consiste, de todo modo, na transformação de algo em forma de processo judicial”⁶¹

A sociedade passa a buscar o Poder Judiciário como última alternativa para pedir algum tratamento que não esteja sendo adequadamente prestado pelo SUS ou que ainda não tenha sido incluído no protocolo clínico.

Em razão disso, o Poder Judiciário acaba por decidir quais regras são legítimas e estão em concordância com o ordenamento jurídico, assim como quais ações ou omissões dos poderes Executivo e Legislativo estão em desalinho. Como consequência disso, o Judiciário acaba por influenciar o curso das políticas públicas que são implementadas, julgando a legalidade delas.

Dentro desse contexto, convém destacar que a visão tradicional das democracias parlamentares não mais se sustenta. A ideia até então constituída de que o Judiciário teria uma atuação apenas como mero legislador negativo se distancia enormemente da prática contemporânea⁶².

Em que pese ao fato do Poder Judiciário não possuir os poderes orçamentários do poder Legislativo, nem os poderes coercitivos próprios do Poder Executivo, o seu poder político passa a residir no fato de ser, atualmente, o depositário da fé pública.

⁶¹TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: NYU Press, 1997. p. 13.

⁶² SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 130

Segundo Luís Roberto Barroso⁶³, nessa conjuntura de promoção de demandas pleiteando o fornecimento de medicamentos, poderá ser observado o surgimento de dois fenômenos distintos: a judicialização e o ativismo judicial, que possuem formações diferentes.

A judicialização decorreria do modelo constitucional adotado pelo Brasil e não da decisão de exercer a vontade política. Por atribuição constitucional, ao Judiciário compete decidir, não podendo deixar de apreciar as questões que chegam em juízo sob pena de violar o mandamento constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV⁶⁴.

Nesse ponto, o Judiciário passa a atuar em temas típicos do Legislativo ou do Executivo por causa da inércia ou da omissão desses poderes, se comportando de forma a atuar substituindo a função típica da administração ou do legislador.

O exercício da jurisdição começa a não se prender mais aos lindes do ordenamento jurídico positivado nem à ideia rígida de separação de poderes do constitucionalismo pretérito, mas utiliza-se de uma hermenêutica constitucional que alcança os valores substantivos da atual realidade social. Vê-se, pois, uma verdadeira atuação política dos magistrados em razão da necessidade de efetividade das normas constitucionais.

Nesse sentido, a judicialização da política passa a descrever um fenômeno social e jurídico que ocorre em razão das circunstâncias previstas na própria constituição ou no ordenamento jurídico. Significa que, numa constituição que garanta mais acesso à justiça e preveja mais direitos fundamentais tenha, como consequência, mais temas levados ao Judiciário atualmente.

Portanto, a judicialização da saúde descreve um contexto em que cada vez mais temas da política e das relações sociais envolvendo o direito à saúde passam a ser decididos por juízes e tribunais. Logo, se um tema é judicializado significa que ele vem sendo objeto de decisões judiciais com frequência maior do que antes.

Assim sendo, o fenômeno da judicialização nada depende do judiciário, ela ocorre independentemente do comportamento dos juízes e mostra que questões decididas tradicionalmente pelos Poderes Legislativo e Executivo, agora também vem sendo decididas pelo Poder Judiciário.

Já o ativismo judicial, conforme ensina Luís Roberto Barroso⁶⁵, tem origem na jurisprudência norte-americana, sendo uma atitude, um modo proativo e específico de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Isso se dá diante de situações

⁶³BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 abr.2019.

⁶⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

⁶⁵BARROSO, op. cit., nota 39.

de omissão do Poder Legislativo e Executivo, que culminam na não efetivação de demandas sociais. Logo, o ativismo judicial pressupõe uma postura ativista, com fito de concretizar valores e fins constitucionais, mas interferindo na atuação dos outros dois Poderes.

Dessa forma, o ativismo judicial descreve um comportamento, uma visão política de mundo de parte do Poder Judiciário. O ativismo judicial seria uma postura mais proativa do Poder Judiciário em interpretar e aplicar a Constituição, inclusive em situações não expressamente previstas em textos legais e muitas vezes em contrariedade à vontade política majoritária dos Poderes Legislativo e Executivo.

Essa postura pode se manifestar por meio da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, bem como na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, principalmente em matéria de políticas públicas, como as que envolvem a área da saúde.

Com efeito, o sistema é que propicia maior ou menor índice de judicialização, mas é o juiz quem pode ser ativista ou não. O ativismo é um comportamento. Todavia, a definição de ativismo judicial não é unívoca. Para Guilherme Peña de Moraes⁶⁶, ela poderá decorrer a partir da constatação de cinco significados:

O fenômeno sob investigação pode ser examinado como (i) “prática utilizada para atacar os atos emanados de outros Poderes do Estado, com constitucionalidade defensável”, (ii) “estratégia de não aplicar os precedentes”, (iii) “afastamento dos cânones de interpretação”, (iv) “conduta de legislar a partir dos tribunais” ou (v) “julgamento predeterminado a um fim”.³¹ Em que pese a multiplicidade de significados, permitimo-nos definir o ativismo judicial como método de criação judicial do Direito extra legem, porém intrainus.

De acordo com Luís Roberto Barroso, temos a seguinte distinção entre judicialização e ativismo judicial⁶⁷:

A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. (...) A

⁶⁶ MORAES, Guilherme Peña de. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual na justiça constitucional*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revis_tadireitoemovimento_online/edicoes/volume17_numero2/volume17_numero2_15.pdf> Acesso em 12 dez. 2019.

⁶⁷ Idem. *Supremacia ou diálogos judiciais: o desenvolvimento de uma jurisdição constitucional verdadeiramente democrática a partir da leitura institucional*. Disponível em: <<https://docplayer.com.br/22886666-Supremacia-ou-dialogos-judiciais-o-desenvolvimento-de-uma-jurisdicao-constitucional-verdadeiramente-democratica-a-partir-da-leitura-institucional-1.html>>. Acesso em: 20 abr. 2019.

judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. (...) Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

A judicialização da política, todavia, não resulta, ipso facto, em ativismo judicial, e vice-versa. O ativismo judicial é possível sem que, anteriormente, tenha havido a judicialização da política, na medida em que o Poder Judiciário pode adotar uma postura ativista em matérias que já eram submetidas à cognição judicial.⁶⁸

Com a judicialização, a sociedade, que se encontra ávida por garantir seus direitos sociais, passa a ter mais uma forma de participação no processo político, ademais, é por meio do Poder Judiciário que qualquer indivíduo pode reivindicar o seu direito envolvendo questões na área da saúde em juízo, ocasionando, o poder judiciário, um acesso mais amplo do que os demais poderes à política pública necessária no caso concreto de determinado indivíduo.

Nota-se, ainda, que o Poder Judiciário tem a obrigação de, quando provocado, apresentar resposta, legitimando com suas sentenças as garantias e direitos fundamentais.

Com isso, a judicialização, assim estruturada, não apresentaria nenhuma incompatibilidade com um regime político democrático, enquanto formadora de uma relação de compromissos entre o Poder Judiciário e a soberania popular, estando afastada da influência das representações majoritárias, podendo, assim, atuar com a égide da Constituição.⁶⁹

Outrossim, diversos estudiosos abordam eventuais razões para a crescente judicialização de políticas públicas, bem como as razões que levam o Poder Judiciário a adotar uma postura mais ativista na concretização dos direitos sociais. Luis Roberto Barroso⁷⁰, por exemplo, traz três causas para justificá-la.

Como primeira causa, cita o reconhecimento da importância de um Judiciário com força e independência como elemento central das democracias modernas, levou a uma vertiginosa ascensão do Judiciário. Como segunda causa, aponta a crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral, que criam uma desilusão com a política

⁶⁸ MORAES, op. cit., nota 66.

⁶⁹ REIS JÚNIOR, Paulo Bianchi. *A judicialização do acesso a medicamentos - a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro*. Dissertação apresentada à Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas para obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2008.

⁷⁰ BARROSO. op. cit., nota 19.

majoritária. E como terceira causa, aduz a inércia dos atores políticos diante de questões polêmicas em que haja desacordo moral, delegando ao Judiciário essas decisões⁷¹

De acordo com Luís Werneck Vianna,⁷² o que ensejou uma postura mais ativista por parte do Poder Judiciário foi a crise do Estado Social, a partir da década de 1970, com as reformas liberais que comprometeram os direitos de vulneráveis e por isso o judiciário passa a ser um contra-recursos a barrar as reformas liberais.

Para o jurista francês Antoine Garapon,⁷³ a judicialização decorre do enfraquecimento dos Poderes Legislativo e Executivo, elevando o Poder Judiciário a ator político, que passa a interferir diretamente em decisões relativas a políticas públicas, como subterfúgio último para se alcançar a democracia que se idealizou. À medida que se percebe um aumento da judicialização, decai a confiança dos cidadãos com a política.

Na fala do jurista⁷⁴supracitado, “a cooperação entre os diferentes atores da democracia não é mais assegurada pelo Estado, mas pelo direito, que se coloca, assim, como a nova linguagem política na qual são formuladas as reivindicações políticas”. Na sua concepção, a justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia, oferecendo potencialmente aos cidadãos a possibilidade de interpelarem seus governantes, fazendo com que respeitem aquilo prometido pela lei.

Por fim, Luís Roberto Barroso⁷⁵, acaba concluindo que o que contribuiu para as condutas mais ativistas do Poder Judiciário foram as situações de retração do Poder Legislativo, descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. Para Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento⁷⁶ os fatos que deram causa ao ativismo judicial são a crise de legitimidade dos demais poderes.

Atualmente pode ser observada essa situação no Brasil, em que a confiança é menor no Poder Executivo e no Poder Legislativo e maior no Poder Judiciário para a efetivação do direito à saúde almejado.

⁷¹Ibidem.

⁷² VIANA. Luis Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro:Revan, 1998, p.45.

⁷³ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 48-49.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ BARROSO. op. cit., nota 19.

⁷⁶SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.33.

1.3 Contrapontos sobre o ativismo judicial no Brasil

Enquanto a doutrina procura um ponto de equilíbrio entre a interpretação da Constituição pelos tribunais e a legitimidade administrativa garantida pelo processo político majoritário, é visível que a judicialização das políticas públicas faz parte da realidade brasileira. Acerca do controle das políticas públicas realizadas pelo Poder Judiciário, o doutrinador alemão Andreas Krell⁷⁷ pondera aspectos relevantes elucidando que:

[...] o Judiciário deve se tornar ‘responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, deixando o juiz, no atual Estado Constitucional Brasileiro, de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e ânimos da administração, para tornar-se uma expressão originária de Poder Estatal. (...), no entanto, as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.

Dessa forma, a guarda da Constituição deve se dar tanto numa perspectiva negativa, de defesa de direitos, quanto positiva, de garantia das prestações devidas pelo Estado. Nesse âmbito, especialmente no que tange à proteção dos direitos sociais, ergue-se a questão do ativismo judicial sobre as políticas públicas, em especial, as que envolvem a área da saúde.

Nessa vertente, para a compreensão do tema, são imprescindíveis os comentários de Luís Roberto Barroso⁷⁸:

Por sua vez, a questão do controle de políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo.

Das palavras do doutrinador brasileiro⁷⁹, deduz-se patente contraposição entre constitucionalismo e democracia na realidade jurídica brasileira. Por intermédio do processo político majoritário, os membros dos Poderes Executivo e Legislativo foram eleitos e, com isso, são os responsáveis pela efetivação das políticas públicas, consoante as disposições constitucionais. Eles detêm a legitimidade democrática constitucional para exercer tal função.

Todavia, é papel do Judiciário fazer valer as diretrizes fundamentais insculpidas na Constituição, e diante da não realização de tais medidas pelo Poder Público, as cortes

⁷⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A, 2002, p. 97 e 100.

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 386.

⁷⁹ *Ibidem*.

superiores, por meio do amplo controle de constitucionalidade, acabam por promover os valores constitucionais nos casos concretos, de forma a efetivar o direito fundamental à saúde almejado por determinados indivíduos da sociedade.

São muitos os argumentos favoráveis e desfavoráveis no que tange ao ativismo judicial em políticas públicas, incluindo, as que envolvem o fornecimento de medicamentos. Entre os argumentos favoráveis, pode-se encontrar na doutrina⁸⁰ a supremacia da constituição, a crise de legitimidade dos poderes e a necessária defesa das minorias e de grupos vulneráveis.

Por outro lado, no que tange aos argumentos desfavoráveis, pode ser citada a ausência de legitimidade democrática, as limitações orçamentárias, a ausência de capacidade institucional e o desestímulo à política e a sociedade civil.

No que diz respeito à supremacia da constituição, parte da doutrina favorável ao ativismo judicial destaca que se o juiz é ativista, ele é pelo fato da Constituição estar acima da vontade política ocasional. A Constituição é um consenso político que está acima das opções políticas dos Poderes Legislativo e Executivo. Por isso, caberia ao Judiciário atuar.

Na grande maioria dos casos levados ao Poder Judiciário para a tutela de medicamentos, uma das fundamentações jurídicas para o pedido almejado tem por base a idéia de que ao tratar de uma promoção do direito em apreço universal e igualitária, a Constituição impõe ao Administrador o dever de disponibilizar medicamentos que satisfaçam toda a população. Dessa forma, não se pode abster de prestar aqueles remédios que não estão presentes nas listas formuladas pelos entes da Federação.

Sustenta-se que a igualdade material é um dos princípios cardeais da nossa Carta Maior e deve, portanto, encorpar a interpretação do art. 196 da CRFB/88⁸¹. Assim, a universalidade e a igualdade nele insculpidas abarcam tanto aqueles cidadãos que precisam dos medicamentos listados quanto aqueles cujo tratamento requer assistência farmacêutica diversa.

Outro argumento que é perfilhado por muitos tendo em mira a obtenção de medicamentos pela via judicial é a devida integralidade à assistência farmacêutica consecutória da concepção de direito fundamental do direito à saúde. Entende-se que o art. 196 da CRFB⁸² deve ser interpretado como dispositivo autoaplicável e, portanto, a saúde deve ser entendida como direito de todos e dever do Estado. Nesses termos, insere-se no âmbito da sua promoção

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

⁸² Ibid.

adequada o provimento de remédios para a população e, não se olvidando do princípio da dignidade da pessoa humana, tal direito fundamental não poderia ser cerceado.

Em prosseguimento, com relação à alegação de crise de legitimidade dos poderes, Luis Roberto Barroso⁸³ afirma que em uma situação de anormalidade, como escândalos de corrupção ou desvio do interesse público da classe política, o Judiciário acaba adquirindo uma maior legitimidade.

Com efeito, a ausência de legitimidade democrática, apontada na doutrina como “dificuldade contramajoritária”, assenta-se na premissa de que as decisões dos órgãos eletivos, como o Congresso Nacional, seriam sempre expressão da vontade majoritária. E que, ao revés, as decisões proferidas por uma corte suprema, cujos membros não são eleitos, jamais seriam.

Segundo Luis Roberto Barroso⁸⁴, no Brasil, vive-se uma situação delicada, em que a atividade política desprende-se da sociedade civil, que passou a vê-la com indiferença, desconfiança ou desprezo. Ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, das relações oblíquas entre Executivo e parlamentares e do exercício de cargos públicos para benefício próprio revelou as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados.

O Legislativo nem sempre expressa o sentimento da maioria. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso⁸⁵:

Em primeiro lugar, minorias parlamentares podem funcionar como *veto players*, obstruindo o processamento da vontade da própria maioria parlamentar. Em outros casos, o autointeresse da Casa legislativa leva-a a decisões que frustram o sentimento popular. Além disso, parlamentos em todo o mundo estão sujeitos à captura eventual por interesses especiais, eufemismo que identifica o atendimento a interesses de certos agentes influentes do ponto de vista.

Dessa forma, os que defendem o ativismo judicial apontam que o Poder Judiciário, em certos contextos, seja o melhor intérprete do sentimento majoritário. Isso porque, os Juízes tomam posse, começam a exercer a sua função jurisdicional na primeira instância, mediante concurso público, ou seja, pessoas vindas de diferentes origens sociais, desde que tenham cursado uma Faculdade de Direito e tenham feito um estudo sistemático aplicado, podem ingressar na magistratura.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Os papeis das Supremas Cortes*. Disponível em: <<https://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>>. Acesso em: 20 abr.2019.

⁸⁵ Ibid.

Por outro lado, conforme destaca Luis Roberto Barroso⁸⁶ o acesso a uma vaga no Congresso envolve um custo financeiro elevado, que obriga o candidato, com frequência, a buscar financiamentos e parcerias com diferentes atores econômicos e empresariais. Esse fato produz inevitável aliança com alguns interesses particulares.

Por essa razão, em algumas circunstâncias, juízes são capazes de representar melhor ou com mais independência, a vontade da sociedade. Tal ideia ainda pode ser reforçada pelo fato dos juízes possuírem a garantia da vitaliciedade. Como consequência, não estão sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral, nem tampouco, ao menos em princípio, a tentações populistas.

Luis Roberto Barroso adverte, ainda, para o fato de que juízes são aprovados em concursos árdus e competitivos, que exigem longa preparação, constituindo quadros qualificados do serviço público. Tal fato pode trazer a pretensão de sobrepor certa racionalidade judicial às circunstâncias dos outros Poderes, cuja lógica de atuação, muitas vezes, é mais complexa e menos cartesiana. Por evidente, a arrogância judicial é tão ruim quanto qualquer outra, e há de ser evitada⁸⁷.

Cumprе ressaltar que, em regra, os órgãos judiciais atuam por iniciativa das partes, uma vez que as ações judiciais não se instauram de ofício. Ademais, juízes e tribunais decidirão a lide nos limites em que foi proposta, não podendo decidir além do pedido do autor, sob pena de nulidade da sentença e possuem o dever de ouvir todos os interessados.

No caso do Supremo Tribunal Federal, além da atuação obrigatória do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União em várias ações, existe a possibilidade de convocação de audiências públicas e da atuação de *amicus curiae*, que ajudam a fornecer subsídios às decisões dos tribunais, oferecendo-lhes melhor base para questões relevantes e de grande impacto. Tais apontamentos trazem maior legitimidade aos pronunciamentos judiciais.

Convém mencionar, que as decisões judiciais precisam ser motivadas, conforme art. 489, §1º do NCPC⁸⁸, não sendo um ato puramente discricionário uma vez que a ordem jurídica impõe ao juiz o dever de apresentar os fundamentos do seu raciocínio e convencimento.

Para os defensores da judicialização no fornecimento de medicamentos, o dever de promover o direito à saúde é do Estado e este, tendo como corolário a flexibilização do princípio da separação dos poderes em favor da coletividade, deve lograr êxito na consecução

⁸⁶Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸BRASIL. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em: 14 fev. 2019

deste seu dever constitucional seja administrativa ou judicialmente. Destarte, a atuação do Judiciário contempla a harmonia da separação entre os poderes na medida que se faz de forma a complementar a ausência de outro poder.

Nesse viés, os autores das demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos sustentam ser plenamente possível a atuação do Judiciário quando omissos os poderes Legislativo e o Executivo. Isto se coadunaria, ainda, com o fato de que, como guardião da Constituição e dos direitos fundamentais, o Judiciário deve garantir a efetividade das normas do nosso Texto Maior tornando concretos os ditames constitucionais.

Os juízes estariam tão somente corrigindo o tratamento à saúde indevido ou mal dado pelos órgãos administrativos de molde a materializar o direito em tela por meio da adequada entrega de medicamentos aos cidadãos.

Nesse diapasão, aliás, atenta-se a doutrina para o perigo da dupla exclusão⁸⁹, ou seja, o indivíduo não recebe o medicamento pelas vias administrativas, malgrado esta seja a imposição da lei, e tampouco pode se socorrer do Poder judiciário para assegurar a consecução do seu direito.

Por outro lado, os defensores da atuação restrita do Judiciário sobre os direitos sociais, em especial, os envolvendo o fornecimento de medicamentos, ressaltam o poder discricionário da Administração Pública como intransponível por qualquer outro Poder.

A autodeterminação é um dos princípios que caracterizam a Administração e no seu âmbito se inclui a possibilidade de executar as políticas públicas da melhor maneira possível, em consonância com a lei e com base na conveniência e oportunidade. Admite-se o controle do mérito administrativo pelo Judiciário tão somente no que diz respeito à legalidade da atuação da Administração, de forma a alcançar o verdadeiro interesse público.

No caso dos direitos sociais, como o direito à saúde, entende-se que estes fazem parte da discricionariedade do Poder Público e, por isso, não seria possível aos tribunais se imiscuírem na matéria, uma vez que tal interferência violaria a separação de poderes. Assim sendo, sob a égide do princípio da separação dos poderes, o Poder Judiciário não poderia ser transformado em co-gestor dos recursos públicos destinados à saúde, posto que tal *múnus* é da Administração Pública.

Conforme afirmam os defensores da Fazenda Pública, é cediço que as decisões judiciais têm se revestido, cada vez mais, de um caráter político. Nas duas últimas décadas a

⁸⁹SARLET, Ingo W. O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil. In: *Audiência Pública – Saúde*, 27 abr. 2009. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf> Acesso em: 09 abr. 2019.

interferência dos magistrados sobre o Poder Executivo no que tange à efetivação de direitos constitucionalmente garantidos vem demonstrando uma faceta eminentemente política do Poder Judiciário.

Nessa esteira, discute-se a legitimidade para tal atuação, visto que, ao mesmo tempo em que o juiz tem determinante importância como agente de transformação social ao efetivar ditames constitucionais, sua atuação indiscriminada esbarra na eventual usurpação de funções típicas do Legislativo e do Executivo.

O recrudescimento das ações judiciais em que se concede medicamentos a cidadãos individualizados gera um aumento de custos ao Estado. O acúmulo de provimentos favoráveis acarreta a assunção de obrigações pelo Poder Público que implicam, por conseguinte, em gastos que excedem a previsão orçamentária.

Isto ocorre porque no orçamento não se delimitam, a princípio, valores para cobrir tamanhas despesas erigidas por provimentos jurisdicionais. Lembra-se, nessa toada, a ofensa ao disposto no art. 167, II, da CRFB⁹⁰ que expressa que é vedada a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários.

Dessa forma, os medicamentos definidos nas listas são entendidos como aqueles que a Administração selecionou como resultado da ponderação entre recursos disponíveis e necessidades dos indivíduos. Destarte, sustenta-se que os medicamentos fora das listas elaboradas pelos entes federativos não seriam “justiciáveis”.

Nessa mesma linha de raciocínio, a Fazenda aduz a reserva do possível como um relevante motivo excludente de sua responsabilidade para suprir os pedidos de medicamentos. Interessa aqui observar o que os defensores do fornecimento de medicamentos apresentam ao se oporem a tal tese e, nessa toada, cita-se as palavras de Marcos Marcelli Gouvêa⁹¹:

Ainda que se admita o argumento da reserva do possível, é forçoso ter em mente, em primeiro lugar, que tal contingenciamento não se presume, devendo ser demonstrado pela Administração. Demais disto, mesmo diante de um quadro de carência financeira será possível determinar-se coercitivamente a implementação de um direito prestacional – notadamente ao fornecimento de remédios – se as outras opções de investimento da Administração não possuem o mesmo grau de prioridade. A prioridade de certas políticas públicas em relação a outras pode ter origem no direito positivo, como ocorre no âmbito do direito da infância e da juventude; na maioria das vezes, contudo, sua fonte repousa em considerações ligadas à teoria dos direitos fundamentais.

⁹⁰Ibid.

⁹¹GOUVÊA, Marcos Marselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. São Paulo: Forense, 2003. p.21-22.

Dessa forma, o doutrinador, Ingo Sarlet⁹², adepto da judicialização, adverte que “enquanto cabe ao particular comprovar a necessidade do seu pedido, é ônus do Poder Público provar a falta de recursos, isto é, a quebra do orçamento”.

Do entendimento que coloca o Poder Público como o responsável para a materialização de políticas públicas, exsurtem dois outros importantes argumentos que embasam os ataques à atuação judicial no tocante à entrega de remédios: a diferença entre a capacidade institucional do Judiciário e a da Administração e a desorganização orçamentária.

A finalidade constitucional insculpida no art. 196 da CRFB⁹³ parte da premissa de que a competência para implementação de políticas públicas é do Poder Público. Tal prerrogativa foi assim delimitada pelo legislador constituinte originário porque entendeu que o Poder Executivo detém a capacidade institucional para suportá-la. Somente ele pode, conforme a discricionariedade já mencionada e dentro dos parâmetros de conveniência e oportunidade, realizar as melhores escolhas para tornar efetivos os preceitos constitucionais.

Nesses termos, somente o Poder Executivo teria uma visão ampla de todas as vertentes que irradiam da concretização de políticas públicas em relação à saúde. Insere-se, nesse contexto, a noção exata das limitações orçamentárias, o conhecimento técnico para a adequada promoção de políticas de saúde e a chamada “macro-justiça”, isto é, a busca por equidade com a diminuição de distorções graças à amplitude de compreensão do meio social.

Em um contexto de análise econômica do direito, a Administração seria a única capaz de decidir sobre a alocação de recursos em setores que garantiriam, indiretamente, a consolidação do direito à saúde. O benefício auferido pela consecução de políticas de saneamento básico ou com a construção de redes de água potável, por exemplo, é muito maior do que a distribuição de medicamentos⁹⁴. Ao invés de se gastar dinheiro lutando contra doenças, o dispêndio é com a sua prevenção. Somente a Administração Pública, no entanto, tem a capacidade para ter essa visão global do assunto em prol do interesse coletivo.

O Judiciário, para quem defende a sua atuação restrita, é tecnicamente desqualificado para tal função e, por isso, não foi incluído na disposição constitucional. Não só o conhecimento dos magistrados não alberga as especificidades farmacêuticas, mas também suas ingerências sobre casos pontuais determinam a consecução da “micro-justiça”.

⁹²SARLET, op. cit., nota 62.

⁹³BRASIL, op. cit., nota 1.

⁹⁴BARROSO, op. cit., nota 19.

Segundo Ana Paula de Barcellos⁹⁵, o jurista não tem as informações suficientes nem os instrumentos técnicos necessários para definir a realização concreta do direito à saúde sem inevitavelmente desencadear diversas disparidades no sistema de políticas públicas considerado globalmente. A respeito do tema, vale transcrever as palavras de Luís Roberto Barroso⁹⁶:

Pode-se entender que a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas. Esta teria sido a opção do constituinte originário, ao determinar que o direito à saúde fosse garantido através de políticas sociais e econômicas. As decisões judiciais que determinam a entrega gratuita de medicamentos pelo Poder Público levariam, portanto, à alteração do arranjo institucional concebido pela Constituição de 1988 (...). O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos médicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública.

Sustenta-se outra questão de suma relevância afeta ao tema que é a desorganização e minimização do orçamento. O administrador público deve ser norteado por princípios que o conduzem ao melhor aproveitamento dos recursos públicos. Dentre esses, sobressaem-se os princípios constitucionais orçamentários, que evitam uma atuação desregrada do administrador e protegem o Erário Público.

Por muito tempo se entendeu, com base nas lições de Hely Lopes Meirelles e Miguel Seabra Fagundes⁹⁷, que as políticas públicas partiriam de uma atuação meramente administrativa, sem que se pudesse intentar ação para questioná-las, sob o argumento da separação de poderes e insindicabilidade da discricionariedade administrativa.

A interpretação se baseava na não autoaplicabilidade das normas programáticas, que somente produziriam efeitos após a *interpositivo legislatoris*, ou seja, após o legislador regulamentar as normas constitucionais, densificando normativamente as normas constitucionais. Por isso, somente caberia controle sobre legalidade das políticas públicas, mas não sobre suas deficiências.

Todavia, hoje a jurisprudência é firme no sentido de ser possível ao Poder Judiciário realizar o controle judicial da discricionariedade na realização de políticas públicas, mesmo em caso de omissão, por se tratar de um direito público subjetivo do indivíduo que tutela determinado medicamento.

⁹⁵BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado* 3, V. 32, 2006, p.5.

⁹⁶BARROSO, op. cit., nota 19.

⁹⁷FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 36.

Ademais, não há princípio constitucional absoluto, entre eles a separação de poderes, podendo outros princípios sobre ela prevalecer, a depender do caso concreto. Assim, não haveria violação à separação de poderes, mas sim a implementação de freios e contrapesos, realizando o controle recíproco de poderes, controlando a omissão do Poder Executivo.

Uma das alegações encontradas nas defesas fazendárias referentes às preliminares ao julgamento do mérito dessas ações é a falta de interesse de agir nos casos em que o demandante não procurou a via administrativa antes de ajuizar a ação. Fundamentam, no sentido de que deverá o autor fazer um prévio requerimento do medicamento à Administração, sob pena de inverter a lógica de funcionamento do próprio sistema de saúde.

Dessa forma, o Judiciário não poderia se transformar na porta principal de entrada das demandas por medicamentos, sendo a solicitação administrativa é essencial para fins de organização do SUS, além de evitar que a máquina judicial seja movida sem necessidade. Com o pedido, a Administração consegue identificar (e possivelmente sanar) eventuais desabastecimentos, aprimorar aspectos logísticos envolvidos na dispensação e produzir fundamentos para a negativa de fornecimento que poderão até mesmo facilitar a instrução de futura demanda judicial.⁹⁸

É nesse sentido, o Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça⁹⁹, que recomendou “ao autor da ação a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”

Por fim, o art. 12-F, parágrafo 1º, parte final, da Lei nº 9.868/99¹⁰⁰, prevê “outra providência a ser fixada pelo Tribunal”. Esse dispositivo poderá implicar na possibilidade de ativismo judicial, já que teria permitido ao Poder Judiciário fixar providências que entenderem cabíveis ao caso concreto para a efetiva tutela do direito, o que poderá autorizar medidas mais criativas e ativistas por parte do Judiciário.

⁹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº566571*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

⁹⁹ BRASIL. *Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88617-i-ii-jornada-de-direito-da-saude-aprova-35-novos-enunciado>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 14 ago. 2019

2. O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELA VIA JUDICIAL E O IMPACTO SOCIAL.

Nesse capítulo, serão analisadas as questões levadas ao Poder Judiciário e a evolução dos seus julgados até os dias atuais no que tange ao fornecimento de medicamentos pela via judicial. Serão ressaltadas algumas limitações e parâmetros ao Poder Judiciário na solução do caso concreto envolvendo o fornecimento de medicamentos.

Por fim, será comentado o impacto social que as decisões do Poder Judiciário produzem ao conceder determinados medicamentos a apenas um indivíduo em detrimento de políticas públicas no que tange a saúde em prol da sociedade.

2.1 A evolução das decisões judiciais no tocante ao fornecimento de medicamentos

Na medida em que o direito à saúde ganha um status de direito social insculpido na Carta Magna, ele se reveste de imperatividade e, com isso, passa a demandar a imediata produção de seus efeitos, trazendo para si a atuação do Poder Judiciário¹⁰¹.

A judicialização da saúde no Brasil é um fenômeno recente, típico do cenário jurídico instalado pela Constituição Federal de 1988 e, também, pelos níveis de inclusão social construídos no país nas últimas décadas, propiciando situações formais e materiais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano¹⁰².

Dessa forma, os direitos sociais trazidos pela Constituição de 1988¹⁰³ passam a ser exigíveis do Poder Público. Em decorrência disso, o Judiciário passa a apreciar questões relacionadas à saúde, tendo que dar uma resposta para essas demandas, posto que não pode o juiz se abster de julgar, já que é comando constitucional que nenhuma lesão ou ameaça a um direito possa ser afastada da apreciação pelo Poder Judiciário¹⁰⁴.

Segundo Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁵, não se pode esgotar o acesso aos tribunais tão somente com o poder de movimentar a jurisdição, o processo deve: “se desenvolver de uma

¹⁰¹CARLOS NETO, Daniel. *Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada*. Porto Velho: Motres, 2017, p. 13-15.

¹⁰²LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 82.

¹⁰³BRASIL. op. cit., nota 1

¹⁰⁴ Ibidem. Art. 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

¹⁰⁵GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela* (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf> Acesso em: 8 jul. 2020

determinada maneira que assegure às partes o direito a uma solução justa de seus conflitos”. Nesse diapasão, é uníssono o entendimento dos Tribunais brasileiros de que a atuação do Poder Judiciário é legítima quando há a ameaça ou efetiva violação a direitos fundamentais constitucionalmente garantidos em decorrência de ação ou omissão do Poder Público.

No Brasil, a evolução da jurisprudência das Cortes Superiores sobre o direito à saúde pode ser dividida em três fases¹⁰⁶:

Na primeira fase, iniciada em meados da década de 1990, denota-se a prevalência das teses da Fazenda Pública, no sentido da impossibilidade de atendimento estatal das demandas judicializadas relacionadas ao direito à saúde. Na segunda fase, que pode ser verificada a partir de uma série de julgados do ano de 2000, as duas cortes superiores passam a ressaltar a prioristicamente a necessidade de se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no mínimo existencial, para conceder pleitos ligados às prestações materiais de saúde em detrimento das teses fazendárias [...]. Finalmente, uma terceira fase inicia-se em meados da década de 2000, quando os tribunais eventualmente começam a negar pedidos ligados ao direito fundamental à saúde, analisando as questões próprias das ações – medicamentos fora da lista nacional, medicamentos experimentais etc.

Na primeira fase da evolução jurisprudencial envolvendo o tema da saúde, a jurisprudência majoritariamente se orientou pela impossibilidade de interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Como exemplo ilustrativo dessa fase, aponta-se o Recurso em Mandado de Segurança n. 6564/RS¹⁰⁷, julgado pelo STJ, em 23 de maio de 1996.

Nesse julgado, as normas dos arts. 195, 196, 204 e 227 da Constituição Federal¹⁰⁸ foram consideradas como de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não teriam força suficiente para desenvolver-se integralmente. Foi considerado, ainda, que no sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade seria permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas.

Em um segundo momento, iniciado em 2000, a jurisprudência predominante passa a se filiar a um novo entendimento. Identificada a fundamentalidade material do direito à saúde, como emanção direta do princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais superaram as várias teses defensivas da Fazenda Pública para fazer valer, indiscriminadamente, os pedidos dos usuários do Sistema Único de Saúde.

¹⁰⁶BALESTRA NETO, Otavio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista De Direito Sanitário*, 2015, p.87-111.

¹⁰⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS nº 6564/RS. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁰⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

O primeiro julgamento sobre controle judicial de políticas públicas na área da saúde, nessa segunda fase, ocorreu no julgamento do RE nº 271.286/RS¹⁰⁹, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que tratava do fornecimento de coquetel para tratamento da síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) gratuitamente. Nesse julgado, o STF entendeu que o direito fundamental à saúde seria autoaplicável, condenando o Estado a fornecer o referido coquetel. Nesse sentido, não se poderia alegar a ausência de recursos financeiros para negar aplicação a um direito fundamental, que goza de aplicabilidade imediata, na forma do art. 5º, parágrafo 1º e art.196 da CRFB¹¹⁰, rejeitando o fundamento da reserva do possível.

Em seu voto, o ministro Celso de Mello¹¹¹ aludiu à impossibilidade de obstar pleitos judiciais que busquem a efetivação do direito à saúde nos seguintes dizeres:

Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar o Ministério Público e o Poder Judiciário naquelas hipóteses em que órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

O STF, no RE nº 195.192/RS¹¹², decidiu que é possível ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo realizar o fornecimento gratuito de medicamentos a hipossuficientes econômicos. No voto do relator ministro Celso de Mello, foi destacado que o reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Ao final da década de 2000, os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significariam um “direito a tudo”. Passou-se a uma análise mais minudente do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negou aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas.

¹⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RE nº 271.286/RS. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹¹¹BRASIL, op. cit., nota 115.

¹¹²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 195.192/RS. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

Nessa terceira fase de evolução da jurisprudência no que tange ao fornecimento de medicamento, houve a convocação de uma audiência pública¹¹³ pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009 para debater o tema e buscar parâmetros para as decisões judiciais, visto que a quantidade de ações não mais poderia ser ignorada. Impulsionado por essa audiência, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou um Grupo de Trabalho¹¹⁴ que acabou por instituir a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010¹¹⁵, que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde.

Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107¹¹⁶, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. Cumprindo a Resolução nº 107, o CNJ¹¹⁷ disponibilizou em seu sítio eletrônico o número de ações de saúde que tramitavam nas mais diversas instâncias do Poder Judiciário: até junho de 2014 havia 62.291 ações na justiça federal; e 330.630 nas justiças estaduais (com exceção dos tribunais dos Estados do Amazonas, Pernambuco e Paraíba, que não enviaram informações). Percebe-se que a judicialização tem sido a via eleita pelos indivíduos para ter seu direito constitucional garantido e provido pelo poder público.

As experiências trazidas pela audiência pública sobre direito à saúde e a própria prática anterior da corte levaram o STF, em um julgado emblemático, à fixação de parâmetros bem mais definidos para o tema. Trata-se do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175/CE.¹¹⁸ Na ocasião, as balizas indicadas no voto do ministro Gilmar Mendes¹¹⁹ foram acompanhadas à unanimidade pelo plenário da corte.

Uma das primeiras balizas enfrentadas indicadas no voto é a de que se existem política pública e a Administração Pública não fornece a prestação material ali prevista, o cidadão tem direito subjetivo a obtê-la. Neste caso, o Poder Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento.

¹¹³BRASIL, op. cit., nota 112. Audiência Pública nº 4, realizada entre 27 de abril e 7 de maio de 2009, contou com depoimentos de pessoas com experiência e autoridade em relação ao SUS, contribuindo com o deslinde de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde.

¹¹⁴Instituído pela Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009 do CNJ.

¹¹⁵BRASIL. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/153871/2018_port0107_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 14 fev. 2019.

¹¹⁶BRASIL. *Portaria nº 107, de 18 de setembro de 2010*. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/153871/2018_port0107_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 14 fev. 2019.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175 Agr/CE*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹¹⁹ Ibid.

A segunda, é a de que se não existe política pública que abranja a prestação material requerida, deverá ser verificado o motivo da falta de fornecimento, que pode ser: (i) uma omissão legislativa ou administrativa; (ii) uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (iii) a vedação legal expressa à sua dispensação. De qualquer forma, nessa segunda baliza foi informado que seria vedado à Administração Pública fornecer prestação material que não possua registro na ANVISA por força de lei.

A terceira baliza, levou em consideração a motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Para esses casos, foram apresentadas três hipóteses, o primeiro, informa que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS, salvo em situações excepcionalíssimas, nas quais restar assentada a ineficácia ou impropriedade da política pública existente. O Segundo, nos casos em que o SUS não fornece nenhuma prestação material para determinada doença, é possível que existam tratamentos experimentais, que não têm ainda comprovação científica de sua eficácia. Tais drogas, porque ainda não aprovadas pelas autoridades sanitárias, não podem sequer ser comercializada se, menos ainda, fornecidas pelo SUS.

Outra hipótese levantada à época foi a existência de novos tratamentos, ainda não incorporados aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. É cediço que a burocracia administrativa pode eventualmente dificultar a incorporação desses novos tratamentos ao sistema público. Assim, não se afastaria a possibilidade de que a omissão administrativa seja objeto de impugnação judicial.

Nesse caso concreto discutido no precedente, o STF concluiu que as provas juntadas aos autos atestaram a eficácia do medicamento e, por outro lado, não restou comprovada a grave lesão à ordem, à saúde e à economia públicas, mantendo a tutela antecipada até então deferida.

Pode ser citado como exemplo dessa fase jurisprudencial o Mandado de Segurança nº 8895/DF¹²⁰, do STJ, em que os ministros passaram a esmiuçar as questões técnicas relacionadas às ciências médicas, iniciando uma fase em que o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de ser um argumento absoluto para a obtenção das prestações materiais em saúde.

A solução jurídica dos casos, então, passa a não se restringir tão somente a discussões sobre a eficácia de normas constitucionais, senão também sobre a eficiência de

¹²⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 8895/DF*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0/inteiro-teor-19603997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

tratamentos médicos, sua previsão no SUS e a necessidade de fixação de critérios para o atendimento de demandas excepcionais, sob pena de risco de desorganização do sistema de saúde.

Outro tema importante que chegou ao STF por meio do RE nº 429.903/RJ,¹²¹ julgado no ano de 2014, se refere a questão de estoques mínimos de medicamentos. Nesse julgado, a Suprema Corte decidiu que a Administração Pública pode ser obrigada, por decisão do Poder Judiciário, a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento, sendo ressaltado, que o Poder Público não poderia se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

No mesmo ano, o Superior Tribunal de Justiça, na decisão constante do REsp nº 1.069.810-RS¹²², entendeu pela possibilidade de bloqueio de verba pública para garantir o fornecimento de medicamentos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, editou a sua Súmula nº 178¹²³, que dispõe que para o cumprimento da tutela específica de prestação unificada de saúde, insere-se entre as medida de apoio, desde que ineficaz outro meio coercitivo, a apreensão de quantia suficiente à aquisição de medicamentos junto à conta bancária por onde transitam receitas públicas de ente devedor, com a imediata entrega ao necessitado e posterior prestação de contas.

Ademais, conforme Súmula nº 179 do TJRJ¹²⁴, compreende-se na prestação unificada de saúde a obrigação do ente público de fornecer produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que assista o paciente.

O Brasil, no ano de 2019, teve decisões importantes acerca das concessões de medicamentos não previstos pelo SUS e não registrados na ANVISA. O STJ, no REsp nº

¹²¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 429903/RJ*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232511/recurso-extraordinario-re-429903-rj-stf/inteiro-teor-133959930?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹²²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.069.810/RJ*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-resp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹²³BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 178*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹²⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 179*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

1.657.156/RJ¹²⁵ definiu os requisitos cumulativos para a concessão judicial de medicamentos não previstos pelo Sistema Único de Saúde (SUS): a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro na ANVISA do medicamento, observados os usos autorizados pela agência, sendo certo que este último requisito deve ser lido com base no entendimento externado pelo STF no RE nº 657.718/MG¹²⁶, contido abaixo.

No RE nº 657.718/MG¹²⁷, o STF decidiu acerca do fornecimento pelo Estado de medicamentos não registrados pela ANVISA. Como regra, a ausência de registro na ANVISA impede o fornecimento de medicamento por decisão judicial, pois o registro na ANVISA é uma proteção à saúde pública, tendo em vista que, por meio dele, se atesta a eficácia, a segurança e a qualidade dos medicamentos comercializados no país.

Contudo, o STF entendeu possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido, ou seja, no prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016¹²⁸, quando preenchidos três requisitos: a) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; b) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e c) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Sobreleva notar, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, ou seja, aqueles sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, como decidido pelo STF no RE nº 657.718/MG¹²⁹.

A propósito, na ADI nº 5501, julgada em 2016, o STF já havia se manifestado sobre a inconstitucionalidade da “pílula do câncer”, declarando a inconstitucionalidade da Lei nº 13.269/2016¹³⁰, por incompatibilidade com os artigos 1º, inciso III, 5º *caput*, 6º e 196 da

¹²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 26 abr. 2019

¹²⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹²⁷BRASIL, op. cit., nota 130.

¹²⁸BRASIL. *Lei nº 13441* de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

¹²⁹BRASIL, op. cit., nota 130.

¹³⁰BRASIL. *Lei nº 13.269* de 13 de abril de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

Constituição Federal¹³¹, porquanto autoriza o uso do medicamento fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, apesar da inexistência de estudos conclusivos no tocante aos efeitos colaterais em seres humanos. A decisão foi em sede de medida cautelar, estando pendente de julgamento.

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais da área de saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro, como decidiu o STF no RE nº 855.178 ED/SE¹³².

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, existe a Súmula nº 65¹³³ que possui o entendimento de que decorre dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988¹³⁴ e da Lei nº 8080/90¹³⁵, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela

Por fim, as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União, como decidiu o STF no RE nº 657.718/MG.¹³⁶ Ou seja, há aqui uma exceção à regra geral de responsabilidade solidária, uma vez que é obrigatório que a União faça parte do polo passivo uma vez que a ANVISA integra a Administração Pública Federal, sendo a União a responsável pela mora, não tendo os demais entes como saná-la.

2.2 O pragmatismo jurídico e os parâmetros para as decisões do Poder Judiciário

Como já visto, diversas são as razões para a crescente judicialização da questão atinente ao direito à saúde. A jurisprudência pátria autoriza o Poder Judiciário a exercer o controle das políticas públicas, verificando sua compatibilização com os direitos fundamentais

¹³¹ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 855.178 ED/SE. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 26 abr. 2019

¹³³ BRASIL. Súmula 65. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹³⁴ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹³⁵ BRASIL, op. cit., nota 17

¹³⁶ BRASIL, op. cit., nota 130.

previstos na Constituição Federal, seja na sua promoção ou efetivação. Contudo, há limites para essa atuação que devem ser observados pelo julgador.

Ao atuar em demandas que pleiteiam o fornecimento de medicamentos, o juiz deverá verificar em primeira análise a existência de política pública de saúde e identificar qual motivo para o ingresso em juízo. Assim, lembra Gilmar Mendes¹³⁷:

Pode ocorrer de medicamentos requeridos constarem das listas do Ministério da Saúde, ou de políticas públicas estaduais ou municipais, mas não estarem sendo fornecidos à população por problemas de gestão: há política pública determinando o fornecimento do medicamento requerido, mas, por problemas administrativos do órgão competente, o acesso está interrompido. Nesses casos, o cidadão, individualmente considerado, não pode ser punido pela ação administrativa ineficaz ou pela omissão do gestor do sistema de saúde em adquirir os fármacos considerados essenciais, em quantidades suficientes para atender à demanda. Não há dúvida de que está configurado um direito subjetivo à prestação de saúde, passível de efetivação por meio do Poder Judiciário.

Ademais, pode ser caso de medicamento que não seja fornecido pelo SUS, mas haja um similar, hipótese em que deverá ser demonstrada a razão pela qual o requerente não possa utilizar-se do medicamento similar. É, a partir de um critério de ponderação, verificar a razoabilidade do fornecimento requerido.¹³⁸

Nos últimos anos, o Judiciário tem enfrentado ações cujo pedido de medicamentos alternativo é aberto. Em outras palavras, o indivíduo pede um remédio específico, mas, na ausência deste, que sejam entregues quaisquer outros considerados necessários ao longo do tratamento¹³⁹.

Sem contar com a destacada violação às regras de processo civil que exigem que os pedidos sejam concretos e não genéricos, salienta-se que se formam títulos executivos judiciais absolutamente abertos que dão ao cidadão que logrou êxito na sua pretensão uma possibilidade maior que os demais de materialização do seu direito.

Isso porque, diferentemente do cidadão comum que venha a se socorrer da rede pública para conseguir o tratamento que precisa, o cidadão com o título executivo supra citado em mãos pode pedir qualquer medicamento que a ele se mostre necessário, mesmo que não mencionado no pedido ou no dispositivo da decisão judicial.

¹³⁷ MENDES, op. cit., nota 57.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ MASCARENHAS, op. cit., nota 15.

As decisões judiciais no Estado do Rio de Janeiro¹⁴⁰ vêm entendendo que o pedido só seria genérico caso fosse referente a quaisquer medicamentos e tratamentos, de forma ampla, o que não se verifica nos pleitos direcionados especificamente para o fornecimento de tratamentos e medicamentos relacionados à patologia apresentada por eventual autor, como por exemplo, diabetes e hipertensão, delimitando corretamente o seu alcance.

Contudo, o ideal seria especificar o medicamento indicado pela patologia de acordo com o indicado pelo Núcleo de Assessoramento Técnico que poderá indicar o medicamento que esteja incluído na lista do SUS, de forma a onerar menos os cofres públicos, evitar a desordem administrativa e a procrastinação da demanda.

Com o tempo, e levando em conta os pontos até então trazidos no presente trabalho, a jurisprudência vem fixando certos parâmetros para a atuação do Judiciário fixados pelas Cortes Superiores. Na ADPF nº 45¹⁴¹, relatada pelo Ministro Celso de Mello, foi firmado o entendimento que o Poder Judiciário tem legitimidade para implementar políticas públicas, a fim de garantir direitos de 2ª geração.

Do referido julgado se extrai o posicionamento consolidado na corte brasileira de que a interferência do Poder Judiciário para efetivar direitos constitucionais, como o direito à saúde, na esfera do Poder Legislativo e do Executivo deve ser realizado. Contudo, esta deveria ter como balizas o limite fixado pelo mínimo existencial garantido ao cidadão, a razoabilidade da pretensão e a existência de recurso orçamentário pelo estado, evitando-se dessa forma o excesso.

Acerca do mínimo existencial, Felipe de Mello Fonte¹⁴² traz considerações que os juízes deverão considerar, transcreva-se:

Em conclusão, o mínimo existencial reduz a zero o espaço de discricionariedade na execução das políticas públicas, permitindo ao Poder Judiciário, dentro desse estreito âmbito de essencialidade cogente efetuar um exame de suficiência e adequação sobre elas. É principalmente com base neste conceito que poderá ser fundamentado um direito subjetivo público à prestação positiva do Estado, tanto para efeito individual quanto coletivo. A extensão que se dá ao mínimo existencial depende de aspectos temporais, espaciais e subjetivos (em relação ao demandante), competindo ao Judiciário ir reconhecendo, de forma casuística, os casos em que ele está em jogo. Contudo, nesta tarefa, reiteramos, os juízes deverão considerar (i) a necessidade de universalização de seu acesso; e (ii) as limitações de receita que decorrem dos próprios limites tributários previstos na Constituição.

¹⁴⁰BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Decisão retirada dos autos do processo nº 0002836-26.2016.8.19.0051. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00044E1FA22851CA3C99D94B44886E37677CC50C170D3718&USER=>>>. Acesso em: 10 mar. 2019.

¹⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº. 45. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁴² FONTE, op. cit., nota 58.

Dessa forma, para o autor supracitado deverá ser observada as limitações fáticas e jurídicas na ponderação entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais para o atendimento de todas as demandas pleiteando determinado medicamento, levando em consideração a noção dos reais impactos que podem ser causados pelo julgado, devendo ser devidamente fundamentado os critérios que foram utilizados pelo julgador ao proferir a sua decisão.

O Superior Tribunal de Justiça, em 2018, trouxe outros parâmetros para a concessão de medicamentos no Tema Repetitivo nº 106, tendo como precedente o Recurso Especial nº 1657156/RJ¹⁴³, onde fixou a tese de que a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

No que diz respeito ao item ii, o voto vencedor afirma que não se exige comprovação de pobreza ou miserabilidade, mas, tão somente, a demonstração da incapacidade de arcar com os custos referentes à aquisição do medicamento prescrito.

Situação semelhante, mas que não se iguala com a anterior, é quando o medicamento pleiteado não está registrado na ANVISA. Como se sabe a ANVISA é uma autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde, responsável por exercer a vigilância sanitária de medicamentos. O art. 12 da Lei nº 6360/76¹⁴⁴ exige a aprovação e registro na ANVISA para comercialização de remédios no Brasil.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em 2019, no tema 500 de Repercussão Geral, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário nº 657718¹⁴⁵, trouxe importantes parâmetros nos casos envolvendo o fornecimento de medicamentos. Nesse julgado, o STF concluiu que, em regra, não é possível o fornecimento de medicamento por decisão judicial caso inexista registro na ANVISA, tendo em vista ser o órgão técnico que atesta a segurança e eficácia dos medicamentos.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº.1657156/RJ*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

¹⁴⁴BRASIL. *Lei nº 6.360* de 25 de setembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/l6360.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

¹⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 126.

Todavia, há exceção em que se permite a concessão de medicamento sem registro, qual seja, quando há demora da ANVISA em analisar o pedido de registro, além do cumprimento de três requisitos: (i) existência de pedido de registro, salvo para medicamentos órfãos para doenças raras; (ii) existência de registro em agências de regulação no exterior; (iii) inexistência de substituto terapêutico registrado.

Com relação ao prazo para apreciação do registro, o art. 17-A da Lei nº 6360/76¹⁴⁶ afirma que o prazo máximo para a decisão de registro em 365 dias, salvo 120 dias para medicamentos considerados prioritários, a partir da data do respectivo protocolo de priorização.

Outra perspectiva a ser considerada é no que diz respeito a medicamentos experimentais, ou seja, aqueles em fase de pesquisas e testes. Sopesando a dúvida acerca da sua eficácia, o STF decidiu que o Estado não pode ser obrigado a fornecê-los.

Por fim, sintetizando os posicionamentos acima expostos, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese no tema 500 de Repercussão Geral, trazendo novos parâmetros por meio do RE nº 657718¹⁴⁷, nos seguintes termos:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

No Brasil é ampla a discussão acerca dos limites do poder conferido aos magistrados, mormente quando este exerce a sua típica função de julgador. Há um clamor dos juristas pelo cumprimento à lei, mas há também uma busca para que se obtenha a segurança jurídica, ou seja, que as decisões dos juízes sejam previsíveis dentro do que já foi determinado pela jurisprudência.

Para rechaçar a perda do valor das normas jurídicas como balizadoras dos pronunciamentos judiciais, evitando assim, a substituição da lei pelas preferências do julgador, o magistrado deverá pautar-se, o máximo possível, pela vinculação aos conteúdos

¹⁴⁶ BRASIL, op. cit., nota 145.

¹⁴⁷ BRASIL, op. cit., nota 126.

jurídicos já densificados pelo próprio constituinte ou, quando for o caso, pelo legislador ordinário.

A observância destes conteúdos jurídicos implica na primazia das regras sobre os princípios e a adoção do método interpretativo literal, sempre que possível; e diante de situações que inequivocamente lhe demandem a atuação, o magistrado deverá ingerir da forma menos invasiva possível em relação aos demais poderes do Estado¹⁴⁸.

O balizamento das decisões judiciais ocorre não só nas primeiras instâncias, com a quase obrigatoriedade de se seguir os enunciados sumulados pelos tribunais superiores. A restrição à interpretação do juiz se dá, portanto, não só pelo balizamento da legislação e dos julgados, mas também por restrições internas do próprio Poder Judiciário.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.655/2018¹⁴⁹, que trouxe novas disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, foram introduzidas disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público.

Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto¹⁵⁰, autores do Projeto de Lei, justificaram a necessidade de uma nova lei para promover a melhoria da qualidade da atividade jurídico-decisória sobre questões públicas no Brasil, ressaltando que a atividade de regulamentação e aplicação das leis deveria ser submetida a novas balizas interpretativas, processuais e de controle.

Nesse sentido, o art. 20 da LINDB¹⁵¹ tem por escopo reforçar a ideia de responsabilidade decisória estatal perante a incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais sabidamente admitem diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução.

O artigo impede motivações decisórias vagas, apenas retóricas ou principiológicas, sem exame prévio de fatos e de impactos. Determina que o julgador avalie, na hora de fundamentar, a partir de elementos idôneos reunidos no processo administrativo, judicial ou de controle, as consequências práticas de sua decisão.

Quem decide não pode ser voluntarista, usar meras intuições, improvisar ou limitar a invocar fórmulas gerais como 'interesse público', 'princípio da moralidade' e outras. É preciso, com base em dados trazidos ao processo decisório, analisar problemas, opções e

¹⁴⁸ FONTE, op. cit., nota 58.

¹⁴⁹BRASIL. Lei nº 13.655 de 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁵⁰SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 277.

¹⁵¹ BRASIL, op. cit., nota 150.

consequências reais. Afinal, as decisões estatais de qualquer seara produzem efeitos práticos no mundo e não apenas no plano das ideias.¹⁵²

Convém mencionar que continua sendo possível decidir com base em valores jurídicos abstratos. No entanto, toda vez em que a decisão se pautar nesses valores, deverá ser feita uma análise prévia de quais serão as consequências práticas dessa decisão. Nesse contexto, o art. 20 da LINDB¹⁵³ insere a imprescindibilidade do julgador sopesar um argumento metajurídico no momento em que for proferir a sua decisão.

Assim, verifica-se uma tentativa de mitigar a força normativa dos princípios: A Constituição Federal é repleta de “valores jurídicos abstratos”. São inúmeros exemplos previstos no texto constitucional, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a moralidade, o bem-estar e a justiça social, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, etc. Esses valores jurídicos abstratos são comumente qualificados como princípios. Isso porque os princípios são normas que possuem um grau de abstração maior que as regras.

Com base na força normativa dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário determinou que o Poder Público implementasse medidas para assegurar direitos que estavam sendo desrespeitados, como por exemplo, a decisão contida no RE nº 429903/RJ¹⁵⁴, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 25/6/2014. Na referida decisão, a Administração Pública foi condenada a manter estoque mínimo de determinado medicamento utilizado no combate a certa doença grave, de modo a evitar novas interrupções no tratamento.

Por conseguinte, ao editar normas determinando a análise cuidadosa do magistrado, o legislador almejou, mesmo que indiretamente, tentar inibir o ativismo judicial em temas que abarcam a execução dos aludidos valores jurídicos abstratos, uma vez que introduziu uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar as consequências práticas da decisão.

A expressão consequências práticas da decisão é bem ampla. No entanto, Carlos Ari Sundfeld¹⁵⁵ destaca que a principal intenção do legislador foi a de impor a exigência de que o julgador considere, principalmente, as consequências econômicas da decisão proferida.

De acordo com a Análise Econômica do Direito (AED), a economia, especialmente a microeconomia, deve ser utilizada para resolver problemas legais, e, por outro lado, o Direito

¹⁵²BRASIL. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

¹⁵³ BRASIL, op. cit., nota 150.

¹⁵⁴ BRASIL, op. cit., nota 128.

¹⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 150.

acaba por influenciar a Economia. Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.¹⁵⁶

O parágrafo único do art. 20 da LINDB¹⁵⁷ dispõe que as decisões do magistrado deverá indicar os motivos de fato e de direito que o levaram a agir daquela maneira, demonstrando a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa.

Já o art. 21¹⁵⁸ exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invaldar atos, contratos, processos representa uma atuação muito relevante, que implica em consequências imediatas a bens e direito alheios.

Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que a lei busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão.¹⁵⁹

O art. 22 da LINDB¹⁶⁰ traz o primado da realidade ao dispor que na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. O grupo de juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto assim justificou a nova previsão legal:

A norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas. As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.¹⁶¹

Consoante a disposição do art. 23 da LINDB¹⁶², a decisão judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando

¹⁵⁶OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 2 ed., São Paulo: Método, 2014, p. 31.

¹⁵⁷BRASIL, op. cit., nota, 150.

¹⁵⁸Ibid.

¹⁵⁹BRASIL, op. cit., nota 153.

¹⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 150.

¹⁶¹BRASIL, op. cit., nota 153.

¹⁶²BRASIL, op. cit., nota 150.

indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Dessa forma, se houver uma alteração na forma como tipicamente a Administração Pública, os Tribunais de Contas ou o Poder Judiciário interpretavam uma determinada norma, deverá ser previsto um regime de transição. Esse regime de transição concebe a concessão de um prazo para que os administradores públicos e demais pessoas afetadas pela nova orientação possam se adaptar à nova interpretação.

Por vezes demoram anos para que o Poder Judiciário examine a validade de um ato ou contrato administrativo que já tenha se completado. Durante esse tempo, pode ocorrer de o entendimento até então vigente ser modificado. Caso isso aconteça, o ato deverá ser analisado conforme as orientações gerais da época e as situações por elas regidas deverão ser declaradas válidas, mesmo que apresentem vícios, conforme a disposição contida do art. 24 da LINDB¹⁶³.

Ultimamente pode ser verificado um aumento da influência de uma teoria chamada de pragmatismo, que acaba por relativizar determinados direitos em nome de um ou outro resultado social ou econômico pretendido, fazendo uso da mecanização de institutos jurídicos e instrumentalização de direitos. Dessa forma, pode ser constatado a influência do pragmatismo norte-americano com o advento da Lei nº 13655/18¹⁶⁴, sendo que seu núcleo (antifundacionalismo, consequencialismo e contextualismo) permeia a totalidade das novas disposições.

O pragmatismo é uma teoria que remonta ao final do século XIX e possui como expoentes John Dewey, Charles Sanders Peirce e William James. Essa teoria consiste em um pensamento filosófico que possui como premissa maior o fato de que o significado de um determinado conceito está nas suas consequências e aplicações práticas e não nos discursos abstratos que a filosofia tradicional sustenta.

Assim versa Rafael Oliveira¹⁶⁵ sobre o tema:

É importante frisar, desde logo, que não existe um único pragmatismo homogêneo, mas, sim, diversas formas de compreensão do pragmatismo, tendo em vista as influências de formas antigas do pensamento, tais como no darwinismo, do ceticismo e do empirismo da Antiguidade clássica etc. Não obstante as formas variadas de pragmatismos, todas elas apresentam três características comuns, a saber: a) antifundacionalismo: rejeita a existência de entidades metafísicas ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, imunes às transformações sociais; b) contextualismo: a interpretação jurídica é norteada por questões práticas e o direito é visto como prática social; e c) consequencialismo: as decisões devem ser

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Ibid.

¹⁶⁵ BRASIL, op. cit., nota 157.

tomadas a partir de suas consequências práticas (olhar para o futuro e não para o passado).

Em verdade, o pragmatismo rompe com os debates abstratos, guiados por valores morais e filosóficos e adota como válidas as apreciações baseadas na experiência dos resultados práticos de conceitos definidos ou condutas humanas e de suas consequências sociais e econômicas. A teoria pragmatista pode ser encarada não somente como uma teoria de direito, mas sim como uma teoria da atividade judicial.

Nesse contexto, existem duas frases emblemáticas do pragmatismo jurídico de Richard A. Posner¹⁶⁶ que traduzem a essência dessa preocupação com os resultados práticos das decisões, são elas: i) “o pragmatismo deve ser entendido como a disposição de basear as decisões públicas em fatos e consequências, não em conceitualismos e generalizações” e; ii) “os juízes pragmatistas sempre tentam fazer o melhor possível em vista do presente e do futuro, irrefreados pelo sentido de terem o dever de assegurar a coerência de princípios com o que outras autoridades fizeram no passado”

Segundo a teoria em análise, o julgador deverá ser capaz de examinar todos os possíveis desdobramentos práticos durante o seu processo decisório, sendo capaz de identificar os aspectos úteis e necessários das consequências de suas decisões. Tal comportamento objetiva afastar o debate de conceitos morais e filosóficos, visando tão somente uma análise empírica dos resultados práticos.

Dessa forma, o julgador deverá lançar seus olhos para o futuro, com o intuito de adotar a decisão que seja mais proporcional e razoável. O juiz aqui não é mero intérprete do Direito, mas sim um criador deste. O pragmatismo jurídico em certas ocasiões torna menos rígida a aplicação de determinados direitos, uma vez que os vê como meros instrumentos a serviço da comunidade e, desta forma, eles poderiam ser sacrificados em favor de uma consequência mais favorável à coletividade¹⁶⁷.

Conforme esclarece Rafael Alves Nunes¹⁶⁸, a efetivação dos direitos fundamentais, em determinadas situações, sobretudo em casos em que várias decisões são possíveis e as consequências econômicas e sociais advindas destas são múltiplas, caso o juiz seja pragmático

¹⁶⁶ DA COSTA, Bruno Farage. *A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de Richard Allen posner*. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/NTI1.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁶⁷ NUNES, Rafael Alves. *O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://publica.direito.com.br/artigos/?cod=84f2e494266e3d8b>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁶⁸Ibid.

no seu processo decisório, fatalmente algum direito será relativizado em nome de um benefício maior para a coletividade. Ou seja, uma injustiça será cometida.

Diferentemente das regras que são mais precisas, os princípios, em especial, os que envolvem os direitos fundamentais, possuem caráter mais aberto, são mais vagos, o que possibilita uma interpretação estabelecida em uma análise abstrata, moral, ética acerca de sua aplicação. Mas para Rafael Alves Nunes¹⁶⁹ este fato não justifica a instrumentalização destes direitos. É justamente este relativo grau de abstração que confere a eles a importância que eles possuem, uma vez que servem de proteção aos cidadãos perante desigualdades e injustiças.

Nesse sentido, o magistrado poderá fazer uso da ponderação buscando um equilíbrio na decisão judicial tomada, de modo que esta seja norteadada pela justiça social, baseada na igualdade de direitos e na solidariedade coletiva. Ademais, os direitos fundamentais constituem-se em verdadeiros trunfos da democracia e alicerces do Estado Democrático de Direito.

Convém destacar, que o ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, na decisão do RE nº565.089/SP¹⁷⁰ esclarece que as questões envolvendo o direito a saúde devem colocar as questões pragmáticas em segundo plano, transcreva-se:

A prevalência das consequências sobre o direito legislado resulta na inversão da lógica jurídica. Esclareço não preconizar, com isso, ignorar-se no processo a quadra vivida. Não perco de vista o horizonte social quando busco a solução dos problemas jurídicos com que me defronto. Aliás, qualquer interpretação jurídica parte da consideração de elementos fáticos, ainda que seja uma interpretação em abstrato, pois, mesmo em casos tais, o magistrado não deixa de formular a hipótese e alcançar conclusões com base na realidade conhecida. O que não posso aceitar é que, presente a obrigação jurídica sob todos os cânones interpretativos – extraída da literalidade, historicidade, sistematicidade e teleologia da Constituição –, simplesmente se deixe de reconhecê-la ante razões de índole pragmática. Impõe-se o contorcionismo técnico para salvar as finanças públicas, mas este é o papel do Tribunal Constitucional? A resposta só pode ser negativa. O Supremo tornou esse enfoque claro ao apreciar casos envolvendo a colisão entre direitos fundamentais, que ficariam submetidos à ineficácia por argumentos de índole financeira. Faço referência a decisões que resultaram no deferimento de coquetéis para tratamento da Aids, direito à matrícula em creche, direito a tratamentos médicos e internação hospitalar – vejam, por exemplo, os acórdãos relativos ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ao Recurso Extraordinário nº 436.996-6/SP, ambos relatados pelo Ministro Celso de Mello, ao Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão. Invariavelmente, este Tribunal tem assentado a plena eficácia da Carta, colocando em segundo plano considerações pragmáticas. O Supremo não deve ser um filtro pragmático quanto a disposições constitucionais cuja eficácia depende de recursos para que seja concretamente observada.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 565.089. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Conforme já visto, o STF fixou a tese no tema 500 de Repercussão Geral, trazendo parâmetros para o fornecimento de medicamentos experimentais e sem registro da ANVISA, por meio da decisão exarada no RE nº 657.71822¹⁷¹.

Em que pese todas as explicações teóricas contidas nos votos dos Ministros do STF, é possível verificar uma aplicação forte do pragmatismo jurídico na questão envolvendo medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA, considerando a afirmação contida no voto do Ministro Alexandre de Moraes que afirma “não se tratar de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos”.

Ao reinterpretar o direito fundamental à saúde, que antes vinha sendo aplicado de uma forma quase absoluta, aliada ao princípio da vedação ao retrocesso, com base na própria Constituição Federal e a sua força normativa, o STF legitimou aquilo que os Ministros interpretaram como essencial e eficiente para a manutenção do SUS e o bem estar da sociedade.

Ao que parece, o ativismo judicial, quando se pautar em valores jurídicos abstratos, tenderá a se alinhar, contemporaneamente, com a análise das consequências práticas da decisão.

O pragmatismo jurídico muitas vezes apresenta-se como uma teoria do ativismo judicial, uma vez que está envolvido com a construção da decisão que utiliza em seus fundamentos argumentos políticos. Dworkin¹⁷², por exemplo, vincula o ativismo ao pragmatismo jurídico, uma maneira consequencialista de ver as ações judiciais:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Todavia, não dá para vincular o ativismo judicial com a atividade intensa do judiciário. O fato de o STF assumir, em grande parte, a concretização de direitos fundamentais que dizem respeito às políticas públicas, por exemplo, não é fundamento por si só para se concluir que haja ativismo. O ativismo judicial está diretamente ligado ao não

¹⁷¹ BRASIL, op. cit., nota 126.

¹⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 452

respeito à relação necessária que deve haver entre o Judiciário, devido processo constitucional e a fundamentação das decisões.¹⁷³

Por fim, acerca do ativismo judicial, Guilherme Peña de Moraes¹⁷⁴, esclarece que para o ativismo judicial ocorrer de uma forma mais legítima, é necessário que o mesmo seja limitado por certos parâmetros, “standards”, quais sejam, a discriminação ou preconceito; a deliberação popular; o funcionamento da democracia; a capacidade técnica; e direitos de gerações futuras.

No que tange ao limite na discriminação ou preconceito, tem-se como norte que o princípio da igualdade e da isonomia é um princípio constitucional não absoluto, de modo que podem ser relativizados. Todavia, se há violação à proporcionalidade ou à razoabilidade, haverá a discriminação ou preconceito. O parâmetro, nesse caso, é que quanto maior for a questão ligada à discriminação ou preconceito, maior será o ativismo judicial.

Por outro lado, quanto maior for a deliberação popular sobre o tema, menor deverá ser o ativismo judicial, pois deve haver uma autocontenção, uma deferência do Poder Judiciário à escolha do Legislativo ou da população sobre o tema.

Quando o tema versar sobre o funcionamento da democracia, o Poder Judiciário deve atuar com maior protagonismo, visto que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e o Supremo Tribunal Federal é guardião da Constituição da República Federativa Brasileira, devendo, portanto, proteger o regime democrático vigente.

Já no que tange às qualificações técnicas, quando há maior capacidade técnica dos órgãos que deliberaram sobre a questão, menor deverá ser o ativismo, pois o Poder Judiciário deve prestar deferência ao entendimento dos órgãos técnicos sobre os temas em que esses detêm a *expertise*. Por fim, quando o tema tratar de direitos de gerações futuras, o Poder Judiciário pode realizar maior ativismo judicial.

2.3. O Impacto social das demandas envolvendo o fornecimento de medicamentos

A garantia do direito à vida é uma das principais do nosso ordenamento jurídico e não pode ser sobrepujada pelas regras do SUS ou por quaisquer procedimentos burocráticos.

¹⁷³ DE SÁ, Mariana Oliveira. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Disponível em: <file:///C:/Users/karina/Downloads/3126-15488-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.

¹⁷⁴ MORAES, Guilherme Pena de. Protagonismo institucional do poder judiciário no estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In: *Dilemas na Constituição*. Disponível em: <stf.jus.br/arquivo/biblioteca/NovasAquisicoes/2017-09/1098952/sumario.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.

Tais assertivas são inegáveis. A centralidade do direito à vida é constitucional e sua proteção é dever do Poder Público. Entretanto, tal tutela não pode ser banalizada de forma que qualquer ação cujo objeto seja o provimento de medicamentos seja julgada procedente sem uma aprofundada análise da verdadeira necessidade da entrega dos remédios.

Na medida em que o orçamento anual prevê uma sistemática de alocação de recursos e estes são redistribuídos em virtude de mandamentos judiciais, a autodeterminação do Poder Público é contundentemente afetada.

Há um grave comprometimento da eficiência na organização de políticas de saúde uma vez que a Administração se vê obrigada a cumprir as decisões judiciais em detrimento às suas próprias diretrizes orçamentárias. Nessa toada, frisa Marcos Marcelli Gouvêa¹⁷⁵ que, materialmente, ocorre uma verdadeira promoção desigual do direito à saúde:

Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência.

Dessa assertiva surge um questionamento acerca da igualdade que se alcança com a atuação judicial que concede medicamentos. Se ao promover a entrega de remédios a um cidadão o Judiciário estará, indiretamente, retirando tal prestação de outro, que sentido teria tal ativismo judicial se o art. 196 da Constituição Federal¹⁷⁶ preconiza a igualdade no tratamento do direito à saúde?

Luis Fernando Barzotto¹⁷⁷ leciona que, no âmbito da implementação do direito subjetivo em apreço, há de se guiar pelo fato de que o demandante “deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade” e que seu “bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último”.

Infere-se de tal entendimento que uma pretensão individual não pode implicar a desorganização do orçamento, posto que este é bem comum, nem inviabilizar o tratamento médico devido a outros membros da sociedade, visto que seria maculada a igualdade material. No entanto, aduz-se que é exatamente isso que ocorre no dia a dia com a atuação judicial em casos relacionados à matéria.

¹⁷⁵GOUVÊA, op. cit., nota 66.

¹⁷⁶BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁷⁷BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: Da Dogmática Jurídica à Ética. In: MELO, Cláudio Ari. Os Desafios dos Direitos Sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56, p. 75-76.

Ainda no que tange a igualdade, há de se atentar para a desigualdade de acesso à tutela jurisdicional, aventada por alguns doutrinadores. Sob esse prisma, aqueles que não têm acesso à Justiça estão preliminarmente excluídos da possibilidade de conseguir tratamento médico. Isso se demonstra ao se notar que quando o Judiciário toma para si a prerrogativa de fazer valer o direito à saúde através de concessões pontuais, ele favorece aqueles que tem discernimento e condições para postularem em juízo ao mesmo tempo em que deixa à margem aqueles que desconhecem seus direitos ou não sabem como lutar por eles judicialmente.

Pondera-se, assim, que a entrega de medicamentos pelo Judiciário seria, preponderantemente, voltada a sujeitos pertencentes à classe média e acabaria por aumentar as disparidades que busca erradicar.

Vale acolher, nesse esteio, o persuasivo argumento que o doutrinador Ingo Sarlet expõe, sobre a ponderação de interesses em que se tem em cheque, de ambos os lados conflitantes, o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷⁸:

É bem verdade que o intento de proteger o direito à saúde através da atividade jurisdicional demonstra uma busca, em última análise, pela tutela efetiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Este, ao ser pragmaticamente contraposto a questões orçamentárias, mostra-se indiscutivelmente preponderante e, numa ponderação objetiva, o Judiciário opta por seu resguardo.

Todavia, o que se põe em voga a ser ponderado não é o princípio da dignidade da pessoa humana, de um lado, e os princípios orçamentários, de outro. Na prática, o que ocorre é o choque entre o princípio da dignidade da pessoa humana – no caso, entendido como os direitos à vida, à integridade física e à saúde – em ambos os lados.

Em outras palavras, existem situações, como no caso da distribuição de medicamentos, que se coloca em litígio o direito a receber medicamentos pelo Estado por uns, que vão ao Judiciário, e outros, que, embora não tenham se socorrido da Justiça, detém o mesmo direito à saúde. Assim, as recorrentes decisões judiciais que não tratam devidamente do tema acabam por cometer, indiretamente, exatamente a injustiça da qual se tenta evadir.

Outro argumento de peso aventado nas peças defensivas das ações em tela, que, aliás, corrobora as questões suscitadas acima acerca do prejuízo orçamentário e da distribuição desigual dos recursos, é a famosa tese da reserva do possível. Segundo ela, os recursos públicos disponíveis à realização dos objetivos constitucionais são finitos e escassos diante da tamanha necessidade que se apresenta na realidade social. Inevitavelmente,

¹⁷⁸SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 124-125.

portanto, ao se investir em determinado setor estar-se-á deixando outro de lado. Ana Paula de Barcellos¹⁷⁹ ilumina a questão:

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por ele supridas (...) a reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e em última análise da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos. Em suma: pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.

Mesmo que com o pretexto nobre de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais, imputar ao Estado irrestrita responsabilidade como garantidor de todos os direitos preconizados na nossa Constituição é uma ilusão. Nesse diapasão, ainda que o Judiciário dê provimento a ações pontuais que versam sobre medicamentos, a escassez de recursos não pode ser ignorada, posto que é pressuposto fático para a consecução de qualquer política pública.

É latente, nesse quadro, a discussão acerca da universalidade do direito à saúde insculpido no art. 196 da CRFB¹⁸⁰. Frisa Fátima Vieira Henriques¹⁸¹ que, com tal disposição da Carta de 1988, acabou a segregação existente no passado em que somente aqueles que contribuíam com a Previdência Social tinham acesso ao sistema público de saúde. Dessa forma, o constituinte originário estabeleceu que qualquer pessoa pode se beneficiar das ações e serviços públicos de saúde, independentemente de prévio pagamento de contribuições previdenciárias.

No entanto, ao universalizar tal direito, o constituinte não tencionou instituir a obrigação de gratuidade das medidas públicas direcionadas à saúde. Deste modo, inclusive, se manifesta Ingo Sarlet¹⁸²:

O que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo qualquer prestação que envolva a proteção à saúde.

¹⁷⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 236 – 237.

¹⁸⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁸¹ HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacionalá Saúde e Atuação Jurisdicional. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.830.

¹⁸²SARLET, op. cit., nota 62.

Notadamente, portanto, o acesso universal e igualitário às ações e serviços voltados à aquisição da saúde deve ser combinado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não é porque o texto constitucional assegura a universalidade do acesso à saúde que o Estado poderá, a partir de então, ser compelido a fornecer gratuitamente medicamentos e serviços de saúde em geral a todos os seus cidadãos, até mesmo, àqueles que dispõem dos meios próprios para provê-los.

Nesse diapasão, evidencia-se outra questão controversa: a integralidade do direito em exame. O inciso II do art. 198 da Constituição¹⁸³ determina como diretriz do SUS o atendimento integral a seus usuários. Uma leitura apressada e sem se levar em conta toda a sistemática do ordenamento jurídico induziria o intérprete ao entendimento de que o Estado é o responsável por todo e qualquer tratamento de saúde que seu cidadão necessite.

Entretanto, a melhor compreensão do dispositivo aponta no sentido de que integralidade não é o mesmo que totalidade. Não há que se falar em assistência farmacêutica irrestrita ou ilimitada eis que é tarefa impossível em qualquer país do mundo, inclusive nos mais desenvolvidos, prover insumos à toda a população. O mesmo raciocínio apresenta Rodrigo Tostes Mascarenhas¹⁸⁴ ao se apresentar na audiência pública sobre saúde realizada no STF no primeiro semestre de 2009:

Esse conceito de integralidade igual à totalidade não pode prevalecer, pois é absolutamente inviável. Defendemos a generosidade do SUS como programa da nação brasileira. Mas não existe nenhum país do mundo – e estou comparando com os países mais desenvolvidos, como os melhores sistemas de saúde pública, expressamente: o Reino Unido, a Suécia, a Noruega, o Canadá, a Nova Zelândia – em nenhum país do mundo há um sistema, por mais rico e generoso que seja, que admita todo e qualquer tratamento, todo e qualquer insumo; não importa seu custo. Se essa questão não for enfrentada, o SUS, sem a menor dúvida, correrá um risco, e, cada vez mais, mais recursos orçamentários serão destinados a menos pessoas que têm acesso à justiça.

Ao contrário, a integralidade definida na norma constitucional alberga todos os tipos de ações a serem implementadas pelo Estado, dentre as quais destacam-se a ação preventiva, a ação corretiva, a vigilância sanitária e a vigilância epidemiológica. Ao se considerar devido pelo Estado o escorreito tratamento da saúde nas esferas supra mencionadas, este se cingirá “às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e

¹⁸³BRASIL, op. cit., nota 1

¹⁸⁴MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Responsabilidade dos Entes da Federação e financiamento do SUS. In.: *Audiência Pública – Saúde*, 28 abr. 2009. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf> Acesso em: 3 ago. 2019.

humanos existentes no território nacional”¹⁸⁵ não devendo abraçar todos os tratamentos possíveis sob pena de exaustão financeira e da formação de um sistema mais injusto, frente a impossibilidade de dispensação igualitária dos caríssimos tratamentos.

Muito embora não se deva esperar que o Estado venha a prover todo e qualquer tipo de medicamento que o cidadão necessita, deve-se levar em conta, nessa seara, o instituto principiológico consectário da dignidade da pessoa humana denominado mínimo existencial. Seu cerne se cinge na compreensão de que todo ser humano tem direito aos elementos mínimos essenciais a uma vida digna no seio de qualquer sociedade. Assim sendo, o primeiro conteúdo básico do mínimo existencial é o direito de receber as prestações básicas necessárias à manutenção da própria vida

Como bem assevera José Carlos Francisco¹⁸⁶, o conteúdo do mínimo existencial deve ser observado em cada tempo e espaço, visto que está associado diretamente às transformações contínuas da sociedade no que diz respeito a desenvolvimento econômico e capacidade tecnológica.

É de notória sabença que o Estado Democrático de Direito enuncia, através de seu texto constitucional, os fundamentos de uma vida digna. Estes, por sua vez, servem de alicerce ao operador do direito nos casos concretos, porém, somente se protegerá o núcleo essencial dessas normas – de forma a tornar real o mínimo existencial – com a sua interpretação coerente com o momento vivido pela sociedade.

Nessa esteira, sobressalta-se que existe um núcleo básico de condutas exigíveis garantido constitucionalmente e, para além desse núcleo, os preceitos constitucionais poderão ser concretizados de acordo com a conveniência e oportunidade como fruto da opção do Legislativo e do Executivo.

Ressalva Juan Carlos Gavara de Cara¹⁸⁷, que em nenhum momento poderão ser comprometidas as condições elementares das diretrizes constitucionais, sob pena de violação do pressuposto de igualdade elementar entre os cidadãos de uma sociedade.

Um exemplo de como as decisões judiciais acabam reafirmando as desigualdades sociais presentes no nosso país nos é mostrado por Alberto Kanamura, citado por Virgílio

¹⁸⁵HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacionalá Saúde e Atuação Jurisdicional. In.: SOUZA NETO,; SARMENTO, op. cit., p. 837.

¹⁸⁶FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In.: Ibidem., p. 861.

¹⁸⁷CARA, Juan Carlos Gavara. Derecho Fundamentales e Desarrollo Lelislativo – La Garantia Del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales em La Ley Fundamental de Bonn, 1994, pp. 219 e 227. Apud BARCELLOS, Ana Paula de. *O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata*. In.: Ibid., p. 809.

Afonso da Silva¹⁸⁸, e certamente nos faz pensar sobre se a judicialização da saúde realmente é o melhor caminho para a sociedade:

Num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões [judiciais] que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar milhares que vivem a doença como regra. Doenças que no mundo desenvolvido já não existem e que em tese são muito simples de tratar. Não é demais lembrar que, neste momento, o governo tenta combater a fome endêmica medicando os atingidos com uma ajuda de R\$ 50 por família mensalmente, talvez menos de R\$ 100 por pessoa ao ano. (KANAMURA, Alberto Hideki. "O dilema do gestor da saúde", Folha de São Paulo (10.07.2003), p. A3).

O autor usa o exemplo da doença de Gaucher. No Estado de São Paulo, há cerca de cem portadores da doença que, em razão de decisões judiciais, recebem tratamento grátis. O tratamento custa, por pessoa, US\$ 9.620 por mês. Para essas cem pessoas, o custo anual é de mais de US\$ 10 milhões. Segundo os dados transcritos acima sobre o combate à fome endêmica, esse valor seria suficiente para ajudar 250 mil pessoas por ano. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas. Com isso fica claro que, ainda que haja boas intenções, as histórias de sucesso individual nem sempre são, de fato, histórias de sucesso coletivo.

De um lado a Administração entende que os recursos são escassos, precisa atender as necessidades da população e deve seguir as leis e princípios, buscando a macro-justiça e do outro, temos o Judiciário que entende o direito à saúde como exclusivamente integral e universal, sem se importar com os impactos sobre as políticas públicas já formuladas, buscando a micro-justiça. O equilíbrio entre a dimensão individual e coletiva do direito à saúde parece estar completamente longe de ser alcançado.

É inerente a tal compreensão doutrinária que, para promover materialmente a igualdade proposta constitucionalmente, mesmo em suas condições mínimas de admissibilidade diante da dignidade da pessoa humana, existem custos à Administração. No entanto, de acordo com o entendimento de muitos doutrinadores, os gastos dispensados pelo Poder Público devem se cingir, *a priori*, a garantir o mínimo existencial e só devem alcançar o que ultrapassar esse parâmetro essencial no que for de interesse da coletividade. Especialmente no caso do direito à saúde, expõe Ana Paula de Barcellos¹⁸⁹:

As prestações que fazem parte do mínimo existencial – sem o qual restará violado o núcleo da dignidade da pessoa humana, compromisso fundamental do Estado Brasileiro – são oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos. É claro que,

¹⁸⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. Disponível em: < https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.

¹⁸⁹BARCELLOS, op. cit., nota, 75.

além desse conjunto de prestações mínimas, o Poder Público poderá optar por atender outras necessidades de saúde, e é bom, e constitucional, que o faça. A diferença em relação ao mínimo existencial está em que, em relação a este, o Judiciário pode praticar um ato específico: determinar concretamente o fornecimento da prestação de saúde com fundamento na Constituição e independentemente de existir uma ação específica da Administração ou do Legislativo nesse sentido.

Aqueles contrários à judicialização do fornecimento de medicamentos se apegam a esse argumento quando os anteriores são desconsiderados. Se, ao fim e ao cabo, o Judiciário atua sobre a questão, então que o faça respeitando os limites que lhes são impostos, isto é, que somente atuem quando o mínimo existencial for violado.

Desse modo, segundo os defensores das teses fazendárias, os juízes devem se ater às determinações afetas às prestações de saúde no que diz respeito ao mínimo essencial à vida digna do cidadão, mas, por outro lado, não deverá atuar em relação àquelas que não estão sob esses lindes.

Noutra vertente, pode-se citar outra frequente alegação nas petições defensivas fazendárias, qual seja, a necessidade de comprovação da necessidade do recebimento do tratamento de saúde pedido. Vale registrar que esta constitui uma questão verdadeiramente controversa no que diz respeito à judicialização da assistência farmacêutica pois a atuação indiscriminada dos tribunais de modo “pediu-levou”¹⁹⁰, vem sendo veementemente criticada por grande parte da doutrina.

Sustenta Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas¹⁹¹ que nem um terço das ações referentes a medicamentos envolvem emergência ou até mesmo risco de vida. Lembra, também, que há, no Brasil, especificamente na legislação suplementar da saúde, normas que regulamentam o que se entende por emergência. Estas, portanto, deveriam ser analisadas caso a caso para que se mostre coerente o argumento de respeito à vida. Se tal argumento permite que se busque o Judiciário para evitar dano à saúde, que seja respeitado o espírito da lei também para se depreender se há ou não verdadeiro risco à vida.

Segundo o entendimento acima exposto, portanto, o autor das ações em que se busca a entrega de medicamentos tem o ônus de comprovar sua efetiva necessidade, por risco à dano irreparável à saúde ou à vida. Seria preciso, pois, que se demonstre que, sem o devido tratamento – *in casu*, o fornecimento de remédios –, o indivíduo pode falecer ou vir a perder alguma função vital.

¹⁹⁰Termo utilizado pelo Prof. Ingo Sarlet para demonstrar a postura do Judiciário sobre ações relativas à medicamentos. SARLET, op. cit.

¹⁹¹MASCARENHAS, op. cit.

Ademais, conforme levantamentos realizados pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro¹⁹² acerca dos medicamentos de alto custo obtidos na via judicial, existe uma realidade chocante de diagnósticos falso positivos, gerando um grande impacto financeiro ao erário, transcreva-se:

De um universo de 1.418 pacientes diagnosticados com degeneração macular relacionada à idade (DMRI), edema de mácula, retinopatia diabética ou glaucomas e consequente indicação do medicamento Lucentis (cujo impacto financeiro ao erário, pela cessão medicamentosa, nos últimos 12 meses, foi de R\$ 42.655.368,48), 50 já foram reavaliados e, desse total, 25 confirmados como diagnósticos falsos positivos. Esse é o resultado de um levantamento inédito, iniciado há cerca de um mês, pela Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE-RJ), através da Especializada de Serviços de Saúde, em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde (SES-RJ). Com a intervenção, todos os pacientes já estão sendo reavaliados no recém-criado Polo de Verificação, Dispensação e Aplicação, no Hospital Universitário Pedro Ernesto. “Uma unidade referenciada para o diagnóstico diminui muito as chances de eventuais erros de avaliação. Além disso, concentrar a dispensação e aplicação do medicamento nesse mesmo local possibilita o aproveitamento da ampola em sua totalidade. Antes, cada ampola atendia um único paciente. Agora, as variações de dosagens entre pacientes poderão ser observadas e, a cessão medicamentosa, melhor direcionada. Ainda estamos começando, mas o impacto vai ser grande”, ressalta a Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços de Saúde, Vanessa Reis.

Ainda no esteio do ônus autoral de comprovar a efetiva necessidade, Fátima Vieira Henriques¹⁹³ entende que também se deve demonstrar a hipossuficiência para fazer jus ao recebimento tratamentos medicinais não previstos em lei ou atos normativos. Frise-se que seu posicionamento se limita àqueles medicamentos que não se encontram nas listas feitas pelos entes federativos. Nesse sentido, seu entendimento segue abaixo:

Cabe ao juiz exigir do demandante por prestação de saúde não explicitada em lei como de fornecimento estatal obrigatório a demonstração de que não dispõe de recursos financeiros suficientes para fazer frente ao gasto que pleiteia, ao menos sem que com isso coloque em risco sua própria sobrevivência e o sustento de sua família. Na realidade, como visto, a necessidade é fato constitutivo do direito autoral, de modo que, sem sua comprovação cabal, sequer há que se falar em direito *prima facie*.

Com efeito, o juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, isto é, a micro-justiça. Todavia, nem sempre ele dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento específico para instituir políticas públicas e avaliar o impacto de determinadas decisões que digam respeito a questões técnicas e extrajurídicas complexas. E mais, quando decide o caso concreto, o juiz fatalmente ignora

¹⁹²BRASIL. *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro faz levantamento inédito de medicamentos de alto custo obtidos via judicial*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2019/06/pge-rj-faz-levantamento-inedito-de-medicamentos-de-alto-custo-obtidos-via-judicial>> Acesso em: 31 ago. 2019.

¹⁹³HENRIQUES, op. cit., nota 146.

outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos escassos para o atendimento de demandas ilimitadas, isto é, a macro-justiça.

Nessa esteira, faz-se mister ressaltar, no tocante à dispensação de medicamentos, que são elaboradas listas pelos entes federativos à guisa de delimitar quais os medicamentos serão de competência de cada um desses sujeitos de direito público. Não se pode olvidar que, ao prepararem as listas, a Administração Pública analisou as necessidades prioritárias da população e as compatibilizou com os recursos disponíveis, a partir da visão ampla que tem para sopesar tais fenômenos¹⁹⁴.

Sendo assim, a União, os Estados e os Municípios já teriam se vinculado ao dispêndio de recursos para a compra e distribuição de medicamentos determinados nos moldes dos ditames constitucionais e não poderiam, portanto, ser acionados em juízo para prestarem serviços de saúde ou fornecerem tratamentos diversos daqueles já definidos.

Como os recursos públicos não são suficientes para suprir todas as necessidades dos cidadãos, cabe ao Poder Público tomar as decisões difíceis de investir em certos setores desprestigiando outros, em prol do bem comum, e de forma a causar o menor dano possível aos não privilegiados.

Ademais, o risco de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos promovam efeitos sistêmicos imprevisíveis ou a própria desorganização administrativa, pode recomendar uma posição de cautela por parte do Judiciário, à luz das diferentes capacidades institucionais.

São comuns, por exemplo, casos em que, quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, o Governo retira o fármaco de programa de atendimento integral, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável.

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Por fim, como bem salientado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, em seu voto no RE nº 566.471¹⁹⁵, não se deve cometer o equívoco de supor que a ponderação que se faz nessa matéria envolve o direito à saúde e à vida, de um lado, e a separação de Poderes e regras orçamentárias, de outro lado. Se fosse assim as soluções seriam mais fáceis. Como os recursos

¹⁹⁴ BARROSO, op. cit., nota 19.

¹⁹⁵ BRASIL, op. cit., 94.

são limitados e precisam ser distribuídos entre fins alternativos, a ponderação termina sendo entre vida e saúde de uns versus vida e saúde de outros. A vida e a saúde de quem tem condições de ir a júízo não têm valor maior do que a dos muitos que são invisíveis para o sistema de justiça.

3. A RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E OS IMPACTOS ORÇAMENTÁRIOS

O orçamento público se caracteriza pelos recursos disponibilizados para prestação de serviços e direitos regidos pelo Estado. No Brasil, o orçamento é gerenciado em três competências distintas, pela União, pelos Estados e pelos Municípios, especificando a aplicação do gasto público.

A judicialização da saúde se caracteriza pela decisão de determinado serviço de saúde vir a ser prestado por imposição do Judiciário a cumprimento do Executivo. Essas ordens judiciais que obrigam determinado ente federado a ofertar determinado serviço para um indivíduo ou determinado grupo não estão previstas no orçamento anual.

O Município do Rio de Janeiro, bem como o Estado do Rio de Janeiro, apesar de contarem com recursos federais, apresentam limitações orçamentárias, que submetem os gestores a priorizar o gasto público de acordo com o entendimento das particularidades do ente federativo.

Este tópico visa a analisar os impactos orçamentários pela judicialização da saúde no Estado e no município do Rio de Janeiro, quantificando os gastos estaduais e municipais previstos na lei orçamentária anual do Estado do Rio de Janeiro com as ordens judiciais expedidas no âmbito da saúde no exercício de 2019.

3.1. A Solidariedade dos Entes Federativos

A Constituição estabelece no art. 196¹⁹⁶ que o direito à saúde é dever do Estado. Nesse passo, constituído sob a forma federativa, o Estado brasileiro é composto por União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Concluindo o silogismo, a interpretação jurisprudencial do art. 196 da CF¹⁹⁷ é no sentido de que é solidária a responsabilidade dos entes federativos em promover a saúde à população, independentemente da lei infraconstitucional que atribui responsabilidades específicas para cada ente.

¹⁹⁶ BRASIL, op. cit., nota 1.

¹⁹⁷ Ibid.

A solidariedade passiva dos entes demonstra-se na possibilidade de o jurisdicionado requerer medicamentos de um dos entes públicos ou de todos eles juntos, conforme sua conveniência.

Diante de litígios em que se põe em risco o direito à vida, os tribunais têm apontado para a facilitação ao paciente do acesso ao bem postulado, *in casu*, os medicamentos. De acordo com tal entendimento, é mais conveniente e célere a postulação frente a todos os entes uma vez que com atuações conjuntas busca-se evadir da conhecida burocracia estatal e da consequente morosidade na prestação devida.

Não só da letra da lei se sustenta o posicionamento em prol da legitimidade passiva solidária dos entes da Federação. A fragilidade do indivíduo em face da grandeza institucional do Estado e, além disso, o fato de que, geralmente, aquele está acometido por grave enfermidade, reforçam o pacífico entendimento jurisprudencial.

Corroborando o que foi dito, traz-se à baila a Súmula nº 65 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁹⁸, que versa sobre a concessão de tutela antecipada nos casos afetos ao direito à saúde, *ipsis litteris*: “Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988¹⁹⁹ e da Lei nº 8080/90²⁰⁰, a responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela.”

Os tribunais têm assegurado ao administrado o recebimento da prestação da qual necessita de qualquer dos três entes diante da latente ameaça de lesão a direitos fundamentais nodais do cidadão, tais como a vida e a integridade física.

Portanto, o risco de possível dano irreparável aos pacientes que postulam perante o Judiciário o fornecimento de remédios é um relevante argumento aventado pelos tribunais ao atuarem de forma mais protetiva quanto à questão, optando pelo litisconsórcio passivo dos três entes federativos.

Boa parte da doutrina que se debruça sobre o tema, como Luis Roberto Barroso e Rodrigo Brandão²⁰¹, no entanto, critica tal posicionamento jurisprudencial, pois entendem que se criam grandes dificuldades na seara administrativa além de considerável dispêndio desnecessário de recursos. Defendem, como contra-argumento à tese da legitimidade solidária, a responsabilização de cada ente conforme a divisão de tarefas do SUS.

¹⁹⁸ BRASIL, op. cit., nota 136.

¹⁹⁹BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁰⁰BRASIL, op. cit., nota, 4.

²⁰¹BARROSO, op. cit., nota 19.

Outra crítica a aplicação da responsabilidade solidária é a de que esse entendimento proporciona distorções gravíssimas uma vez que poderá impor a um município pequeno um tratamento de competência da União, de custo elevadíssimo, muitas vezes equivalente ao orçamento mensal do Município.²⁰²

Para contornar situações como estas e para continuar aplicando o entendimento jurisprudencial em questão, a solução encontrada foi aprovar os pedidos contra os três entes da federação, ou apenas contra Estado ou Município, rateando o custo entre os mesmos.

A justificativa para manter este posicionamento jurisprudencial é o de que os entes poderiam compensar entre si os valores impostos a um ente que não seria de sua atribuição, compensação está, se existente, de difícil e demorada concretização.

Outra corrente sugere que a solidariedade deveria ocorrer somente em relação ao ente hierarquicamente superior, ou seja, uma atribuição de Município poderia ser arcada pelo Estado ou pela União e uma do Estado, só pela União. De modo inverso, o Estado e o Município não poderiam ser condenados por atribuição do Estado.²⁰³ Acerca da ausência de solidariedade entre os entes na prestação de serviços de saúde, argumenta Felipe de Melo Fonte²⁰⁴:

Alguns subsistemas constitucionais prevêm leis específicas para disciplinar essa atuação conjunta, tal como dispõe o art. 215, § 3º, da CF/88, ao mencionar o Plano Nacional de Cultura, hipótese em que as leis específicas disciplinadoras do setor devem ser tomadas em consideração. A saúde pública, por exemplo, está regulada na Lei n. 8.080/90, e não há nela qualquer indicação de solidariedade absoluta entre União, Estados e Municípios na prestação de serviços de saúde. Pelo contrário, a lei é clara ao estabelecer a obrigação primária das municipalidades na execução dos serviços de saúde (art. 18, I) deixando ao Estado a gestão do sistema de saúde de alta complexidade (art. 17, IX), bem como lhe atribuindo ações de caráter meramente suplementar. Em não havendo qualquer tipo de inconstitucionalidade capaz de macular a lei em questão (e aparentemente não há), é essencial que os tribunais observem a repartição de competências nela efetuada. Argumenta-se que admitir que leis infraconstitucionais disciplinem e distribuam atribuições em matéria de direitos fundamentais entre os entes federativos seria “interpretar a Constituição conforme uma lei ordinária. Não se pode concordar com este raciocínio, eis que (i) não há no texto constitucional qualquer norma explícita que imponha esta responsabilidade solidária entre os entes federativos, e neste caso, se tal norma existisse, as leis que a contrariassem seriam materialmente inconstitucionais; (ii) uma interpretação razoável aponta no sentido de distribuição de tarefas entre as diversas pessoas políticas da federação, sendo evidente que a redundância é contrária aos padrões de economicidade e eficiência exigidas também pelo texto constitucional; e (iii) as regras do art. 23 da Constituição atribuem competência aos entes federativos, habilitando-os a agir, mas não garantem direitos subjetivos, de modo que não se pode fundar nelas a eficácia pretendida. Esta visão também negligencia o espaço legítimo que o legislador possui na interpretação constitucional.

²⁰² BRASIL. Conselho Nacional da Saúde. *Coletânea Direito à Saúde – Boas Práticas e Diálogos Institucionais*. Brasília, outubro de 2018, p. 202.

²⁰³ Ibid.

²⁰⁴ FONTE, op.cit., nota 58.

Cumprir observar, que até a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175²⁰⁵, os precedentes do Supremo Tribunal Federal, caracterizados por decisões monocráticas, não traçavam qualquer consideração sobre o sentido de solidariedade, limitando-se a dispor acerca da possibilidade de inclusão de quaisquer dos entes no pólo passivo da demanda judicial e, por assim fazer, fez transparecer a adoção, pela Suprema Corte, do instituto “solidariedade” tal qual previsto no Código Civil.

Com o julgamento daquela suspensão de tutela antecipada, contudo, não obstante tenha o Supremo Tribunal mantido a nomenclatura “solidária”, a responsabilidade entre os entes federados em matéria de saúde foi apreciada sob perspectiva mais alargada, ao contemplar a possibilidade de distinção de atribuições, consagrada na expressão do Ministro Gilmar Mendes como “subsidiariedade” de responsabilidades.

O julgamento da STA nº 175²⁰⁶ nitidamente evidenciou essa característica da divisibilidade das atribuições mesmo na seara da obrigação comum de garantir saúde. Tanto assim que os tribunais pátrios passaram a adotar regras quanto à condenação dos entes, com base na distinção de atribuições a eles traçadas em âmbito legal ou mesmo infralegal.

O próprio CNJ, nessa mesma linha, enunciou na II Jornada de Direito da Saúde²⁰⁷:

60 – Saúde Pública - A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento.” (evento realizado em 18 e 19/5/15, praticamente 2 meses após o julgamento do RE nº 855.178, ocorrido em 5/3/15).

A ideia da solidariedade, que comumente implica condenação indistinta de todos os entes, sem repartição de atribuições, provoca desordem na forma de cumprimento do comando judicial, ainda, que a indicação constitucional de competência comum no cuidado e assistência à saúde prevista no art. 23, II, da CF/88²⁰⁸ exigiria indubitavelmente a participação de todos os entes, mas sem sobreposição de atribuições entre eles.

O programa de solidariedade erigido pelo texto constitucional em vigor é mais bem entendido com a análise das garantias e direitos fundamentais por ele estatuídos, pelos subsistemas de proteção social e, finalmente, pela análise dos objetivos fundamentais da

²⁰⁵BRASIL, op .cit., nota 123

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ BRASIL. *Enunciado nº 60 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

²⁰⁸BRASIL, op. cit., nota 1.

República, a saber: erradicação da pobreza e da discriminação, redução de desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos (art. 3º, III e IV, da CF/88). Vale mencionar também que a ideia de solidariedade permeia os chamados direitos fundamentais ditos de terceira geração (ou dimensão), os quais envolvem a proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural e dos direitos difusos de maneira geral²⁰⁹.

Todavia, a primeira disposição constitucional na seção reservada ao trato do direito à saúde é o comando do art. 196 da Constituição Federal,²¹⁰ que traça a obrigação a todo o Estado de garantir o direito à saúde. Por essa razão, os entes federados, todos eles, possuem o dever constitucional de assegurar a “promoção, proteção e recuperação” da saúde dos cidadãos brasileiros, de modo igualitário e universal.

A prefacial ordem constitucional, portanto, é clara quanto à impossibilidade de se argumentar pela ausência de responsabilidade de qualquer dos entes seja qual for a etapa da implementação do direito à saúde. A Constituição Federal traça, por meio da divisão de atribuições, organização ao sistema, mas sempre com participação de todos os entes em cada forma de concretização do direito.

Lado outro, contudo, a própria Constituição traz indicativos de que não foi sua intenção estabelecer obrigação superposta, tendo sido expressa quanto à descentralização como uma das diretrizes do SUS, previsto no art. 198, I da CF²¹¹ e, no mesmo passo, quanto à obrigação do Município de prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população, consoante art. 30, VII da CF²¹² e a existência de uma rede de atendimento “regionalizada e hierarquizada”

Como se extrai da Biblioteca Virtual em Saúde²¹³:

A organização do SUS em nosso país está assentada em três pilares: rede (integração dos serviços interfederativos), regionalização (região de saúde) e hierarquização (níveis de complexidade dos serviços). Estes são os pilares que sustentam o modelo de atenção à saúde, conforme dispõem o art. 198 da CF. A Constituição ao estatuir que o SUS é um sistema integrado, organizado em rede regionalizada e hierarquizada, definiu o modelo de atenção à saúde e a sua forma organizativa.

²⁰⁹ FONTE, op. cit., nota 58.

²¹⁰ BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹¹ Ibid.

²¹² Ibid.

²¹³ HOSSEPIAN, Arnaldo. O modelo de atenção à saúde se fundamenta em três pilares de regionalização e hierarquia. *Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2019. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/09/15/o-modelo-de-atencao-asaude-se-fundamenta-em-tres-pilares-rede-regionalizacao-ehierarquizacao/>> Acesso em: 12 nov. 2019.

Dos dispositivos citados e da compreensão técnica inserida em cada um dos conceitos eleitos pelo constituinte, a obrigação de garantir a saúde é comum e o sistema correspondente é único, nesse sentido, a responsabilidade é solidária.

O sistema é formado por uma rede de atendimento, o que pressupõe colaboração e organização e não uma superposição, que deve estar, tanto quanto possível, próxima do cidadão, isto é, municipalizada, sem que se desconsidere ser ela regionalizada.

Portanto, devem as regiões de saúde ser aptas a suprir as carências locais para garantir a integralidade das ações e serviços de saúde, por meio de uma hierarquização que considerará o grau de complexidade do atendimento necessário ao paciente, isto é, quanto mais complexo o atendimento, mais passível de ser ele afastado do ente local e direcionado a ente mais afeto à especialização técnica: estados e, sequencialmente, a União.

O que parece evidenciado, portanto, é que a Constituição em seu arcabouço normativo de definição de responsabilidades em matéria de saúde pública, externou duas ordens de atribuições com preponderância de atuação: responsabilidade por executar ações e serviços de saúde, preponderantemente atribuída ao Município, conforme art. 198, I, c/c art. 30, VII da CF²¹⁴, para que o atendimento se dê, preferencialmente, na própria região de residência do cidadão, com assunção de obrigações de atendimentos mais complexos pelos Estados e em sequência pela União e a responsabilidade pelo comando técnico e pelo financiamento do sistema acentuadamente atribuído à União e, em menor grau, aos Estados e Municípios, em ordem descendente.

A existência de duas ordens de atuação, com as respectivas divisões de atribuições que seguem a mesma direção, porém, sentidos opostos: aparato técnico e financeiro mais concentrado no ente central e execução direcionada a entes periféricos mostram-se consentânea com o modelo federativo brasileiro.

Sob essa ótica, é forçoso reconhecer que, ao estabelecer o art. 23 da Constituição Federal²¹⁵ a competência comum aos entes federativos de “cuidar da saúde”, não estipulou a carta constitucional uma obrigação indivisa, mas, ao contrário, definiu uma responsabilidade estruturada em níveis de atuação consentâneos com as atribuições próprias da repartição federativa, elemento essencial à construção do modelo de atenção à saúde reformadora propugnado pela Constituição.

Embora, portanto, a responsabilidade seja una, no sentido de que todos têm o dever inafastável de garantir saúde a seus cidadãos, a divisão de responsabilidades no SUS segue

²¹⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

²¹⁵Ibid.

uma gradação ascendente: centrípeta na ampliação das responsabilidades técnicas e de financiamento; e centrífuga na atribuição de execução das ações e serviços de saúde.

Importa ressaltar que foi exatamente dando concretização a esses comandos constitucionais, que o legislador editou a Lei nº 8080/90²¹⁶, densificando, especialmente em seus arts. 16 a 19²¹⁷, a divisão de atribuições entre os entes políticos em matéria de saúde, a qual foi ainda mais evidenciada após a edição da Lei nº 12.401/11²¹⁸.

De fato, seguindo essa lógica constitucional, traçou a Lei nº 8080/90²¹⁹, as seguintes atribuições no âmbito da responsabilidade solidária foi atribuída primeiro, no art. 16,²²⁰ que define as competências da direção nacional do SUS, ou seja, as atribuições da União. Dentre elas, vemos que cabe a ela promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal (inciso XV²²¹). Além disso, deve a União coordenar os sistemas de redes integradas de assistência de alta complexidade (Inciso III, alínea a²²²).

O art. 17²²³ delinea a competência dos Estados-membros quanto às atribuições do SUS. Consoante o inciso I²²⁴, os Estados devem promover a descentralização para os municípios dos serviços e ações de saúde. Conforme disposto no inciso III²²⁵, o Estado deverá prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde, bem como em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde, consoante inciso VIII²²⁶. É dever dos Estados, conforme inciso IX²²⁷ do artigo supra citado, a gestão de sistemas públicos de alta complexidade, de referência estatal e regional.

Por conseguinte, o art. 18,²²⁸ nos incisos I e V, demonstra que restou aos Municípios a carga principal da gestão, planejamento, organização, controle e execução dos serviços públicos de saúde, como decorrência da descentralização administrativa, um dos princípios norteadores do SUS.

²¹⁶BRASIL, op. cit., nota 17.

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸BRASIL. *Lei nº 12401, de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm> acesso em: 14 fev. 2019.

²¹⁹ BRASIL. op. cit., nota 17.

²²⁰ Ibid.

²²¹ BRASIL, op. cit., nota 4.

²²² Ibid.

²²³ Ibid.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ibid.

²²⁶ Ibid.

²²⁷ Ibid.

²²⁸ Ibid.

Já os arts. 19-Q e 19-U Lei nº 12.401/11²²⁹, estabeleceu capítulo próprio para a assistência terapêutica e para a incorporação de tecnologias em saúde, definindo-se a responsabilidade da União, com cooperação técnica da CONITEC, para decidir quanto à incorporação de novas tecnologias ao Sistema e a atribuição dos três entes – representados na Comissão Intergestores Tripartite – para definir a responsabilidade financeira pelo fornecimento da nova tecnologia.

Com efeito, se a lógica constitucional foi observada pelo legislador, também não pode ser afastada no bojo de demandas judiciais, sob pena de fatal desordem administrativa, com prejuízo não apenas ao paciente da demanda, mas ainda a todos os usuários do SUS.

Ao definir a responsabilidade como solidária, O Supremo Tribunal Federal, baseando-se na previsão da saúde como obrigação comum, conforme o disposto no art. 23, II da Constituição Federal²³⁰, traçou a todos os entes responsabilidade na garantia do direito à saúde, mas preservou, conforme ficou claro nos autos da STA nº 175²³¹, a possibilidade de se observar, na condenação dos entes, a repartição de atribuições traçada em âmbito legal ou mesmo infralegal, especialmente se tal repartição está consentânea à orientação constitucional centrípeta – quanto à cooperação técnica e financeira – e centrífuga – quanto à própria prestação do direito à saúde.

Atualmente, no que respeita ao fornecimento de medicamentos, tem-se que, no SUS o atendimento ao cidadão no que toca a dispensação de fármacos é feito: (i) pelos Municípios, no menor nível de complexidade, que corresponde ao “componente básico da assistência farmacêutica” e a parte do componente especializado; e (ii) pelos Estados, nos demais medicamentos do “componente especializado” e ainda no “componente estratégico”. Nunca, todavia, diretamente pela União.

Em relação ao financiamento: será ele do Município ou compartilhado entre os três entes (nas medicações que cumpre ao Município dispensar); do Estado (para parte dos medicamentos do componente especializado); e da União (no componente estratégico e, ainda, no maior nível de complexidade do componente especializado).

Como se observa, o financiamento de medicamentos no SUS segue a lógica da complexidade do tratamento da doença, da garantia da integralidade do tratamento da doença por meio de linhas de cuidado e da manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de

²²⁹BRASIL, op. cit., nota 177.

²³⁰BRASIL, op. cit., nota 1.

²³¹BRASIL, op. cit., nota 123.

gestão do SUS. Desconsiderar essa forma de atribuição de responsabilidade põe em risco a própria manutenção do sistema e o equilíbrio das contas públicas.

Diante do exposto, malgrado o SUS se forme como um conjunto de ações de cooperação entre os entes, cada um tem suas atribuições divididas conforme diretrizes principiológicas, legais e constitucionais. Assim, parte da doutrina entende que a descentralização, a repartição de atribuições dos entes federados e a separação dos tipos de medicamentos a serem distribuídos por cada ente colidiriam com a ideia de solidariedade passiva nas ações em que se busca o fornecimento de medicamentos.

Em outras palavras, a sistemática do SUS, ao discriminar entre os entes as competências para a realização de políticas públicas, estaria também definindo os sujeitos passivos das possíveis demandas cujo objeto fosse o direito à saúde e estivesse circunscrito nas atribuições de cada um deles.

Dessa forma, havendo um caso concreto em que se pleiteia a entrega de medicamentos essenciais, no pólo passivo da demanda deveria figurar somente o Município responsável pela distribuição dos remédios em apreço. Na situação exposta, a responsabilização do Estado-membro ou da União só se mostraria correta de forma subsidiária se comprovada a carência do Município em assegurar o direito em voga.

Noutro exemplo, se a ação versasse sobre medicamentos excepcionais o escorrito enquadramento do sujeito passivo seria o do Estado-membro. Se, por fim, cuidasse-se de tratamentos de saúde de caráter protetivo nacional, a legitimidade passiva estaria adstrita à União.

O Procurador Geral do Estado, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, mostra-se a favor do respeito à lógica do SUS na polarização passiva das demandas por medicamentos em virtude da realidade brasileira de escassez de recursos²³²:

O SUS também é um sistema pela imposição do princípio constitucional da eficiência. Num país de recursos escassos, num país com tanta carência de atendimento à população, é impossível cumprir os objetivos constitucionais da República dispostos no art. 3º sem que haja alguma ordem na atuação dos três entes federativos. A atuação com sobreposições, com falhas, as determinações para que os três entes forneçam ao mesmo tempo o mesmo tratamento (pois assim tem sido a maioria dos dispositivos das decisões judiciais) é inviável do ponto de vista sistemático.

²³²MASCARENHAS, op. cit.

Como se infere do trecho acima, o princípio da eficiência, um dos mais relevantes do Direito Administrativo, não pode ser deixado de lado quando se apresenta uma situação prestacional da Administração Pública. A diretriz principiológica assenta que se faz forçosa a procura pelo mais extenso atendimento à população, com o menor custo de recursos de molde que o serviço público devido seja prestado, qualitativamente, da melhor forma possível.

Os defensores da ilegitimidade conjunta dos entes consideram que admitir o cumprimento judicial de uma obrigação pelas três esferas da Federação, sendo apenas uma a verdadeira responsável pelo litígio, é ignorar o princípio em tela.

Noutro caminho, alguns autores lembram que a solidariedade, segundo ordenamento jurídico brasileiro, não se presume e deve, ao revés, resultar de lei ou da vontade das partes, conforme art. 275 do Código Civil de 2002²³³. Nesse passo, repisam que não há, literalmente, em nenhum dispositivo legal brasileiro qualquer menção à solidariedade passiva dos entes no caso em tela.

O art. 196 da CF²³⁴ dispõe que é competência do Estado como um todo promover o direito à saúde, mas o art. 197 da CF²³⁵ expressa que a regulação se dará na forma da Lei. Nesse diapasão, de acordo com a norma que regula o SUS, qual seja, a Lei nº 8.080/90,²³⁶ as atribuições dos entes são separadas e assim deve-se compreender também a responsabilização nas ações judiciais sobre a saúde, dividida conforme a competência do ente.

Consoante as normas de Direito Processual Civil, é réu aquele em face de quem a pretensão é deduzida. Logo, detém a legitimidade passiva quem, caso pretensão autoral seja provida, sofrerá as consequências dela decorrentes, sendo, pois, o sujeito apto a realizar efetivamente os direitos do autor, que detém a legitimidade ativa.

Sob essa ótica, se há a repartição de atribuições entre os entes federativos para a promoção da saúde, qualquer demanda desse cunho deveria acionar no pólo passivo o ente responsável pela realização da medida devida, e não todos os entes que compreendidos pelo termo Estado. Portanto, processualmente, a solidariedade passiva dos entes é considerada descabida.

Por todo o exposto, é compreensível que seja bastante controversa a discussão acerca de legitimidade passiva nas ações em que se busca o fornecimento de medicamentos. Se, por um lado, o Judiciário considera necessário o litisconsórcio entre os entes da federação para

²³³BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

²³⁴BRASIL, op. cit., nota 1.

²³⁵Ibid.

²³⁶BRASIL, op. cit., nota 4.

garantir a efetividade do direito à saúde, por outro, muitos críticos não se conformam com tal posição porquanto gera alguns problemas processuais e administrativos, além de contrariar a eficiência da prestação do direito em apreço.

Convém destacar, que o Supremo Tribunal Federal acaba por mitigar essa responsabilidade solidaria, como ocorreu no julgamento do RE 657718²³⁷, em que foi decidido que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais e na Suspensão de Tutela Provisória (STP) nº 127²³⁸, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a participação de município na obrigação de fornecer medicação de alto custo.

Por fim, frente ao atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal que aplica a responsabilidade solidária aos entes federativos nos casos inerentes ao direito à saúde, é recomendável que, tratando-se de obrigação a ser financiada por ente diverso daquele obrigado diretamente a realizar a prestação material, seja especificada a divisão das responsabilidades, imputando-se discriminadamente o destinatário de cada obrigação.

Deverá, também, estabelecer um prazo para o ente responsável pelo financiamento promover o ressarcimento ao que realizou a obrigação de fazer judicialmente imposta ou, ao condenar solidariamente os entes federativos ao fornecimento de medicamentos, impor uma forma de execução da obrigação de fazer de forma estruturada, de acordo com a sistemática do SUS.

3.2 Políticas Públicas e o Planejamento Orçamentário dos Entes Federativos no Fornecimento de medicamentos

De acordo com Regis Fernandes de Oliveira²³⁹, as necessidades públicas são definidas pela Constituição Federal e pelas leis que as complementam. Sua definição depende do momento histórico vigente e refletem os reais interesses da sociedade.

As políticas públicas são bastante relevantes para um atendimento mais amplo às necessidades dos cidadãos assegurando seus direitos essenciais elencados na constituição brasileira. Contudo, a insuficiência de recursos necessários é inerente à satisfação das necessidades públicas, em especial no tocante à saúde.

²³⁷BRASIL, op. cit., nota 130.

²³⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 127*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411749>>. Acesso em: 26 ago. 2019

²³⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014, p.16.

A alocação de recursos para efetivar determinada política pública envolve decisões referentes a quanto disponibilizar e a quem atender e, não há um critério único para balizar essas decisões. Ao contrário, as decisões tendem a serem políticas, discricionárias e mitigadas²⁴⁰.

É o Poder Executivo quem possui um panorama geral dos recursos disponíveis e das necessidades a serem providas, o que lhe permite melhores decisões alocativas dos recursos públicos, ou seja, o planejamento e as políticas públicas. Não é por outro motivo que o próprio texto constitucional estabeleceu essa dentre as suas diversas atribuições como competência típica do Poder Executivo.

Ademais, o planejamento das políticas públicas é uma atividade muito complexa e exige não apenas escolhas políticas, mas jurídicas e técnicas. A ideia de que as políticas públicas englobam leis, diversos atos administrativos e fatos tendentes à realização de determinada finalidade imediatamente remete a noção de procedimento.

Daí por que em sede doutrinária há o reconhecimento das etapas que dão ensejo à formação e execução das políticas públicas. Ademais, as políticas públicas são *cíclicas* porque dificilmente as questões que demandaram a sua concretização são solucionadas em curto prazo. São identificadas, basicamente, quatro fases, que compreendem: (i) a definição da agenda pública; (ii) a formulação e escolha das políticas públicas; (iii) sua implementação pelo órgão competente; e (iv) avaliação pelos diversos mecanismos previstos na Constituição e nas leis.²⁴¹

Por outro lado, para Frederico Augusto d'Ávila Riani²⁴², para a elaboração das políticas públicas serão necessárias a observação de algumas etapas, quais sejam, identificação dos problemas a serem enfrentados, formulação da Política Pública, implementação, monitoramento e avaliação dos resultados obtidos.

No tocante a competência para formulação e implementação de políticas públicas na área da saúde, é importante observar a norma contida no artigo 23, inciso II, da Constituição da República Federativa Brasileira²⁴³, que dispõe ser de competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Nesse sentido cada ente federado

²⁴⁰ BRASIL, op. cit., nota 207.

²⁴¹ FONTE, op. cit., nota 58.

²⁴²RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário. *Sequência – Estudos Jurídicos e políticos*. Florianópolis. V34, nº66, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26473>>. Acesso em: 25 abr. 2019

²⁴³BRASIL, op. cit., nota 1.

deve promover em seu âmbito de atuação a garantia ao acesso à saúde e responderem solidariamente pela gestão do SUS.

No que se refere à política de dispensação de medicamentos²⁴⁴, cabe ressaltar que o tema possui todo um regramento próprio contido na Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde²⁴⁵ e inúmeros outros atos administrativos federais, estaduais e municipais.

Com fundamento em tais atos normativos, ao gestor federal compete estabelecer a Política Nacional de Medicamentos, delineando, com o auxílio dos gestores estaduais e municipais, a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Com base nela é que os Municípios definem suas listas de medicamentos essenciais (REMUNE), de modo a executar a assistência farmacêutica no seu âmbito local, cujo propósito prioritário é a atenção básica à saúde, além de outros medicamentos essenciais que possam estar definidos no Plano Municipal de Saúde.

À União, em parceria com os Estados membros e o Distrito Federal, incumbe adquirir e distribuir medicamentos de caráter excepcional, conforme contido nas Portarias nº 2.982/09,²⁴⁶ que aprova as normas de execução e de financiamento da Assistência Farmacêutica na Atenção Básica e a Portaria nº 1.321, de 05 de junho de 2007,²⁴⁷ que define os recursos para Estados e Distrito Federal, a título de co-financiamento, para aquisição e distribuição de Medicamentos de Dispensação Excepcional da Tabela SIA/SUS.

No tocante ao gestor estadual, a este também compete delimitar lista de medicamentos que serão obtidos diretamente pelo Estado Membro, particularmente os de dispensação excepcional (RESME).

Assim sendo, a subdivisão da competência para o fornecimento de medicamentos entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios em função de portarias expedidas pelo Ministério da Saúde se enquadra na atividade administrativa de organização dos gestores de saúde para racionalizar a distribuição das receitas, de acordo com a competência de cada responsável, desde que essa distribuição de atribuições não comprometa o acesso à saúde²⁴⁸.

²⁴⁴A dispensação enquanto serviço integrado as ações de saúde na rede de atenção têm como elementos norteadores a promoção do uso racional de medicamentos para população e a efetiva participação do farmacêutico, enquanto na entrega de medicamentos nem todas as informações necessárias para o uso correto de medicamentos está assegurada. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=serie-uso-razional-medicamentos-284&alias=1544-dispensacao-dispensar-e-entregar-nao-sao-sino-nimos-4&Itemid=965>. Acesso em: 4 nov.2019.

²⁴⁵ BRASIL, op. cit., nota 30.

²⁴⁶BRASIL. Portaria nº 2982 de 26 de novembro de 2009. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁴⁷BRASIL. Portaria nº 1321 de 5 de junho de 2007. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt1321_05_06_2007.html>. Acesso em: 31 ago. 2019.

²⁴⁸ JABOUR, op. cit., 2012, p. 70

Estabelecida a Política Pública voltada para a área da saúde, são indispensáveis os recursos para sua implementação. Conforme salienta Frederico Augusto d'Ávila²⁴⁹, é o processo orçamentário público que aloca recursos financeiros do Estado para a satisfação das necessidades públicas. Ou seja, é o processo orçamentário a atividade financeira do Estado primordial para a realização de Políticas Públicas, as quais ficam na dependência das relações políticas que definem as prioridades orçamentárias.

Com efeito, a função política é discricionária, uma vez que o seu exercente goza de certa liberdade para desempenhá-la, porém de forma mitigada pela vinculação constitucional de receita arrecadada com destinação específica.

Conforme explica Regis Fernandes de Oliveira²⁵⁰, o Poder Público elege politicamente os destinos dos recursos financeiros que deve ser devidamente autorizado pelo legislativo, quando da aprovação da lei orçamentária, que deverá prever as políticas públicas constituídas com a finalidade de atender os ditames constitucionais.

Assim, haverá um único orçamento, em consonância com o princípio da unidade que está estampado no art. 165, §5º da CRFB²⁵¹. No entanto, em termos formais, o orçamento se compõe de três leis orçamentárias: Projeto Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual. Essas três leis são leis de programação, afetas ao orçamento.

Tais leis são leis de iniciativa privativa do chefe do executivo, tomando por base a programação de governo que o elegeu, depositada no Tribunal Regional Eleitoral ou no Tribunal Superior Eleitoral, que vai inspirá-lo no que tange à elaboração de projeto de leis orçamentárias.

O chefe de Executivo, uma vez eleito, com lastro na programação que apresentou para a população por ocasião da campanha eleitoral, deverá confeccionar um único projeto de Plano Plurianual, pois vai vigor por quatro anos, e quatro projetos de Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, pois cada qual vigerá por um ano.

O orçamento público é um importante instrumento de planejamento e representa o fluxo previsto de ingressos e de aplicações de recursos em determinado período. Ele se constitui a partir da Lei Orçamentária Anual – LOA, que compreende a previsão de arrecadação das receitas orçamentárias e a fixação das despesas para cada ano de exercício de

²⁴⁹ RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. *Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário. Sequência – Estudos Jurídicos e políticos*. Florianópolis. V34, nº66, 2013. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26473>>. Acesso em: 25 abr. 2019.

²⁵⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais Ltda, 2015.

²⁵¹ BRASIL, op.cit., nota 1.

um governo, conforme o previsto no § 8º do art.165 da Constituição Federal de 1988 e na Lei Federal nº 4.320/64²⁵².

As receitas públicas correspondem aos ingressos, procedentes da arrecadação de tributos ou de outras fontes e são destinadas à satisfação das necessidades públicas, mantidas pelo Estado. Para Aliomar Baleeiro²⁵³, a receita pública é a entrada que, integrando-se no patrimônio público sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo. A Despesa Pública, por sua vez, é o conjunto dos dispêndios do Estado, ou de outra pessoa de direito público, para o funcionamento dos serviços públicos²⁵⁴.

Em face do princípio da legalidade da despesa pública, ao administrador público é imposta a obrigação de observar as autorizações e limites constantes nas leis orçamentárias, sendo vedado ao administrador realizar qualquer despesa sem previsão orçamentária, nos termos do art. 167, inciso II da CRFB²⁵⁵, sob pena de crime de responsabilidade previsto pelo art. 85, VI da CRFB²⁵⁶.

Cada ente federativo elabora o seu orçamento objetivando a partir do seu fluxo de ingressos e saídas de recursos, desenvolverem seus programas, ações e projetos, a fim de garantir a execução de políticas públicas de atendimento às necessidades dos cidadãos.

As principais fontes de ingresso de recursos voltados para a área da saúde é a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social. Segundo o Conselho Nacional de Secretários de Saúde - CONAS²⁵⁷, nas esferas estaduais e municipais os recursos voltados para a área da saúde ocorrem da seguinte forma:

Nas esferas estaduais e municipais, além dos recursos do próprio Tesouro, há os recursos transferidos da União, que devem ser previstos no orçamento e identificados nos fundos de saúde para execução de ações previstas nos instrumentos do Sistema de Planejamento do Sistema Único de Saúde (SUS): Programação Anual de Saúde; Relatório de Gestão; Planos de Saúde contendo o Plano Diretor de Regionalização e o Plano Diretor de Investimentos como prevê a Portaria GM/MS 2.751/2009, de 11/11/2009. Essa portaria ainda estabeleceu que o prazo de vigência do Plano de Saúde e seus Anexos será de quatro anos e coincidirá com o Plano Plurianual (PPA). A Constituição determina que os recursos destinados às ações e serviços de saúde devem ser aplicados por meio de fundos de saúde. Assim, os

²⁵²BRASIL. *Lei nº 4320*, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 14 abr. 2019.

²⁵³BALEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Atual. Dejalma de Campos, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 110.

²⁵⁴ Idem. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 73.

²⁵⁵ BRASIL, op. cit., nota 1.

²⁵⁶ Ibid.

²⁵⁷ CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIA DE SAÚDE. *Planejamento orçamentário e financeiro sob o enfoque do fundo de saúde*. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/guiainformacao/planejamento-orcamentario-e-financeiro-sob-enfoque-no-fundo-de-saude/>> Acesso em: 4 dez. 2019.

fundos adquirem a forma de unidades gestoras de orçamento, devendo ter orçamento consignado para poder aplicar os recursos transferidos.

Portanto, devem-se definir os recursos do fundo de saúde no orçamento do município ou do estado em consonância com os respectivos planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde. Esses recursos definidos no orçamento para os programas devem estar de acordo com as metas que o governo pretende atingir no próximo exercício.

Deve-se, ainda, alocar os recursos por meio da Lei de Diretrizes Orçamentárias e da Lei Orçamentária Anual ou por intermédio de créditos suplementares, especiais ou extraordinários.

Dessa forma, a Lei Orçamentária Anual apresenta as receitas e despesas por unidades gestoras de recursos da Administração Pública, onde se pode evidenciar de forma particular, a alocação dos recursos por fundos que compõem a administração, dentre eles, podemos citar como exemplo o Fundo Municipal de Saúde, que por meio da Secretaria de Saúde e do seu gestor, se faz a execução orçamentária destes.

Assim sendo, é na Lei Orçamentária Anual que o governo define as prioridades contidas no Plano Plurianual e as metas que deverão ser atingidas naquele ano. A LOA disciplina todas as ações do governo. Nenhuma despesa pública pode ser executada fora do orçamento.

Por outro lado, o Poder Executivo, a par da existência de diversas ações judiciais, faz constar na Lei orçamentária uma reserva de recursos para atender de imediato os mandados judiciais na área da saúde, uma vez que a decisão judicial não poderá ser descumprida, sob pena de multa e bloqueio das verbas públicas.

Ultimamente, a população tem preferido a via judicial para garantir a aplicação imediata dos direitos fundamentais para a obtenção de determinados medicamentos e, muitas vezes, antes de buscar a via administrativa para a o fornecimento do fármaco pretendido.

Tal comportamento implica num desequilíbrio orçamentário, gerando uma desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais, o qual acaba por garantir um direito individual em detrimento da coletividade.

O Poder Judiciário não tem conhecimento pleno da contabilidade pública (receitas e despesas) e nem das Políticas Públicas para atender às necessidades da população. Aquele, quando acionado, tem o poder para deliberar e julgar apenas aquele caso concreto, único e singular. E sua decisão causará impacto na vida de milhares de pessoas, levando em conta os recursos despendidos para atender ao direito tutelado.

Não se pretende aqui negar o direito de pleitear em Juízo o atendimento às necessidades públicas não atendidas de forma satisfatória pelo Poder Público. Apenas se está questionando e levantando hipóteses para explicar o advento do excesso de judicialização na

área da saúde, que, ao garantir o direito de um indivíduo, poderá ocasionar um retrocesso nas Políticas Públicas universais.

Em contrapartida, não se pode fechar os olhos para outras dificuldades que podem ser enfrentadas para que seja alcançada uma maior efetividade das Políticas Públicas envolvendo a logística do fornecimento de medicamentos.

Nesse sentido, deve-se buscar um controle rigoroso de toda a logística dos recursos reservados ao fornecimento de medicamentos dos usuários do Sistema Único de Saúde e, mais ainda, uma pesquisa para se obter o conhecimento de que esses medicamentos estão chegando ao seu destinatário final: o enfermo.

É necessário que haja um comprometimento, um engajamento dos funcionários públicos envolvidos nessa cadeia, a fim de se evitar gastos em duplicidade com a prestação do mesmo direito fundamental em questão, muitas vezes, pela prestação do mesmo medicamento para um mesmo cidadão, por entes federativos diversos. Sendo assim é essencial a utilização de instrumentos de controle orçamentário.

Pode ser citado como um dos exemplos de instrumentos de controle orçamentário a participação do Legislativo na elaboração do orçamento, além de caber-lhe a divulgação de informações acerca do andamento da execução dos gastos públicos; oitiva da população através de audiências públicas em atendimento ao preceito legal do artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁵⁸ e do inciso II do artigo 2º da Lei nº 10.257/2001²⁵⁹ e possibilidade do Poder Público acolher ao menos uma das prioridades indicadas nas reuniões deliberativas; fiscalização feita pelo Tribunal de Contas, cuja atuação tem como cunho coercitivo a obrigação do cumprimento da norma, já que possui o poder de aplicar sanções.

Outro instrumento de controle é o acesso a informação, a transparência é assegurada através de ampla divulgação tanto do orçamento, quanto das ações voltadas para a Política Pública, conforme artigos 48 e 48-A, ambos da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁶⁰ e, ainda, o Ministério Público que tem por atribuição investigar e apurar desconformidades normativas e verificar a correção do comportamento dos agentes públicos.

Com efeito, quando o poder Executivo não implementa medidas para reduzir a judicialização da saúde no tocante ao fornecimento de medicamentos, a política pública cada vez mais se torna precária, como consequência, mais pessoas não atendidas de forma

²⁵⁸BRASIL. *Lei Complementar nº 101* de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁵⁹BRASIL. *Lei nº 10.257* de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

²⁶⁰BRASIL, op. cit., nota 211.

satisfatória pelas políticas ingressam no Judiciário, criando um ciclo sem fim e que vem se tornando sem controle frente às dificuldades orçamentárias.

Ademais, o orçamento não deixa de ser uma lei que contempla a previsão de receitas e despesas, programando a vida econômica e financeira do Estado por um determinado período. É, pois, um instrumento de planejamento dinâmico que considera aspectos do passado, a realidade presente e as projeções para o futuro.²⁶¹

Sendo previstas as receitas e despesas no orçamento, as demais ações que possam ser impostas ao Estado *lato sensu* caracterizam-se como riscos que embaraçam a sua execução. Assim sendo, quando existem mais processos judiciais contra o Estado do que o esperado, o Poder Público tem que fazer ajustes no orçamento para cobrir as despesas extras.

Quando tais despesas são previstas como riscos fiscais, há reserva prévia de recursos para tal atendimento, não utilizada na política universal. Por outro lado, ausente a reserva prévia de recursos ou quando há excessos de demandas não estimadas, os ajustes são feitos com a realocação de verbas destinadas a outras despesas eleitas pelo Executivo.

As receitas públicas encontram-se limitadas à capacidade do Estado de buscar recursos, seja pela via de exploração de seu patrimônio, seja pela tributação.

Outro aspecto importante, apontado por Regis Fernandes de Oliveira ²⁶², é que com a distribuição de competências tributárias, a União acaba por concentrar em suas mãos maior volume de recursos, restando ao Município poucas fontes de arrecadação própria, estando condicionado a repasses por meio de transferências intergovernamentais, enquanto enfrenta de perto as mais diversas demandas da comunidade.

Dessa forma, a verba repassada da União e do Estado para os Municípios é utilizada para as despesas correntes, que são aquelas destinadas à manutenção de serviços criados anteriormente, ou à construção de obras de mera conservação ou adaptação de bens imóveis, além da necessidade de observância de uma série de despesas de caráter continuado e obrigatório.

Assim, a depender do município, os recursos não serão suficientes para se fazer os investimentos necessários em projetos sociais, de maneira a atender às necessidades ainda não supridas ou para implementar as Políticas Públicas existentes. Enquanto for necessário prever um percentual significativo do orçamento para atender aos mandados judiciais, os investimentos mencionados não passarão de projetos.

²⁶¹OLIVEIRA, op. cit., nota 9

²⁶²Ibid.

Se por um lado, o Poder Judiciário não dispõe de elementos e dados estatísticos que o embase em suas decisões sobre as demandas locais. Ao mesmo tempo não se pode fechar os olhos para a ingerência do Poder Público na administração dos recursos disponíveis. Outrossim, é público e notório que o orçamento é limitado e, justamente em decorrência desse motivo, deve-se exigir do Executivo e Legislativo um planejamento estratégico, para que seja viável prover ao máximo os direitos sociais a toda coletividade indistintamente.

Uma das melhores saídas para o problema envolvendo o dispêndio com a movimentação da máquina estatal em decorrência das demandas judiciais pleiteando o fornecimento de medicamentos e, por conseguinte, a desordem administrativa e financeira com as demandas que envolvem a alocação dos recursos públicos, seria um diálogo institucional entre os três entes federativos visando à economia no fornecimento do fármaco e melhoria na gestão pública, bem como entre os três poderes na busca de efetivar um direito fundamental com respaldo no orçamento de cada ente federativo, de forma a reduzir as demandas judiciais.

3.3 Os Impactos da Judicialização da Saúde no Orçamento Público do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro

O direito à saúde, como já abordado nos tópicos anteriores, é um direito constitucional de todo cidadão brasileiro, sendo dever do Estado a sua promoção. Com efeito, a discrepância nas condições sociais e econômicas do país, bem como, a condição precária de na prestação de serviços, tendo como uma das causas a escassez de recursos financeiros, são um dos fatores responsáveis pelo crescimento de ações judiciais.

Nesse tópico, o objetivo dessa pesquisa não é alavancar questionamentos aos trâmites legais, mas sim, demonstrar e analisar os impactos que as ações judiciais podem gerar no orçamento público a contar do que foi observado no Estado e no Município do Rio de Janeiro.

A partir da observância dos dados das últimas leis orçamentárias do Estado e do Município do Rio de Janeiro, somado aos recursos próprios aplicados a área da saúde e a quantidade de demandas propostas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, é possível alcançar uma visão geral do impacto das demandas judiciais frente às políticas públicas na área da saúde.

Segundo os dados estatísticos do Comitê Estadual de Saúde do Poder Judiciário do Estado do Rio²⁶³, o Tribunal de Justiça fechou o ano com mais de 50 mil processos na área da saúde. Mais da metade (53,92%) dessas ações dizem respeito a pedidos de medicamentos de alto custo e que não são fornecidos pelo SUS. Entre 2013 e 2018, o número de processos por causa de remédios passou de 15.173 para 27.497.

Nota-se, ainda, que os dados demonstram que além dessas 27.497 ações que solicitam o fornecimento de medicamentos não previstos na lista do SUS, ainda consta a existência de 2.276 ações solicitando medicamentos já previstos na listagem e mais 4.791 ações pedindo medicamentos juntamente com outros insumos de saúde. Esses números só vêm aumentando ano a ano.

O relatório analítico do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, intitulado “Judicialização da Saúde no Brasil”,²⁶⁴ aponta que o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número de processos judiciais gerais cresceu 50%. Além disso, de acordo com o Ministério da Saúde, houve um crescimento de aproximadamente treze vezes nos gastos do Estado com demandas judiciais, atingindo o montante de R\$ 1,6 bilhão em 2016. Essa mesma tendência de crescimento de demandas judiciais relacionadas à saúde está sendo observada no Estado do Rio de Janeiro.

No período de 2016 até a primeira quinzena de 2019, a SES-RJ recebeu 18.974 novos processos judiciais, tendo sido observado 116,8% de crescimento no período. Estima-se que pelo menos 70% das demandas judiciais atendidas pela Assessoria de Atendimento de Demandas Judiciais referem-se a fornecimento de medicamentos. Destaco, que tais índices englobam apenas o Estado do Rio de Janeiro.

Conforme informações coletadas no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos na área da saúde,²⁶⁵ o Rio de Janeiro, no sexto bimestre de 2018, consta a informação de que as receitas de transferências de recursos do SUS realizada foi no importe de R\$ 1.318.303.901,99 (um bilhão, trezentos e dezoito milhões e trezentos e três mil, novecentos e um reais e noventa e nove centavos).

²⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Tribunal fecha 2018 com mais de 50 mil processos na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6118466>> Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁶⁴ BRASIL. Plano Estadual de Saúde Rio de Janeiro 2020-2023. Disponível em: <<https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=Mjk4MzM%2C>> Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁶⁵ BRASIL. Portal da saúde. *Cálculo do Percentual de Recursos Próprios Aplicados em Saúde conforme a Lei Complementar 141 / 2012*. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/rel_perc_LC141.php?S=1&UF=33;&Ano=2019&Periodo=2&g=0&e=1> Acesso em: 4 dez. 2019.

Desses valores, constam no relatório da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro,²⁶⁶ gasto no período compreendido entre maio a agosto de 2018 a importância de R\$ 41.923.721,00 (quarenta e um milhões, novecentos e vinte e três mil e setecentos e um reais) com assistência farmacêutica básica, a importância de R\$ 79.243.403,00 (setenta e nove milhões, duzentos e quarenta e três mil e quatrocentos e três reais) despendida no atendimento com medicamento do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF.

Foi gasto no mesmo período, ainda, a importância de R\$ 21.894.440,00 (vinte e um milhões, oitocentos e noventa e quatro mil e quatrocentos e quarenta reais) no apoio à produção industrial e distribuição de medicamentos IVB e mais R\$ 117.634.444,00 (cento e dezessete milhões, seiscentos e trinta e quatro mil quatrocentos e quarenta e quatro reais) no desenvolvimento tecnológico, produção industrial e distribuição de medicamentos, além de terem sido realizados outros gastos em programas do governo que envolve a dispensação de fármacos.

Segundo o relatório, os gastos contidos nas despesas em litígios judiciais entre os referentes a internações, medicamentos e produtos médicos e nutricionais nos meses de Maio e Agosto de 2018 foram no importe de R\$ 40.821.732,00 (quarenta milhões oitocentos e vinte e um mil e setecentos e trinta e dois reais).

Vale ressaltar que aproximadamente 75% dos brasileiros dependem exclusivamente do SUS e, mesmo aqueles que dispõem de plano de saúde, acabam por utilizar de alguma forma o SUS, quando do fornecimento de vacinas ou de medidas de vigilância sanitária, por exemplo²⁶⁷.

Além do excesso de demandas judiciais, outra causa que contribui para o aumento do impacto aos cofres públicos no fornecimento de medicamentos pela via judicial é o fato de que os pedidos formulados judicialmente, quase em sua totalidade, possuem a concessão de tutela de urgência deferida determinando a obrigação de entrega do medicamento em curto espaço de tempo, sem a oitiva do núcleo de assessoramento técnico, uma vez que a não concessão da liminar tornaria inviável a postulação pretendida, porquanto se trata de assegurar imediatamente o direito à vida do paciente.

Todavia, tal situação pode causar prejuízos ao atendimento em demandas rotineiras dos serviços de saúde, gerando uma desordem administrativa. Além do mais, quando se necessita adquirir determinado medicamento de forma emergencial, com a concessão de

²⁶⁶BRASIL. Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório de gastos entre Maio a Agosto de 2018*. Disponível em: <<https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTg0Mjc%2C>> Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁶⁷BRASIL. Ministério da Saúde. *SUS registra volume recorde de ressarcimento*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2013/09/sus-registra-volume-recorde-de-ressarcimento-1>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

liminares, os entes federados, sem o devido planejamento, têm um prazo muito curto para cumpri-los, sob pena de multa e outras sanções.

Nesse curto espaço de tempo, não é possível a realização da compra do medicamento por meio do processo licitatório uma vez que o procedimento precisa seguir o rito previsto na Lei nº 8666/93²⁶⁸ e a Lei nº 10520/02²⁶⁹, que demanda um tempo maior do que o prazo judicial concedido para o cumprimento da tutela de urgência.

Apesar do procedimento licitatório comportar exceções para a sua aplicação nas contratações públicas, estas estão expressamente previstas quando caracterizado os casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, previstas nos artigos 24 e 25, ambos da Lei Federal nº 8.666/93²⁷⁰.

Se por um lado, o Judiciário obriga o ente federativo a entregar medicamentos, por outro, o Administrador poderá estar incurso nas penas previstas nos art. 89 da Lei 8666/93²⁷¹, quando ocorre a dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei ou nos casos de inobservância das formalidades previstas na Lei de Licitações, bem como nas do art. 10, inciso VIII da Lei nº 8429/92²⁷² que possui como uma das causas de improbidade administrativa a dispensa do procedimento licitatório de forma indevida.

Nestes moldes, dentre os casos enumerados legalmente, onde o certame licitatório pode ser dispensado, o que mais se assemelha é a situação de emergência e/ou calamidade pública oriunda de decisão judicial, conforme previsão expressa do artigo 24, IV da Lei nº 8666/93,²⁷³ que prevê a dispensa da licitação por cento e oitenta dias, visando atender situação emergencial, de interesse público primário, possibilitando que o administrador disponha de tempo hábil para deflagrar o certame licitatório definitivo.

Dessa forma, o Poder Público acaba se tornando refém desses ou daquele laboratório que dispõe do produto naquela determinada ocasião e pode fornecê-lo dentro do menor prazo possível, por preço superior ao que praticaria em uma licitação com ampla concorrência.

Outro tema que não pode deixar de ser discutido é a questão da prescrição médica de medicamentos pelo seu nome comercial. Tal conduta impacta severamente no orçamento

²⁶⁸BRASIL. *Lei nº 8.666* de 21 de junho de 1993. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm> Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁶⁹BRASIL. *Lei nº 10.520*, de 17 de julho de 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm> Acesso em: 4 dez. 2019.

²⁷⁰ BRASIL, op. cit., nota 233.

²⁷¹ Ibid.

²⁷²BRASIL. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em:<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-norma-actualizada-pl.html>> acesso em: 4 dez. 2019.

²⁷³ Ibid.

público, porque, ao ingressar em juízo, o pedido será elaborado de acordo com a prescrição médica contida nos autos do processo.

Sendo assim, quando os pedidos são realizados dessa forma, os julgadores, com a falta de conhecimento técnico e preparo na área, em sua maioria, com fulcro no art.319, inciso IV c/c art. 490 ambos do Código de Processo Civil²⁷⁴, têm determinado ao Executivo o fornecimento do medicamento da forma requerida, sem observância do princípio ativo do medicamento, que por vezes é ofertado na lista de medicamentos do REMUNE.

Assim, se o pedido formulado na inicial estiver utilizando o nome comercial do produto indicado para o tratamento, tendo por base a prescrição médica, então, o mandado judicial de intimação será expedido com aquele nome comercial indicado na inicial e o ente federativo tem que fornecer exatamente aquele produto, não podendo substituir por um genérico ou de marca mais barata que produzirá o mesmo efeito do que o requerido no pedido que, inclusive, poderá estar ofertado pela Política Pública de dispensação de medicamentos.

Neste ponto se faz necessária a reflexão sobre essa forma de proceder, uma vez que o uso de marcas é vedado à própria administração, conforme art. 15 da Lei nº 8666/93²⁷⁵, que estabelece que as compras realizadas pelo Poder Público, em regra, devem atender ao princípio da padronização, não podendo existir quaisquer preferências subjetivas na escolha do contratado.

Todavia, como o administrador nos casos de medicamentos a serem fornecidos por meio de medida judicial fica obrigado a fornecer o fármaco, muitas vezes, pela marca do produto ao invés do seu princípio ativo, acabam tendo que deixar devidamente justificado que a escolha da marca foi oriunda de decisão judicial, relatando o número dos processos e o nome das partes.

Além disso, cabe ressaltar que, uma vez proferida uma decisão, os medicamentos adquiridos pelo Município e pelo Estado para atendimento das demandas devem ficar à disposição para entrega apenas a quem formulou o pedido e não existe, conforme informações obtidas na Prefeitura do Rio de Janeiro e na Secretaria Estadual de Saúde, nenhum mecanismo de controle constante dessas demandas, quanto à manutenção da necessidade de atendimentos e outros aspectos que acabam gerando gastos desnecessários e abarrotando os estoques com pedidos que não são muitas vezes sequer retirados por quem os pleiteou.

Dessa forma, segundo críticos da solidariedade passiva da União, dos Estados-membros e dos Municípios, inúmeras consequências negativas exsurtem ao se acumular no

²⁷⁴ BRASIL, op. cit., nota 77.

²⁷⁵ BRASIL, op. cit., nota 233.

pólo passivo das demandas as três esferas da federação. A ofensa a racionalidade financeira com a compra dos medicamentos reclamados em duplicidade pelos diferentes entes, por exemplo, é uma delas.

Aduz-se, nessa vertente, o gasto desnecessário de recursos pelas três esferas da Administração, vez que bastaria que um único ente, o verdadeiro responsável pela entrega do medicamento requerido, fosse acionado em juízo para concretizar o seu dever. Os críticos do litisconsórcio passivo dos entes ressaltam, também, que o nosso país não tem uma disponibilidade recursos que lhe dê o luxo de desperdiçá-los na medida em que os três entes se mobilizam para cumprir uma diligência judicial para garantir o direito de um indivíduo.

A interferência judicial desordenada traz consequências graves. Como bem identificou Eduardo Mendonça, citado no RE nº 566.471²⁷⁶, elas incluem: a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; (ii) a ineficiência alocativa, porque as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; e (iii) a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas.

Como consequência, prossegue o autor, “a jurisprudência dominante tem dado margem à perturbadora coexistência entre a notória precariedade da rede pública de saúde e tratamentos milionários custeados por determinação judicial”.

Por fim, no caso de demanda judicial por medicamento incorporado pelo SUS, ou seja, incluído na política pública de saúde e sendo objeto de dispensação gratuita, não há dúvida acerca da obrigação do Estado de fornecê-lo ao requerente. Em tais circunstâncias, a atuação do Judiciário volta-se apenas a efetivar as políticas públicas já formuladas no âmbito do sistema de saúde.

²⁷⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471/RJ*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019

4. (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

Conforme pode ser observado nos capítulos anteriores, há pelo menos dois problemas que podem decorrer da análise pelo Poder Judiciário das demandas propostas quanto à efetivação do direito à saúde: formular políticas públicas de saúde, inclusive estabelecendo critérios de atendimento pelo sistema público de saúde, quando deveria exercer apenas um controle externo; e ainda ignorar o fator escolha política, econômica e social na formulação de uma política pública de saúde.

Diante desse cenário, este capítulo propõe repensar o fenômeno da judicialização a partir do diálogo interinstitucional entre os atores envolvidos nas demandas judiciais e fomentar o dever de participação social na definição e estruturação de políticas públicas adequadas à realidade social.

O que se propõe, portanto, é identificar meios de compatibilizar a atuação do judiciário na concretização do direito à saúde com os demais princípios do Estado Democrático de Direito, sobretudo com a separação dos poderes, com base a criação de instrumentos de “desjudicialização” da saúde.

4.1 Do Dialogo Interinstitucional no Fornecimento de Medicamentos

A judicialização da saúde como tática para assegurar o fornecimento de medicamentos e garantir o direito à saúde tem se revelado como uma forma insuficiente para a garantia de tais direitos, sendo indispensável perquirir novas alternativas para a conservação do SUS. Ademais, o dispêndio com as demandas judiciais na área da saúde, em especial, no fornecimento de medicamentos, continua crescendo, fato que coloca em risco a manutenção do SUS e evidencia que a judicialização não resolve o problema.

São nesse sentido os apontamentos de Luis Roberto Barroso²⁷⁷:

A interferência abusiva do Judiciário em questões políticas desestabiliza o próprio sistema e inviabiliza a concretização de inúmeros direitos sociais, de caráter eminentemente coletivo e não individual. Convém registrar que diversos estudos demonstram que a judicialização traz impactos negativos para a justiça distributiva e para o funcionamento da democracia.

²⁷⁷ BARROSO, op. cit., nota 19.

Esta afirmação decorre da tentativa de enfatizar a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos.²⁷⁸

Assim sendo, Alexandre Barbosada Silva e Gabriel Schulman²⁷⁹ destacaram sintomas do modelo atual que precisam ser superados:

1) prevalência de solução judicial diante de negativas, com grande número de ações individuais; 2) elevados custos não relacionados a tratamentos estruturados para atender o sistema; 3) ônus do tempo na disponibilização do medicamento ou tratamento; 4) diálogo insuficiente entre entes públicos e privados e entre diferentes esferas da administração pública; e 5) sobreposição de avaliações médicas independentes.

Dessa forma, para que haja uma prestação mais adequada e efetiva do direito à saúde, de caráter transindividual, é imprescindível a cooperação entre os poderes e a participação da sociedade. Assim, os conteúdos da integralidade e da assistência do SUS deverão ser definidos entre a população e o Estado, numa permanente cooperação por meio de diálogos interinstitucionais.

O princípio da cooperação define, dentre outros aspectos, o modo como os poderes públicos e as partes envolvidas devem atuar no Estado Democrático. Surgem, destarte, deveres de conduta tanto para os Poderes Públicos como para toda a sociedade, decorrentes do princípio responsabilidade.²⁸⁰ Assim, para tornar uma política pública de saúde mais apropriada e efetiva, a participação das partes envolvidas no processo desde sua gestão até sua execução tornaria mais legítima a sua implementação.

É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados.²⁸¹

²⁷⁸MARTINI, Sandra Regina. Diritto fraterno, movimentisociali e Benicomuni a tuttal'umanità: *chi è il proprietario se el bene è ditutti?.Stato e dirittinell'etàdellaglobalizzazione*. Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

²⁷⁹SCHULMAN, Gabriel; DA SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017.

²⁸⁰JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: *ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. PUC-Rio, 2006.

²⁸¹MARTINI, Sandra Regina. Saúde: um direito fundado na fraternidade. In: Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. *Saúde e direitos humanos*, ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Ed. do Ministério da Saúde, 2009.

A participação efetiva dos cidadãos é fundamental para a promoção do princípio da cooperação, devendo esse ser notado em todas as etapas de formulação das políticas públicas, desde a formação até o controle.

É da variedade de ideias e de interesses da população que será melhor preparado o planejamento dos recursos públicos, direcionando os investimentos para departamentos priorizados pela própria sociedade. Assim será mais fidedigno o desígnio para construção de determinada política pública em detrimento de outra no Estado Democrático.

É necessário que, na ocasião em que for realizado o procedimento de formação, execução, avaliação e controle da política pública, se abstraiam os pensamentos individualistas de cada ente público para, a partir do diálogo, achar a melhor resposta para a coletividade. Vê-se, portanto, a relevância do diálogo interinstitucional.

Ademais, entre o princípio da fraternidade, que alude a necessidade de ir além do direito individual para garantir o direito de todos e políticas públicas de saúde, parece correto defender que soluções extrajudiciais, sem a busca da via judicial, baseadas no diálogo entre os poderes e a sociedade sejam mais rápidas e, muitas vezes, mais eficazes do que as intervenções jurisdicionais.

A mediação administrativa pode ser um instrumento eficaz para a concretização do direito à saúde, uma vez que cria espaços de debate extrajudicial. Nessa linha de raciocínio, Alexandre Barbosa da Silva e Gabriel Schulman²⁸² defendem que para a mediação administrativa “deve-se ter em mente a possibilidade de espaços administrativos que avaliem especificamente os casos concretos dos pacientes e possam aferir a necessidade (ou não) de se liberar tratamentos para além dos protocolos clínicos”.

A fim de viabilizar o diálogo interinstitucional a mediação administrativa deve contar com a participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos entes envolvidos nas competências de oferta dos procedimentos e fármacos.²⁸³

Nesse sentido, os diálogos interinstitucionais podem ser uma forma de superar essa dicotomia entre os argumentos traçados sobre a ilegitimidade da intervenção do Poder Judiciário na formulação ou na concretização de políticas públicas de saúde e o seu dever constitucional de atuar diante de lesão aos preceitos constitucionais que garantem a implementação de ações para prevenção, promoção e proteção à saúde.

Dessa forma, o diálogo interinstitucional seria uma terceira via, entre os as alegações para a intervenção e não intervenção do Poder Judiciário em escolhas de políticas públicas.

²⁸² SCHULMAN; DA SILVA, op. cit., nota 253.

²⁸³ Ibid.

Registra-se, que ao proferir voto-vista no RE nº 657.718/MG²⁸⁴, o ministro Luís Roberto Barroso avaliou ser necessário a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo demonstra a preocupação do Supremo Tribunal federal com a interferência desarrazoada do Judiciário nas políticas públicas de saúde.

Conforme aponta Jane Reis²⁸⁵, “se não é simples desenhar a linha que traça a fronteira entre direito, técnica e política, fórmulas processuais que viabilizem a interlocução entre os protagonistas de cada um desses domínios contribuem para decisões mais justas, do ponto de vista substantivo, e mais justificadas, do ponto de vista procedimental”.

Inicialmente, o diálogo entre os órgãos públicos deverá ser utilizado para conferir a presença das condições de dispensação do medicamento reivindicado. À vista disto, o julgador terá maior segurança técnica quanto aos diversos aspectos abarcados nos autos processo, como por exemplo, a fundamentação para a ausência de determinado medicamento no âmbito do SUS, a existência ou não de um substituto terapêutico e se existe prova científica de eficácia de determinado medicamento, bem como outras questões clínicas apresentadas pelas partes.

Outro ponto que merece destaque no voto do ministro²⁸⁶ é a indicação de procedimentos que os magistrados devem preferencialmente realizar nas ações envolvendo o fornecimento de medicamentos:

(i) a oitiva de Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) no âmbito dos tribunais e, quando inexistentes, de profissionais de saúde integrantes do SUS, (ii) a oitiva da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC; (iii) audiência com médico responsável pela receita médica que fundamentou a demanda e demais profissionais de saúde que auxiliarem o juízo.

Desse modo, a oitiva de Câmaras de Assessoria Técnica e Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) ou de profissionais da saúde é muito bem aceita e indicada nas hipóteses em que ocorra a concessão de liminares pelo juízo sem prévia oitiva, devido à presença de risco de vida, devendo o diálogo ser instaurado em momento posterior, de modo a

²⁸⁴ BRASIL, op. cit., nota 139.

²⁸⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. "*Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões Sobre as Críticas à Judicialização dos Direitos Prestacionais*". *Quaestio Juris*, V. 8, 2015.

²⁸⁶ BRASIL, op. cit., nota 139.

constatar a real necessidade de fornecimento do medicamento pleiteado e da manutenção da liminar.

Convém destacar que o emprego dos diálogos institucionais como forma de aperfeiçoar a instrução probatória também foi apontada nas Jornadas de Direito da Saúde do CNJ. Nos termos do Enunciado nº 18²⁸⁷, “sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde – NATS”.

Já o Enunciado nº 57²⁸⁸ afirmou que “em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC”.

Além disso, o Enunciado nº 58²⁸⁹ previu que, “quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME /RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescritor, para que preste esclarecimento sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse”.

Ainda, de acordo com o Enunciado nº 2²⁹⁰, “concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida”

Agindo dessa forma, o Poder Judiciário não estará intervindo de forma abrupta na formulação e execução de políticas públicas, mas cooperando com outros poderes a fim de alcançar e materializar o princípio jurídico da cooperação e da fraternidade, com uma atuação mais legítima na busca do bem comum.

²⁸⁷ BRASIL. *Enunciado nº 18 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: < .<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 17 nov.. 2019.

²⁸⁸ BRASIL. *Enunciado nº 57 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: < .<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

²⁸⁹ BRASIL. *Enunciado nº 58 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: < .<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

²⁹⁰ BRASIL. *Enunciado nº 2 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: < .<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

Outra solução importante para racionalizar tais demandas deve ser a rápida a implementação de banco de dados de informações técnicas que oferecerá subsídios aos magistrados para decidir ações judiciais de saúde, com respaldo técnico e em tempo reduzido²⁹¹.

Conforme termo de cooperação assinado em agosto de 2016 entre o CNJ e o Ministério da Saúde para esse fim, o banco reunirá notas técnicas, análises de evidências científicas e pareceres técnico científicos consolidados emitidos pelos diversos núcleos e câmaras de apoio técnico em saúde e da CONITEC, além de informações de fontes científicas.²⁹²

Outro procedimento indicado no voto do Ministro Luiz Roberto Barroso no RE nº 657.718/MG²⁹³, no caso de procedência do pedido para que seja fornecido o medicamento, o diálogo deve ser instaurado para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS, mediante manifestação fundamentada a esse respeito.

Assim, quando o magistrado deferir o pedido judicial de fornecimento do fármaco, deverá intimar o CONITEC a apresentar parecer a respeito da incorporação ou não do fármaco pleiteado pelo SUS.

Com base nesses procedimentos será possível fazer com que a judicialização contribua para o aprimoramento do sistema de saúde, para a garantia da universalidade no atendimento à sociedade e, por via reflexa, poderá contribuir para a desjudicialização da assistência farmacêutica, com a consequente diminuição de demandas judiciais.

Isso porque, no caso de o Ministério da Saúde, com base no relatório da CONITEC, optar por incorporar a tecnologia objeto da decisão judicial, todos os demais cidadãos que se encontram na mesma situação conseguirão garantir o acesso ao medicamento pela via administrativa.

Por outro lado, na eventualidade de o Ministério da Saúde, com base na manifestação da CONITEC, decidir pela não incorporação do medicamento deferido em juízo no âmbito do SUS, as demandas judiciais subsequentes não irão preencher o requisito da inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação da tecnologia pelo sistema de saúde. Em ambos

²⁹¹ BRASIL, op. cit., nota 132.

²⁹²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ e o Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordopara-criacao-de-banco-de-dados>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

²⁹³ BRASIL, op. cit., nota 132.

os casos, reduz-se de forma significativa a tendência de judicialização do fornecimento de medicamentos e contribui-se para o aprimoramento do próprio sistema de saúde.

Em face da necessidade de cooperação e diálogo entre os poderes e a sociedade para a melhoria no atendimento do direito à saúde, o ideal é que se busque métodos alternativos de tratamento de litígio com participação das partes envolvidas para as escolhas e implementações das políticas públicas.

Os meios de acesso e participação da sociedade na formulação de políticas públicas na área da saúde pela via extrajudicial são importantes para que ocorra, em certa medida, a desjudicialização no fornecimento de medicamentos. A inclusão de medicamento no RENAME, por exemplo, é uma medida que possui respaldo democrático e deliberativo, em razão disso é que a inclusão judicial de determinados medicamentos não garante o respeito à ordem democrática.

Desse modo, os processos judiciais de caráter coletivo que discutissem a inclusão de novos medicamentos no RENAME deveriam ser levadas para deliberação da sociedade por meio de audiências públicas. Assim garantiria ao mesmo tempo o diálogo interinstitucional e a participação social.

Depreende-se, portanto, que instrumentos para desjudicialização da saúde como mediação administrativa, diálogo interinstitucional e maior participação da sociedade nas tomadas de decisão mostram-se como alternativas viáveis para a efetivação do direito à saúde. Certamente, não será um processo rápido, pois depende de uma mudança cultural, mas deve-se defender métodos alternativos como forma de efetivar o direito e garantir a justiça social.

4.2. O Núcleo de Assessoria Técnica (NATS)

Os Núcleos de Assessoria Técnica (NATs) tem como objetivo disponibilizar subsídios técnicos aos Magistrados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, tanto na fase pré processual como na fase processual, nas demandas que tenham por objeto assegurar ações e serviços no âmbito do SUS.

A sua atuação consiste em esclarecer sobre a existência ou não de política pública sobre o medicamento pleiteado, devendo indicar, ainda, uma Nota Técnica, se os documentos juntados aos autos, normalmente prescrições e relatórios médicos, observam os requisitos exigidos pela política pública de saúde e também sobre a existência de evidências científicas.

Este núcleo foi idealizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2009²⁹⁴, que firmou um convênio com a Secretária de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e Defesa Civil. Tais núcleos estão totalmente interligados a Secretária Estadual de Saúde, com isso possibilita uma análise imediata das listas de medicamentos disponíveis no estoque, possibilitando atender a necessidade do requerido.

O convênio firmado entre a secretaria de estado de saúde do Rio de Janeiro e o tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que deu início ao funcionamento do NAT, foi consequência da percepção, tanto do poder judiciário como do executivo, de que o volume de demandas judiciais relacionadas à questão de saúde só aumentam, e que para decisões qualificadas faltava aos magistrados maior entendimento técnico das questões que envolvem a forma de execução do direito à saúde por meio da política pública de saúde.

No Estado do Rio de Janeiro, o NAT, em seu início, atendia apenas duas Varas de Fazenda Pública da Capital, pois se tratava de um projeto piloto. Posteriormente, em virtude dos resultados e consolidação das suas atividades de suporte técnico aos magistrados e desembargadores, sua atuação foi expandida para todas as Varas de Fazenda da Capital, Câmaras Cíveis e, também, passou a dar suporte à Justiça Federal. O NAT, no período de 2016 a julho de 2019, emitiu 19.233 pareceres técnicos em questão de saúde, sendo que os números de pareceres anuais se mostraram estáveis nesse período.

Em um artigo científico que explica todo o NATs, Siddharta Legale Ferreira e Aline Matias da Costa²⁹⁵ trazem um cenário do processo de trabalho do Núcleo, que atua da seguinte maneira:

Os processos que chegam no NAT são cadastrados no banco de dados e distribuído aos profissionais da equipe para que estes possam analisar os casos e proferir o parecer técnico. Em seguida, a avaliação é enviada à coordenação para revisão, que, caso considere necessário, propõe alteração no texto. A última etapa é o retorno do parecer para o cartório ou a secretaria do juiz que o encaminhou. Caso o medicamento em questão exista na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e se encontre disponível, o paciente é prontamente orientado a se encaminhar até o local onde se encontra o medicamento e a retirá-lo, sem necessidade que sua demanda se perpetue.

Dessa forma, os Núcleos de Assessoria Técnica (NATs) são responsáveis por auxiliar os magistrados nas decisões envolvendo prestações de medicamentos e podem ser um

²⁹⁵ FERREIRA, S. L. *Núcleos de assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?* Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/371/345> Acesso em: 12 nov. 2019.

ótimo espelho de cooperação dos poderes na efetivação do direito à saúde, alinhando decisões e minimizando os danos dos requerentes nas questões de medicamento.

Além do mais, com a instituição do Núcleo o procedimento no que tange ao fornecimento de fármacos torna-se colaborativo, permitindo a celeridade da concessão de medicamento, evitando uma decisão conflitante por parte do Magistrado.

Com relação aos processos judiciais em curso, os magistrados podem, antes de julgarem os pleitos liminares ou na ocasião de proferir a sentença, elaborar quesitos junto ao Núcleo de Assessoria Técnica, os quais são respondidos com fundamentos técnicos da área da saúde e de acordo com as políticas do SUS, visando auxiliar a atuação judicante.

Sobre o trabalho desenvolvido pelo NAT, o Conselho Nacional da Saúde²⁹⁶ aponta:

Sobre a solicitação de medicamentos, faz-se uma descrição do fármaco (qual a indicação em bula); se foi prescrito por denominação genérica (conforme preconiza o SUS); se o mesmo possui registro na ANVISA de forma a detalhar se o registro é indicado para a patologia do paciente; se o medicamento pode ser utilizado em domicílio, cuja justificativa do questionamento é o fato de que há muitos medicamentos em que se exige administração supervisionada por médico e em ambiente hospitalar. Por fim, são informadas as condições para o armazenamento e transporte uma vez que há fármacos, a exemplo dos imunobiológicos, que exigem a refrigeração e transporte adequados, sob pena de perda de efetividade, com conseqüente dispêndio de recursos públicos. A nota técnica também informa se o item pleiteado já foi objeto de avaliação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) e sua recomendação final, ou ainda, em que fase se encontra a análise (consulta pública, emissão de portaria). Considera-se imprescindível que seja informado se há Protocolo Clínico e Diretrizes terapêuticas do SUS para a condição de saúde do paciente, bem como as alternativas terapêuticas e diagnósticas disponíveis na política pública, a fim de que a autoridade possa compreender a assistência ofertada. Por fim, nos casos em que o tratamento não é disponibilizado pelo SUS, a nota técnica informa sobre a eficácia e segurança disponíveis nas bases de dados para pesquisa de artigos em saúde, ou seja, a evidência científica frente ao objeto pleiteado e a doença existente.

As Notas Técnicas emitidas pelo NAT não se constituem em perícia judicial, tampouco possuem poder decisório, ou normativo vinculante sobre o caso concreto consultado. Devido ao caráter exclusivamente consultivo, visam unicamente a auxiliar os magistrados que, no exercício das suas funções judicantes, como a garantia de independência, se manifestam através do princípio do livre convencimento motivado.

Assim sendo, os magistrados, ao proferirem uma decisão, deverão ser mais deferentes e autocontidos em relação aos outros Poderes em questões técnicas complexas ou que envolvam a elaboração e a implementação de políticas públicas.

²⁹⁶ BRASIL. Conselho Nacional da Saúde. *Coletânea Direito à Saúde – Boas Práticas e Diálogos Institucionais*. Brasília, outubro de 2018.

A utilização do Núcleo de Assessoramento Técnico tem provado ser uma ferramenta respeitável e eficaz, visto que um dos pontos mais complexos na Judicialização da saúde ocorre pela falta de conhecimento do julgador referente à dinâmica e a logística preparada pela administração pública.

É inegável que, por vezes, a omissão estatal e a consequente urgência dos pedidos de medicamentos formulados, por sua natureza vital, acabam por abrir precedentes para que o julgador decida sem conhecer as políticas públicas e o planejamento do poder executivo.

Essa cooperação entre o magistrado e o Núcleo de Assessoramento Técnico proporciona um caminho viável para minimizar os prejuízos da sociedade na efetivação do direito à saúde. Todavia, o NAT não é uma solução preventiva, mas já se apresenta como uma forma mais legítima da atuação do Poder Judiciário em decisões que envolvam o fornecimento de medicamentos.

4.3. A Câmara de Resolução de Litígios de Saúde (CSL)

A popularização das demandas judiciais envolvendo o fornecimento de medicamentos ocasionou, em um momento inicial, na concessão indiscriminada de remédios, sem que o SUS pudesse analisar os riscos sanitários das ordens judiciais e o impacto nas políticas públicas em curso.

As decisões judiciais acabaram acarretando multas, sequestro de verbas públicas, honorários advocatícios, além dos custos públicos envolvidos na administração da justiça, como na atuação da Defensoria Pública, Procuradorias e a Justiça Estadual, quando ambos poderiam ser dirigidos para a promoção das políticas de saúde.

A posição ocupada pelas partes e seus respectivos representantes nos processos judiciais coloca órgãos como Defensorias, Procuradorias, Secretarias de Saúde em contraposição. Torna-se claro que o sistema de justiça deve criar estímulos para o melhoramento da atuação administrativa e não apenas tentar conter as suas falhas e, acima de tudo, organizar rotinas extrajudiciais capazes de solucionar os conflitos envolvidos.

O aumento de demandas judiciais abrangendo direitos relacionados à saúde mostrou que a forma de atuação dos órgãos do sistema de justiça deveria se adaptar a essa nova realidade, uma vez que o processo judicial, embora impusesse aos entes públicos obrigações de fornecimento de medicamentos, não conseguiria atender a dinâmica e urgência de tratamentos médicos contínuos, ainda mais com a possibilidade de imposição de multas e mandados de prisão de gestores de saúde.

Nesse cenário, em que os interesses daqueles que precisavam do medicamento acabavam não atendidos, buscou-se uma aproximação institucional dos atores envolvidos nesses litígios. Assim, no Rio de Janeiro foi criada a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde por meio do Convênio de Cooperação nº 003/004/2012, reunindo Procuradorias do Estado e do Município, Secretarias de Saúde e Defensorias Públicas.

O escopo da criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde é promover o atendimento de partes assistidas pelas Defensorias e que solicitam a prestação de serviço de saúde, de forma a evitar o ajuizamento de demandas judiciais, empenhando-se para a solução da oferta de medicamentos pela via administrativa.

O procedimento na Câmara citada parte de uma simples solicitação administrativa de determinado medicamento, dirigidas às Secretarias de saúde, pela Defensoria Pública do Estado, para refrear o ajuizamento de demandas que abrangessem tecnologias já disponíveis no SUS. Após, evolui-se para a estruturação de um ambiente em que todos os órgãos estão reunidos, aprimorando a troca de informações e tornando mais hábil o atendimento dos pacientes que tiveram suas demandas desatendidas nas esferas ordinárias do Sistema Único de Saúde.

Com a celebração de acordos busca-se ampliar a possibilidade de maior organização administrativa decorrente da programação das aquisições de medicamentos, garantindo resultados mais eficientes e economia de recurso. A finalidade é viabilizar a resolução administrativa de litígios de maneira que o administrador possa se planejar, possibilitando um aumento progressivo da abrangência dos acordos.

A atuação prática da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde - CRLS tem início com o atendimento dos assistidos por assistentes sociais, que irão realizar uma triagem prévia de documentos e inserem o paciente em sistema especificamente desenvolvido para a CRLS.

Após, o assistido é direcionado ao setor de atendimento das Defensorias Públicas, que submetem a pretensão ao exame técnico dos profissionais das Secretarias de Saúde do Estado e do Município do Rio de Janeiro em exercício na CRLS, que irão avaliar se a pretensão integra política ou programa público do SUS, ou, caso negativo, se há alternativa terapêutica disponível; em caso positivo, se o medicamento/insumo está disponível na rede, com a emissão de guia de encaminhamento para retirada ou agendamento.

Nos casos em que o medicamento requerido não está inserido em programa público do Sistema de Saúde, o assistido é direcionado para uma consulta com especialista, ou com seu médico, para que responda se a alternativa terapêutica incorporada ao SUS pode ser

manejada e, caso, positivo, o assistido já é encaminhado para o recebimento do medicamento nas instancias próprias do SUS.

Em caso negativo, o assistido retorna com as justificativas clínicas do médico, para que as Secretarias de saúde avaliem a possibilidade de atendimento da pretensão, casos em que se abre a possibilidade de mediação, que cabe aos profissionais recrutados e treinados pelo TJRJ e contará com a participação da PGE, PGM, Defensoria e Secretaria de Saúde. Destaco, que a Defensoria Pública poderá a qualquer tempo se valer da via judicial.

A CRLS foi objeto de proposta de prática homenageada no Premio Innovare – Edição XI – 2014²⁹⁷, ocasião em que foi informado o êxito alcançado e as vantagens de se utilizar a rotina da CRLS. Foi citado, como exemplo, a demanda de um portador de Esquizofrenia Refratária, em que solicitava OLANZAPINA, CLONAZEPAM e MALEATO DE LEVOMEPRIMAZINA. Os medicamentos integram programas públicos do SUS e, ao invés de se ajuizar uma ação, o paciente/assistido foi encaminhado para a farmácia pública do Estado(Rio Farnes) para retirada de OLANZAPINA, que é disponibilizado pela SES/RJ, enquanto os demais medicamentos foram disponibilizados pelo Município, porque pertencem ao componente básico.

Dessa forma, os assistidos começam a contar com uma nova alternativa para solução dos conflitos envolvendo o fornecimento de medicamentos, em que estão presentes profissionais de saúde das Secretarias estadual e municipal, procuradores e mediadores do Tribunal de Justiça, todos comprometidos na solução extrajudicial e célere de conflitos de saúde pública.

A reunião de todos os atores envolvidos no fornecimento de medicamentos é um dos fatores que contribui para o sucesso da prática, uma vez que trouxe o diálogo e a compreensão mútua das realidades institucionais e das visões distintas acerca da melhor forma de atendimento aos pacientes.

²⁹⁷Proposta Premio Innovare – Edição XI – 2014: *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS*. Disponível em: <<https://www.premioinnovare.com.br/proposta/camara-de-resolucao-de-litigios-de-saude-crls/print>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu mostrar os problemas enfrentados pelo excesso da judicialização no fornecimento de medicamentos. Como foi proposto desde o início, após uma breve exposição do tema, foram apresentados os mais recorrentes argumentos aludidos em favor e contra a atuação judicial no que diz respeito à assistência farmacológica. Fincadas as principais aduções teóricas, buscou-se apresentar, nos limites propostos, soluções que compatibilizassem os interesses envolvidos e almejassem alcançar a tão esperada efetividade do direito à saúde.

Após exame aprofundado do assunto em tela, conclui-se que no atual quadro de prestações fornecidas pelo Poder Judiciário no que tange ao direito à saúde e dos correspondentes questionamentos lógicos em face da separação dos poderes, das questões referentes à Macro e da Micro justiça, dos impactos orçamentários e desordem administrativa que geram reflexos na manutenção do SUS, apresentou-se, neste trabalho, razões estimulantes de uma atuação cooperativa e complementar entre os atores estatais para realizar os fins almejados na Constituição, por meio de um diálogo interinstitucional.

Pode ser destacado como uma solução para os problemas enfrentados pelo excesso da judicialização, uma participação mais diligente entre os poderes, mais colaborativa e como reconhecimento pelos atores jurídicos de suas limitações técnicas, como por exemplo, na gestão da política pública e de orçamento, bem como dos conhecimentos advindos de médicos e farmacêuticos.

Dessa forma, estará o Poder Judiciário mais aberto para uma fase de colaboração nas políticas públicas e não mera criação das mesmas por meio de decisões judiciais, ainda que coletivas; além de uma maior consciência dos efeitos de uma decisão judicial para o Sistema Público de Saúde como um todo. Assim, um desempenho articulado na realização das atribuições de formular, efetuar e fiscalizar as políticas públicas na área da saúde começa a ser uma saída viável e balizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Tendo em vista que a concretização do direito à saúde é um fim buscado pelo Estado, será possível o controle de políticas públicas realizado fora das instituições onde elas são idealizadas, ou seja, aquele realizado pelo Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública. Tal feitura deverá acontecer com apoio nos diálogos entre as instituições políticas e jurídicas, bem como mediados sempre no conhecimento das questões que abranger as demandas a respeito dos direitos sociais, especialmente nas áreas técnicas de saúde, orçamentária, financeira, de gestão, política e jurídica.

Esses fatores articulados estabelecem uma proteção mais adequada ao direito à saúde, trazendo melhorias e maior aceitabilidade com relação às críticas e problemas enfrentados no controle judicial de políticas públicas.

Visualizar as demandas de saúde sobre esse prisma permite que os atores jurídicos contribuam para o planejamento das políticas públicas de saúde em maior medida e de forma mais legítima que quando simplesmente impõem condutas que julguem adequadas, ao alvedrio dos planos e programas de saúde já instituídos.

Tal se verifica nos projetos de NAT-JUS em que o Poder Judiciário se apresenta mais como colaborador na execução de políticas públicas de saúde que como impositor de soluções unilateralmente construídas, bem como na Câmara de Resolução de litígios de saúde, que diminuem os custos públicos envolvidos na administração da justiça.

Superar os debates em torno da possibilidade ou não de prestações judiciais que modifiquem o funcionamento do sistema de saúde diante de omissões na prestação de serviços públicos de saúde, por meio de ferramentas fornecidas pelos três poderes da federação, juntamente com os entes federativos, além de ser um método viável, permitindo a cultura do diálogo entre os poderes, poderá abrir portas para outras espécies de participação e cooperação.

Certamente, não será um processo célere, pois dependerá de uma modificação estrutural e cultural, mas deve-se defender métodos alternativos como forma de melhor efetivar o direito a saúde e garantir o bem comum.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ARAÚJO, Cynthia Pereira. *A judicialização da saúde e a necessidade de assessoramento técnico do Juiz para decidir*. Disponível em: <<http://www.comitesaudemg.com.br/www/wp-content/uploads/2016/03/Artigolivro-Rodrigo-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

ARAÚJO, Gustavo Henrique Valadares Fernandes de. *Medicamentos de alto custo: causas, considerações jurídicas e possíveis soluções*. 2013. 82 f. Monografia/Graduação – Curso de Direito, Universidade de Brasília, 2013.

BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. Atual. Dejalma de Campos, 16. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BALESTRA NETO, Otavio. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. *Revista De Direito Sanitário*, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado* 3, V. 32, 2006.

_____. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial*. Rio de Janeiro. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf > Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 abr.2019.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, São Paulo. Saraiva, 2017.

_____. *Os papéis das Supremas Cortes*. Disponível em: <<https://luis-roberto-barroso.com.br/wp-content/uploads/2018/11/Papeis-das-supremas-cortes.pdf>>. Acesso em: 20 abr.2019.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: Da Dogmática Jurídica à Ética. In: MELO, Cláudio Ari. Os Desafios dos Direitos Sociais.:*Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, n. 56, p. 75-76.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

_____. Conselho Nacional da Saúde. *Coletânea Direito à Saúde – Boas Práticas e Diálogos Institucionais*. Brasília, outubro de 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *CNJ e o Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordopara-criacao-de-banco-de-dados>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

_____. Conselho Nacional De Secretaria De Saúde. *Planejamento orçamentário e financeiro sob o enfoque do fundo de saúde*. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/guiainformacao/planejamento-orcamentario-e-financeiro-sob-enfoque-no-fundo-de-saude/>> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Decreto nº 5.090*, de 20 de maio de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5090.htm> Acesso em: 22 set. 2018.

_____. *Enunciado nº 60 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Enunciado nº 3 da I Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88617-ii-jornada-de-direito-da-saude-aprova-35-novos-enunciados>>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Enunciado nº 18 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 17 nov.. 2019.

_____. *Enunciado nº 57 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Enunciado nº 58 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Enunciado nº 2 da II Jornada de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>> Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Lei nº 10.520*, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1992/lei-8429-2-junho-1992-357452-norma-actualizada-pl.html>> acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Lei nº 8124*, de 19 de dezembro de 1990. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8124-19-dezembro-1990-363665-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei nº 8080 de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei nº 9.868*, de 10 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm> Acesso em: 14 ago. 2019.

_____. *Lei nº 8625 de 12 de fevereiro de 1993*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm> Acesso em 14 ago. 2019.

_____. *Lei nº 13441* de 28 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

_____. *Lei nº 12401 de 28 de abril de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm> acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei Complementar nº 101* de 4 de maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei nº 10.257* de 10 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Lei nº 4320*, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> Acesso em 14 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9782*, de 26 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm> Acesso: em 22 set. 2018.

_____. Ministério da Saúde. *SUS registra volume recorde de ressarcimento*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/editoria/saude/2013/09/sus-registra-volume-recorde-de-ressarcimento-1>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

_____. Ministério da Saúde. *Estrutura do SUS*. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/index.php/sistema-unico-de-saude/estrutura-do-sus>> Acesso em: 23 mai. 2018.

_____. Ministério da Saúde. *Componente Básico de Assistência Farmacêutica*. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/assistencia-farmaceutica/medicamentos-rename/componen-te-basico-da-assistencia-farmaceutica-cbaf>>. Acesso em: 24 mai. 2018.

_____. Portal da saúde. *Cálculo do Percentual de Recursos Próprios Aplicados em Saúde conforme a Lei Complementar 141 / 2012*. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/rel_perc_LC141.php?S=1&UF=33;&Ano=2019&Periodo=2&g=0&e=1> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. Portal da saúde. *Cálculo do Percentual de Recursos Próprios Aplicados em Saúde conforme a Lei Complementar 141 / 2012*. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/rel_perc_LC141.php?S=1&UF=33;&Ano=2019&Periodo=2&g=0&e=1> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Portaria nº 3916*, de outubro de 1998. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Portaria nº 533*, de março de 2018. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0533_28_03_2012.html> Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Portaria nº 2982* de 26 de novembro de 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2982_26_11_2009_rep.html>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. *Portaria nº 1321* de 5 de junho de 2007. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2007/prt1321_05_06_2007.html>. Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. *Portaria nº 107*, de 18 de setembro de 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/153871/2018_port0107_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro faz levantamento inédito de medicamentos de alto custo obtidos via judicial*. Disponível em: <<https://www.pge.rj.gov.br/imprensa/noticias/2019/06/pge-rj-faz-levantamento-inedito-de-medicamentos-de-alto-custo-obtidos-via-judicial>> Acesso em: 31 ago. 2019.

_____. *Recomendação nº 31*, de 30 de março de 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/153871/2018_port0107_cnj.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2020.

_____. Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório de gastos entre Maio a Agosto de 2018*. Disponível em: <<https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTg0Mjc%2C>> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. *Relatório de gastos entre Maio a Agosto de 2018*. Disponível em: <<https://www.saude.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=M Tg 0Mjc%2C>> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. *Súmula nº 65*. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.069.810/RJ*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24588336/recurso-especial-esp-1069810-rs-2008-0138928-4-stj/inteiro-teor-24588337>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 8895/DF*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19603996/mandado-de-seguranca-ms-8895-df-2003-0014265-0/inteiro-teor-19603997?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *MS nº 6564/RS*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RE nº 271.286/RS*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 195.192/RS*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=62859>>. Acesso em: 26 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 393175 AgR*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758691/agregno-recurso-extraordinario-re-agr-393175-rs>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 565.089*. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE565089.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 45*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566571*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566571*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ARE nº 821296*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4594252&numeroProcesso=821296&classeProcesso=ARE&numeroTema=766>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA 175 Agr/CE*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 429903/RJ*. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25232511/recurso-extraordinario-re-429903-rj-stf/inteiro-teor-133959930?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 26 abr. 2019

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855.178 ED/SE*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STA nº 127*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411749>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566471/RJ*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 178*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 179*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula nº 180*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/prest-unificada-de-saude.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Tribunal fecha 2018 com mais de 50 mil processos na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6118466>> Acesso em: 4 dez. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Tribunal fecha 2018 com mais de 50 mil processos na área da saúde*. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6118466>> Acesso em: 4 dez. 2019.

CARA, Juan Carlos Gavara. Derecho Fundamentales e Desarrollo Legislativo – La Garantía Del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales em La Ley Fundamental de Bonn, 1994, pp. 219 e 227. Apud BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletiva e Abstrata. In.: *Ibid.*, p. 809.

CARLOS NETO, Daniel. *Judicialização da Saúde Pública: uma análise contextualizada*. Porto Velho: Motres, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

DA COSTA, Bruno Farage. *A abordagem pragmática da decisão judicial: uma introdução ao pragmatismo “antiteórico” de richard allen posner*. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/NTI1.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2020.

DE SÁ, Mariana Oliveira. A atuação do Supremo Tribunal Federal frente aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. In: *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Disponível em: <[file:///C:/Users/karina/Downloads/3126-15488-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/karina/Downloads/3126-15488-1-PB%20(1).pdf)>. Acesso em: 5 ago. 2019.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, S. L. Núcleos de assessoria Técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais? Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/371/345> Acesso em: 12 nov. 2019.

FONTE, Felipe de Mello. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

FRANCISCO, José Carlos. Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde. In.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOUVÊA, Marcos Marselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. São Paulo: Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela* (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-10/RBDC-10-013-Ada_Pellegrini_Grinover.pdf>. Acesso em: 5 mai. 2019.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito Prestacionalá Saúde e Atuação Jurisdicional. In.: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Safe, 2009.

HOSSEPIAN, Arnaldo. O modelo de atenção a saúde se fundamenta em três pilares de regionalização e hierarquia. *Consultor Jurídico*, 13 de janeiro de 2019. Disponível em: <<http://blogs.bvsalud.org/ds/2011/09/15/o-modelo-de-atencao-asaude-se-fundamenta-em-tres-pilares-rede-regionalizacao-ehierarquizacao/>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

JONAS, Hans. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. PUC-Rio, 2006.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Fabris S.A, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, Nadia Rejane Chagas. *O Direito à Saúde no Brasil: Entre a norma e o fato*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

MARTINI, Sandra Regina. Saúde: um direito fundado na fraternidade. In: Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. *Saúde e direitos humanos*, ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Diritto fraterno, movimentisociali e Beni comuni a tuttal'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti? Stato e dirittinell'etàdellaglobalizzazione*. Salerno: Brunolibri, 2010.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. Responsabilidade dos Entes da Federação e financiamento do SUS. In.: *Audiência Pública – Saúde*, 28 abri. 2009. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf>. Acesso em: 3 ago. 2019.

MORAES, Guilherme Peña de. *Protagonismo Institucional do Poder Judiciário no Estado Contemporâneo: Reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual na justiça constitucional*. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revista_direito_e_movimento_online/_edicoes/_volume_17_numero2/volume17_numero2_15.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2019.

NUNES. Rafael Alves. *O pragmatismo jurídico: sua influência na formação de juristas tecnicistas e os riscos para o estado democrático de direito*. Disponível em: <<http://publica.direito.com.br/artigos/?cod=84f2e494266e3d8b>>. Acesso em: 27 abr. 2020.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 6. ed. São Paulo: Revista dos tribunais Ltda, 2015.

REIS JÚNIOR, Paulo Bianchi. *A judicialização do acesso a medicamentos - a perspectiva da Secretaria Municipal de Saúde do Rio de Janeiro*. Dissertação apresentada à Escola Brasileira

de Administração Pública e de Empresas para obtenção do grau de Mestre. Rio de Janeiro, 2008.

RIANI, Frederico Augusto d'Ávila. Constituições Programáticas, Funções Estatais, Políticas Públicas e a (In)competência do Judiciário. *Sequência –Estudos Jurídicos e políticos*. Florianópolis. V34, nº66, 2013. Disponível em:<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/26473>>. Acesso em: 25 abr. 2019

SARLET, Ingo W. O Acesso às Prestações de Saúde no Brasil. In: *Audiência Pública – Saúde*, 27 abr. 2009. Brasília. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_.pdf> Acesso em: 09 abr. 2019.

_____. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo:Saraiva, 2018.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SCHULMAN, Gabriel; DA SILVA, Alexandre Barbosa. (Des)judicialização da saúde: mediação e diálogos interinstitucionais. *Revista Bioética*, v. 25, n. 2, 2017

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. Disponível em: < https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2008-Judiciario_e_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2019.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle*. Contratações Públicas e seu Controle. São Paulo: Malheiros, 2013.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges: constitutional politics in Europe*.Oxford: Oxford University Press, 2002.

TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The Global Expansion of Judicial Power*.New York: NYU Press, 1997.

TAVARES, Lúcia Lea Guimarães. O Fornecimento de Medicamentos pelo Estado. In:*Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, V. 55, 2002.

VIANA. Luis Werneck. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro:Revan, 1998.