

PARTE I
A APLICAÇÃO DA ABORDAGEM DE DIREITO E
POLÍTICAS PÚBLICAS AO PROBLEMA DA
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. UMA ESTRATÉGIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL BASEADA NA ABORDAGEM DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

MARIA PAULA DALLARI BUCCI

1. O DIA EM QUE A JUSTIÇA CUROU O CÂNCER. OU A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE LEVADA AO PAROXISMO

Entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo (USP) recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer¹.

A substância não é um medicamento, não tem registro na Associação Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) nem percorreu as etapas de pesquisa em animais e pesquisa clínica que se exigem para sua adoção terapêutica em seres humanos. Não há certeza de sua eficácia, isto é, de que ela cure como se apregoa que faz. Também não há segurança em relação à sua toxicidade. Não há parecer médico ou estudo científico a garantir que o uso da substância seja benéfico ou curativo.

1 Ações por “pílula do câncer” travam USP. Desde o início da polêmica nacional sobre a fosfoetanolamina sintética, em junho, a instituição já foi citada em mais de 13 mil processos. *O Estado de S. Paulo*, 14 fev. 2016, p. A18. O caso é comentado em artigo de Márcia Waiquiria Batista dos Santos et al., neste volume.

Havia alguns anos, uma pesquisa de mestrado fora desenvolvida sobre o assunto, em laboratório de Química da instituição, com base na administração da substância em ratos. Depois disso, o orientador do estudante e mais cinco pessoas cuidaram de patentear-la, em nome próprio. A partir daí, não se sabe bem como, seguiu-se intensa divulgação de possíveis efeitos terapêuticos dessa substância. Alastrou-se pelas redes sociais a notícia de uma “pílula do câncer”, que teria efeitos quase milagrosos; na crença popular poderia ser administrada a todo e qualquer paciente, para os incontáveis tipos da doença.

Também não se sabe exatamente como se disseminou, pelas mesmas redes sociais, a orientação de que a melhor forma de obter o “re-médio” (como vimos, não se trata de medicamento, embora assim pensassem alguns juízes) era requerê-lo à Justiça. Por esse caminho, no início em pequena quantidade, depois em números crescentes, o Poder Judiciário passou a servir de porta de entrada e saída, canal de circulação e distribuição da fosfoetanolamina.

Assim, para sermos precisos, impõe-se corrigir a afirmativa acima: não era apenas a crença popular que atribuiu à pílula azul os poderes de cura do câncer. Centenas (talvez milhares) de juízes, atuando desde a primeira instância até o Supremo Tribunal Federal², também acreditavam nisso. Desconhecendo as imposições da razão – que se aplicam, em princípio, tanto aos processos jurídicos como às pesquisas médicas – passaram por cima de protocolos há muito tempo estabelecidos na ciência, tomando como acabado o produto de experiências iniciais em um laboratório de Química. Amparados

2 PET 5828. “A decisão proferida pelo juízo de São Carlos (SP) deferiu pedido de antecipação de tutela para determinar que, no prazo de cinco dias, fosse disponibilizada a substância em quantidade suficiente para garantir o tratamento da autora do pedido. A medida foi suspensa por decisão da Presidência do Tribunal de Justiça paulista, sob o fundamento da existência de risco de dano grave à ordem e à economia públicas decorrente do fornecimento de medicamento sem registro em território nacional. Em seguida, ela apresentou no Supremo a PET 5828, que foi analisada pelo ministro Edson Fachin como medida cautelar de concessão de efeito suspensivo em recurso extraordinário.” Liminar garante a uma paciente fornecimento de substância pela USP-São Carlos. Notícias STF. 08.10.2015.

apenas no art. 196 da Constituição e em sua crença na autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, esse grande contingente de magistrados seguiu determinando, freneticamente, à proporção de mais de mil novas liminares por mês, a entrega das cápsulas aos doentes³. Parecia que a Justiça havia descoberto a cura do câncer.

Esse caso levou ao paroxismo a judicialização da saúde no Brasil. Não deixa de ser curioso o significado desse termo, que segundo o *Dicionário online Caldas Aulete* tem duas acepções. Significa “o auge, o mais alto grau de uma sensação, de um sentimento”. Em sentido médico conota “crise”, “fase de uma doença em que os sintomas se tornam mais fortes”. Portanto, não é mero jogo de palavras dizer que a “judicialização excessiva”⁴ da saúde tornou-se sintoma de uma doença institucional.

Num primeiro momento, saudada como uma importante inovação institucional, filha da Constituição cidadã de 1988, que finalmente conferiria aos direitos, em particular os direitos sociais, uma garantia de efetividade, que deixasse para trás o tempo das enunciações meramente declaratórias, a judicialização da saúde no Brasil, desde o final da década de 1990⁵, tornou-se um problema. A ampliação das ações

3 “Alguns pacientes, insatisfeitos por não receber a substância no prazo esperado, obtêm mandados de busca e apreensão das pílulas no IQSC. ‘Chega um oficial de justiça lá, entra no laboratório e leva tudo que tiver embora’, descreve uma procuradora da Universidade.” *O Estado de S. Paulo*, op. cit.

4 Luis Roberto Barroso, *Da falta de efetividade a judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a ação judicial*.

5 A decisão referida como primeiro precedente importante sobre o assunto, no Supremo Tribunal Federal, é de 1997, do ministro Celso de Mello, em medida cautelar para suspensão de segurança proposta pelo Estado de Santa Catarina contra determinação judicial de custeio do tratamento de paciente acometido de distrofia muscular de Duchene (“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendido – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.” PET 1246 MC/SC). Paulo Roberto Lyrio Pimenta, As normas constitucionais programáticas e a reserva do

judiciais para a prestação do direito à saúde, permitam-me dizer, assumiu características epidêmicas.

Se por um lado as demandas de massa realizam a derrubada, pelo menos parcial, de barreiras que impediam a reivindicação consequente do atendimento a direitos, por outro lado criaram um paradoxo, em que a judicialização gera mais judicialização.

Banalizaram-se problemas e respostas. Diante da rotina de limites garantindo a entrega de praticamente todo e qualquer medicamento e providência requerido, qualquer medida oferecida no âmbito do sistema de saúde, ainda que célere e razoável, tende a ser vista como emulação acanhada do verdadeiro direito subjetivo do interessado. Nada menos que a providência máxima será tido como aceitável. Seria como parafrasear o antigo ditado: aos que tiverem a sorte do caminho judicial, tudo: à coletividade, a lei. O direito à saúde de uns oposto ao direito à saúde de muitos⁶.

2. UMA ESTRATÉGIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL BASEADA NA ABORDAGEM DE DIREITO E POLÍTICAS PÚBLICAS

No campo das análises jurídicas, a judicialização, como expediente de efetivação do direito à saúde, tem sido um tema trabalhado em grande volume. Há mais de dez anos, uma vertente nova se abriu aos estudos empíricos, que se debruçaram sobre os acórdãos a formularem

⁶ possível. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 49, n. 193, jan./mar. 2012. A linha de argumentação daquela decisão permanece orientando e inspirando os julgamentos sobre a matéria. Ver artigo de Paulo Vitor Bergamo Braga, neste volume.

⁷ O desfecho do caso da fosfoetanolamina, por sua heterodoxia, merece reflexão mais detida que a contida neste estudo. Após uma série de eventos e audiências públicas no Congresso Nacional – em que os titulares da patente em regra se faziam presentes, defendendo o interesse “dos pacientes”, que não teria sido contemplado por alegadas “recusas” de laboratórios em desenvolver as indispensáveis pesquisas clínicas sobre a substância – a instrumentalização do clamor público alimentada nas ações judiciais levou à aprovação da Lei n. 13.269, de 2016, sancionada sem vetos. Essa lei chocou a comunidade em geral, mas especialmente as áreas médica e científica, por afrontar o paradigma da regulação sanitária contido na Constituição e na legislação da saúde.

perguntas centrais: quem são os proponentes das ações? Os médicos são do SUS ou particulares? Quais os argumentos dos juízes? Quais os perfis das demandas? Não obstante a riqueza analítica dessa abordagem, resta espaço para um trabalho de outro tipo, voltado ao futuro, com olhos para a proposição de caminhos e soluções para o problema.

Este trabalho procura ocupar esse espaço, explorando possíveis alternativas aos excessos da judicialização da saúde, no sentido de subsidiar uma estratégia voltada à sua redução, com base na abordagem de Direito e Políticas Públicas. Em síntese, há três elementos relevantes para o método de análise que permeia este estudo e os demais que compõem este livro: destacar a perspectiva do Poder Executivo, levar em conta a escala da ação governamental e exercitar uma visão prospectiva, com base na dimensão jurídico-institucional das políticas públicas.

2.1. A perspectiva do Poder Executivo

O primeiro elemento valorizado pela abordagem de Direito e Políticas Públicas é a perspectiva do Poder Executivo. As políticas públicas, consideradas como “programas de ação governamental juridicamente definidos”, se associam a um instrumental de análise que se amolda bem à perspectiva do governo. Para se conhecer uma política pública, sua existência, conformação e adequação, é preciso apreender as informações oriundas principalmente do Poder Executivo. Ao Judiciário, em cada caso concreto, são apresentados reflexos, parcelas, aplicações da política pública, mas a racionalidade desta deve ser buscada no âmbito do Poder Executivo.

No sistema presidencialista, o Poder Executivo é responsável tanto pela direção política do governo como pela gestão da máquina administrativa, que dá impulso e execução às políticas públicas. Confira-se, assim, como o principal protagonista do impulso e das iniciativas que dão forma às políticas públicas. Entre elas, um papel grande recai sobre as de cunho normativo regulamentar, em geral subestimadas nas análises jurídico-acadêmicas. Embora haja interesse

pelo controle da discricionariedade administrativa, é limitada a atenção às possibilidades que o manejo do poder normativo do Poder Executivo pode conferir à realização de direitos.

No caso da política de assistência farmacêutica, principal objeto da massificação da judicialização de que aqui se trata, uma das teses deste ensaio é que a ausência de um discurso uno e coeso para explicar as políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos em questão nas demandas judiciais se associa à dificuldade de apreensão de seu sentido pelo Poder Judiciário.

A falta de articulação dos gestores do sistema de saúde constitui uma dificuldade adicional. Pois o usuário que demanda um medicamento ou providência não está em contato com as abstrações da política pública, mas apenas com as medidas concretas que satisfazem ou não suas demandas por atendimento.

A desarticulação não decorre apenas das características do federalismo brasileiro. A complexidade deste, é certo, explica, em parte, a dispersão de responsabilidades para a execução de uma política. O leque de competências legislativas e materiais, comuns e concorrentes, reclama um nível de organização federativa elevado, cuja ausência ou debilidade dificulta a execução das ações de longo prazo em que se traduzem as políticas.

No plano da gestão pública, a desarticulação das esferas governamentais também se apresenta como dificuldade. A realização de metas, combinada com as necessárias medidas orçamentárias e financeiras correlatas, pode ser facilitada ou dificultada, dependendo da previsão das responsabilidades de cada um dos entes envolvidos. O arranjo jurídico-institucional deve prever, ainda, a sequência de reações recíprocas, de modo que a articulação entre os atores institucionais da política pública esteja baseada não apenas em regras de competência abertas ou gerais, mas acompanhada da previsão de procedimentos para a administração das situações de conflito e tensão, decorrentes dos limites dados pelas próprias regras.

Em função disso, inapreensível a expressão do direito da coletividade à saúde, ou, dito de outra forma, sem institucionalidade do direito

à saúde, cuja maior responsabilidade recai sobre o Poder Executivo, franqueia-se o campo aos indivíduos, tanto os demandantes quanto os juízes e juízas, para que cada um o interprete à sua maneira.

2.2. Escala da ação governamental

O segundo elemento próprio da perspectiva analítica do Direito e Políticas Públicas é a questão da escala dos programas de ação governamental.

Parte da tensão subjacente à massificação das ações judiciais reinvindicando direitos ligados à saúde (assistência farmacêutica, mas não apenas isso) liga-se ao fato de que o Poder Público (União, Estados e Municípios), réu na maioria das ações, é responsável, constitucionalmente, pela formulação e execução dos programas que deveriam assegurar o direito à saúde da coletividade, ou seja, de todos os potenciais destinatários de cada um dos programas, voltados a doenças ou situações específicas.

Assim, é familiar à abordagem de políticas públicas, a partir de práticas metodológicas já consolidadas na ciência política, gestão pública e economia, examinar a escala do problema, sua dimensão quantitativa, bem como comparações temporais e geográficas em face do público demandante, do alvo ideal de um programa, de experiências similares no contexto internacional, e assim por diante. Para o direito, a apreciação estatística, que se vale de métodos próprios de outras áreas do conhecimento, subsidia a compreensão da dimensão coletiva de alguns direitos, como é o caso da saúde pública.

A desconsideração desse aspecto explica, em parte, a dificuldade própria da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, relacionada ao caráter individualista dos mecanismos típicos do processo judicial. A técnica do processo judicial se desenvolveu com base na teoria jurídica liberal dos direitos dos indivíduos, focada nas relações entre indivíduos e voltada aos conflitos entre indivíduos.

A despeito de inovações importantes em termos de processo coletivo, é reconhecido que esses novos mecanismos ainda não produziram os resultados esperados. A professora Ada Pellegrini Grinover,

com base em pesquisa ampla sobre a judicialização, manifestou seu desaponto com a timidez dos resultados até agora produzidos com base neles, utilizados, na verdade, para o que denomina ações “pseudocoletivas”⁷. Partindo dessa avaliação, propôs a professora a criação de um rito próprio, em proposta que deu origem ao Projeto de Lei n. 8.058, de 2014, de autoria do deputado Paulo Teixeira (PT-SP), que tramita na Câmara Federal, visando instituir processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário.

Evidentemente, o Judiciário não pode se furtar a decidir sobre direitos cuja aplicação é instado a julgar, ainda que esses se insiram em medidas de concretização integrantes de políticas públicas. Mas enquanto não se desenvolver uma abordagem apropriada à escala ampla dos programas governamentais, para que essa seja adequadamente percebida e processada, levando em conta a concorrência com outros direitos e os interesses de outros beneficiários, é possível que o avanço da judicialização continue a ser visto mais como problema ou expressão de um problema do que como progresso na efetiva proteção coletiva dos direitos sociais⁸.

2.3. Visão prospectiva. Estratégia jurídico-institucional

Por fim, o terceiro elemento valorizado na abordagem de Direito e Políticas Públicas é a visão prospectiva, isto é, o direcionamento da

7 Ada Pellegrini Grinover (Coord.), Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. Relatório de pesquisa Cebepe/Direito GV, nov. 2014.

8 O tema foi debatido no curso de tramitação do Novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n. 13.105, de 2015, a propósito da figura da conversão de demandas individuais em coletivas, instituída no art. 333 do projeto, que acabou vetado no texto final. Por trás do veto há uma contraposição de visões entre uma abordagem mais liberal, de um lado, crítica ao “processo autoritário”, e, de outro, uma posição mais “coletivista”, atenta à dinâmica massificada dos conflitos na vida contemporânea. Para o entendimento dessas posições, veja-se José Rogério Cruz e Tucci, *Contra o processo autoritário*, e Susana Henriques da Costa, *Morte e vida da conversão da ação individual e coletiva*, ambos em *O Novo Código de Processo Civil. Questões controvertidas*. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015.

capacidade analítica a propor cenários para o futuro. E traçar estratégias, com base nesse tipo de análise, é um dos sentidos dessa abordagem.

O fenômeno da judicialização da saúde não é um nem uniforme. A rigor, deveríamos falar em “judicializações” da saúde, uma vez que o espectro de pedidos e decisões judiciais é bastante amplo, indo desde as liminares apressadas da fosfoetanolamina – que deferem pedidos de risco a pacientes em muito desespero e pouca racionalidade – até decisões de maior relevância coletiva, que impõem o Poder Público a aprimorar os instrumentos das políticas públicas. Também não se restringe a ações contra o Poder Público, visto que a vertente mais recente desse problema é a judicialização da saúde suplementar, em que os planos de saúde também são demandados em juízo à entrega de prestações a que estariam obrigados, em tese, ou por força de disposições regulatórias insuficientemente fiscalizadas, ou a que não estariam obrigados. O Poder Judiciário tem sido chamado a arbitrar também essas disputas⁹.

Evidentemente não se cogita de mecanismos artificiais de restrição a garantias judiciais, como já se tentou no período autoritário. Num contexto democrático, eventual medida de repressão ou contenção das demandas sem satisfazer razoavelmente o direito por trás delas seria uma saída ilegítima e indesejável. Positivo, nesse cenário, seria o oferecimento de caminhos que privilegiassem vias mais diretas entre o usuário e o sistema de saúde, minimizando a importância do sistema de justiça como via intermediária. Ambos integram o Estado e se legitimam em função dos interesses do povo.

Dai a pertinência de se pensar numa estratégia de redução da judicialização, baseada na busca de maior racionalidade na relação entre os vários atores institucionais envolvidos: Poder Público, Poder Judiciário, usuários do sistema de saúde, operadores do sistema de justiça etc. A visão jurídico-institucional propiciada pela abordagem de Direito e Políticas Públicas confere especial relevo à identificação de como atuam os incumbidos dos vários papéis e de que maneira,

9 Ver artigo de Fernanda Massad de Aguiar Fabretti, neste volume.

também sob a perspectiva das instituições, se pode pensar na remodelação das formas de agir.

3. TENTANDO ENTENDER A RACIONALIDADE DA POLÍTICA NACIONAL DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

O Poder Executivo detém, no sistema constitucional brasileiro, a iniciativa privativa de projetos que impliquem comprometimento orçamentário ou a estruturação de serviços públicos, com a contratação de pessoal com recursos públicos (CF, art. 61, § 1º, II, *a, b e e*). Esse protagonismo especial incide sobre projetos de lei e medidas provisórias e, por força do poder regulamentar (CF, art. 84, VII), sobre as normas de organização dos serviços necessários à execução dos programas, na forma de decretos, portarias e outras disposições infralegais.

A valorização das estratégias de produção normativa, aquilo que se chamava, tradicionalmente, de política jurídica, acrescentado de contribuições mais recentes como a legislativa, é um método de trabalho bastante afeito à abordagem de Direito e Políticas Públicas¹⁰. Tanto pelo olhar da iniciativa governamental como visando compreender as relações entre essa e o corpo parlamentar e suas composições.

As normas que organizam (ou deveriam organizar) as políticas públicas que tratam da provisão de medicamentos são um bom campo para observação da importância de como se estabelece e organiza a base jurídico-institucional – o chamado desenho ou arquitetura jurídica – em sua dimensão formal, para a realização dos propósitos de política pública.

A primeira dificuldade com que se defronta o intérprete dessas regras é saber exatamente o que aplicar. A começar pelo nome e escopo das políticas, não inteiramente coincidentes nem suficientemente específicos, a Política Nacional de Medicamentos, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e a assistência terapêutica não repositam sobre um instrumento normativo único nem de fácil entendimento. Compreendê-las, mesmo para especialistas, requer a consulta a uma infinidade de disposições dispersas em leis e normas executivas, de

diferentes fontes jurídicas e origens políticas. Isso mesmo sem considerar a complexidade adicional decorrente do arranjo federativo.

Um dos argumentos deste artigo é o de que esse aspecto é percebido, senão racionalmente, pelo menos intuitivamente, pelo juiz, ao examinar cada ação requerendo medicamentos. Entre decidir em favor do autor da ação, pessoa com nome e sobrenome, cujo sofrimento é narrado na petição inicial, ou em favor de uma saúde pública abstrata, que invoca programas de difícil compreensão, o juiz opta pelo primeiro. Por trás do debate sobre a separação de poderes, é possível supor que subjaz uma visão do magistrado em relação ao Poder Público como se fosse uma máquina vasta e descoordenada, que apregoa o interesse público, mas falha na providência concreta.

As narrativas contidas em alguns artigos deste livro sobre as experiências das Procuradorias de Estado e da Defensoria Pública¹¹, assim como diversos estudos baseados na análise de decisões judiciais, mostram que algumas vezes os pacientes não sabem como ou onde procurar os medicamentos de que necessitam. Sem resumir toda a judicialização a esse problema, numa visão estratégica seria razoável pensar no enfrentamento de pelo menos essa parte, cuidando do aspecto do atendimento ao usuário.

Em que pese reconhecermos que a adequada prestação dos serviços de saúde, na escala de um país com as dimensões continentais e o passivo social do Brasil, é um projeto para muitos anos, exigindo recursos, sustentação política e estratégias de gestão bem-sucedidas, sabemos que há providências com diferentes graus de complexidade. E não há por que não enfrentar desde logo as demandas mais simples. Para várias dessas há registro de experiências bem-sucedidas de redução da judicialização, baseadas na atuação coordenada dos sistemas de justiça e saúde.

Por fim, há um aspecto comunicacional por trás da judicialização, consistente no fato de que ou a existência da política pública não é adequadamente comunicada na ação judicial, ou o juiz, de antemão, deixa de tomar

10 Ver artigo de Ignor Rafael de Jorge, neste volume.

11 Ver artigos de Luiz Rasowski, Raquel Requena Rachid, Ignor Rafael de Jorge, Patricia Ribeiro Brito e Patricia Ulson Pizarro Werner, neste volume.

conhecimento dela. Quando se cogita de ação coordenada, esse ponto é fundamental para que possa se travar um diálogo entre os diferentes atores institucionais sobre uma base de entendimento comum. O que ocorre atualmente, no entanto, sugere uma área nebulosa de entendimentos díspares sobre o núcleo conceitual do direito à saúde, qual o seu conteúdo, regime jurídico, garantias individuais e bases para a fruição coletiva.

3.1. Política Nacional de Medicamentos, Política Nacional de Assistência Farmacêutica e assistência terapêutica: base normativa para iniciados

Este tópico procurará sistematizar a lógica por trás dos atos normativos mais importantes que consubstanciavam as políticas nacionais de medicamentos e de assistência farmacêutica. O pressuposto desta exposição é que o juiz, assim como os demais operadores do direito e o público em geral, tem dificuldade em compreender e aplicar essas normas, em função de sua complexidade e falta de coesão; “a regulamentação da assistência farmacêutica é bastante fragmentada, e sofre muitas alterações, sendo de difícil identificação e compreensão”¹². Na ausência dessa clareza normativa, a decisão judicial acaba se pautando, em grande medida, pelo sentimento de justiça pessoal em cada caso.

Optou-se aqui intencionalmente pela simplificação, para que se tenha em mente a racionalidade da política, o sentido que ela busca. Por essa razão, vai se tratar apenas do que ocorre no nível federal e no eixo principal das políticas de medicamentos e assistência farmacêutica. Não se

desconhece a existência de relações de medicamentos complementares, nos níveis estaduais e municipais, tampouco as normas sobre programas e doenças específicos. Contudo, a consulta a muitas decisões judiciais sobre o assunto, assim como a parte da bibliografia especializada, sugere que a compreensão da lógica dos casos específicos é igualmente limitada.

A Política Nacional de Medicamentos foi estabelecida em 1998, por portaria do ministro da Saúde. A Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998, como é característico desse tipo de documento, compõe-se de três artigos, que apenas apresentam a Política, cuja parte substancial integra um texto anexo. Esse anexo, por sua vez, é estruturado em: introdução, justificativa, diretrizes, prioridades, responsabilidades e acompanhamento e avaliação¹³.

O escopo da política de medicamentos é mais amplo que a assistência farmacêutica, compreendendo também a produção de medicamentos, a regulamentação sanitária, o desenvolvimento científico e tecnológico, entre outros objetivos. A assistência farmacêutica, por sua vez, é parte da assistência terapêutica integral. Todas têm fundamento no art. 6º da Lei n. 8.080, de 1990, desde a sua redação original:

- Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
- I – a execução de ações:
 - a) de vigilância sanitária;
 - b) de vigilância epidemiológica;
 - c) de saúde do trabalhador; e
 - d) **de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;**
 - II – a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;
 - III – a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;
 - IV – a vigilância nutricional e a orientação alimentar;
 - V – a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

12 D. M. Pontes Junior, A seleção de medicamentos para o monitoramento da qualidade laboratorial no Brasil: articulação entre a Vigilância Sanitária e a Política Nacional de Medicamentos [Dissertação de Mestrado]. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, 2007. *Apud*, Vera Lúcia Edais Pepe, Miriam Ventura, João Maurício Brambati Santana, Tatiana Aragão Figueiredo, Vanessa dos Reis de Souza, Luciana Simas, Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro, Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos “essenciais” no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Cadernos de Saúde Pública/Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, mar. 2010.

13 Política Nacional de Medicamentos 2001. Ministério da Saúde, Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 25).

VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;
[...]

Do texto legal depreendem-se diferentes focos para cada uma das iniciativas, a assistência (terapêutica, inclusive) farmacêutica, voltada mais diretamente ao cidadão, beneficiário, e a política de medicamentos (e equipamentos e insumos), como aspecto de interesse mais direto da organização dos serviços de saúde. Enfrentar o problema da desarticulação administrativa já era um desafio apontado no diagnóstico da política de medicamentos, assim como a necessidade de regulamentação adequada¹⁴, aspecto cujas deficiências, ainda hoje, parecem alimentar o fenômeno da judicialização.

Os processos institucionais empreendidos no âmbito do Poder Judiciário depois da Audiência Pública n. 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2009, adiante comentados, em especial as Jornadas de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, podem ser entendidos como esforços de preenchimento desse vazio, provendo critérios gerais de orientação para juízes e atores do sistema de justiça (partes, advogados e interessados, tais como empresas de saúde suplementar, entes governamentais etc.).

3.2. A Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), pilar da política de assistência farmacêutica: reduzida eficácia nos processos judiciais

Na concepção da política de medicamentos de 1998, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) exerce um caráter

central de racionalização, atuando como vetor de organização da produção e provisão de medicamentos, ao mesmo tempo em que institucionaliza, em termos, o compromisso de disponibilidade e fornecimento.

A adoção das primeiras listas oficiais de medicamentos no Brasil data de 1964, antecipando a recomendação feita pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1978, quando foi publicada a primeira lista modelo de medicamentos daquela entidade. Em 1975, a lista, cujas atualizações estavam a cargo da Central de Medicamentos (Ceme), recebe a denominação que mantém até hoje, Rename¹⁵.

Ao recomendar aos Estados a prática da adoção do rol de medicamentos essenciais, o objetivo da OMS foi criar um referencial para o acesso da população, que leva em conta o seu perfil epidemiológico, a eficácia e segurança dos fármacos, além da relevância para a saúde pública e a comparação de custo-efetividade¹⁶.

Esses dois últimos quesitos devem ser acentuados como diferenças entre a visão individual e a visão pública da saúde. Da perspectiva do indivíduo, em princípio não há pertinência em considerações de

15 “No Brasil, a primeira lista foi estabelecida pelo Decreto n. 53.612, de 26 de fevereiro de 1964, denominada Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para Uso Farmacêutico Humano e Veterinário. Desde então, teve 11 atualizações, duas ainda na década de 1970 (1972 e 1975) e nove a partir do fim da década de 1980 até sua versão em 2014 (1989, 1993, 2000, 2002, 2006, 2007, 2010, 2012 e 2014), já sob a denominação de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”. José Miguel do Nascimento Júnior, Rodrigo Fernandes Alexandre, Luiz Henrique Costa, Rafael Santos Santana, Evandro de Oliveira Lupatini, Paulo Henrique Faria Domingues, Carla de Agostino Biella, Avanços e perspectivas da Rename após novos marcos legais: o desafio de contribuir para um SUS único e integral. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, supl. 4, out. 2015, p. 3354-3371.

14 “Este cenário é também influenciado pela desarticulação da assistência farmacêutica no âmbito dos serviços de saúde. Em decorrência, observa-se, por exemplo, a falta de prioridades na adoção, pelo profissional médico, de produtos padronizados, constantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME). Some-se a isso a irregularidade no abastecimento de medicamentos, no nível ambulatorial, o que diminui, em grande parte, a eficácia das ações governamentais no setor saúde.”. *Ibid.*

16 “Essential medicines are those that satisfy the priority health care needs of the population. They are selected with due regard to public health relevance, evidence on efficacy and safety, and comparative cost-effectiveness. Essential medicines are intended to be available within the context of functioning health systems at all times in adequate amounts, in the appropriate dosage forms, with assured quality and adequate information, and at a price the individual and the community can afford.” World Health Organization. Disponível em: <http://www.who.int/topics/essential_medicines/en>.

relevância ou de custos; qualquer medicamento ou procedimento deve ser buscado, independentemente de seu valor, se puder trazer melhoria para a saúde da pessoa. Sob o ponto de vista da saúde da coletividade, contudo, tanto a hierarquização de prioridades como a realização de balanço entre custo e efetividade (benefício) são condutas legítimas e, mais do que isso, recomendadas pela autoridade mundial sobre o tema. Essa ordem de prioridades leva em conta princípios de saúde (e de justiça) coletiva.

Os sistemas públicos de saúde são, em todo o mundo, a começar pelo National Health Service inglês, os maiores emblemas do Estado Social e de sua característica intervenção sobre o mercado para a provisão de serviços que minimizem a desigualdade de oportunidades e favoreçam a realização da justiça social. Sem eles, a concepção puramente liberal da escolha individual de serviços médicos não tem outra resposta senão a desproteção de vastos contingentes de população que não tem meios para pagar por eles, o que ocorre mesmo em países ricos e desenvolvidos, como é o caso dos Estados Unidos. Portanto, não deixa de ser um contrassenso que as decisões dos casos individuais determinem a entrega do medicamento em nome de um direito social, cujo efeito cumulativo afeta programas próprios do Estado Social, em cuja estrutura lógica esses direitos se inserem – tanto o sistema de saúde pública, o SUS, no caso brasileiro, como a própria Organização Mundial da Saúde são as máximas expressões do Estado Social no campo da saúde.

Originalmente, a Rename não era a única lista oficial de medicamentos, existindo também, nas três esferas de governo, listas de dispensação excepcional, que compreendiam os medicamentos para doenças não prevalentes e de alto custo, e também os programas de distribuição de medicamentos para doenças específicas, como tuberculose, malária, diabetes e outras (componente estratégico). Atualmente, a Rename sistematiza essas diferentes partes em seus anexos, os componentes de Atenção Básica, Especial e Estratégico¹⁷.

Um aspecto central é o componente dinâmico da Rename, que repousa sobre sua atualização periódica. Para se ter a dimensão da importância desse componente, a Rename figura como Diretriz n. 1 da política de medicamentos e a atualização periódica, por sua vez, constitui a Prioridade n. 1. A lógica do funcionamento das listas, no Brasil como no mundo, pressupõe a sua revisão periódica, com a inclusão de novos medicamentos e tecnologias mais eficazes, orientando-se por critérios de prioridade baseados no perfil epidemiológico da população e nas evidências científicas sobre os resultados terapêuticos dos produtos.

A concepção original da Política, entretanto, padecia de algumas falhas e lacunas importantes, relativas aos mecanismos jurídicos e operacionais de funcionamento efetivo, tais como não tratar da forma de compartilhamento dos custos pelo fornecimento dos medicamentos entre os entes federativos.

Além disso, e mais grave, o processo de atualização da lista era intermitente e sem previsibilidade. Com isso, enfraqueceu-se, sem dúvida, o seu caráter de referência. Sem estar associada a uma organização suficientemente capilarizada da disponibilidade e contendo um elenco de medicamentos restrito, não correspondente às necessidades que vinham sendo apresentadas nas unidades de atenção à saúde, a lista deixou de ser vista como “o rosto da política pública” com poder de racionalização do sistema, em matéria de assistência farmacêutica.

Isso talvez possa explicar, pelo menos em parte, o desconhecimento, senão o descrédito, por parte dos juízes, da existência de uma política oficial que pudesse responder satisfatoriamente às demandas a ele trazidas, fundamentadas no direito à saúde.

Posteriormente, o Ministério da Saúde buscou sanar esse ponto, conforme se pode observar no conjunto de medidas legislativas e infralegais editado a partir de 2011 e também na edição da Rename de 2014¹⁸, adiante comentados.

17 Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: Rename 2014/Ministério da Saúde,

Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. 9. ed. rev. e atual. Brasília: Ministério da Saúde, 2015.

Como elemento adicional a explicar a dificuldade de compreensão da racionalidade da política pública, cabe pontuar a superposição de instrumentos normativos, mesmo os produzidos na esfera do Executivo, sem preocupação com a harmonia entre eles. É ilustrativa disso a apresentação da Rename 2014 em texto do Ministério da Saúde, que registra a Portaria n. 3.916, de 1998, como “primeiro documento normativo para a Assistência Farmacêutica e política de medicamentos publicado pós-criação do Sistema Único de Saúde”. Essa indistinção, num documento oficial, entre as políticas de medicamentos e assistência farmacêutica, é de difícil entendimento para o público leigo (e também para o juiz).

A Política Nacional de Assistência Farmacêutica (PNAF) foi aprovada pela Resolução n. 338 do Conselho Nacional de Saúde, de 6 de maio de 2004, com base nas deliberações da 12ª Conferência Nacional de Saúde e da 1ª Conferência Nacional de Medicamentos e de Assistência Farmacêutica. Do ponto de vista normativo, pouco acrescenta em termos de garantias aos usuários ou disposições de organização do sistema. Como é característico dos documentos gerados em ambientes de assembleia, o texto tem forte carga retórica, afirmando quatro princípios no art. 1º e treze eixos estratégicos no art. 2º. Nada mais.

A despeito da deliberação de ampliar o escopo da política original, no que tange à organização da provisão da assistência farmacêutica pela PNAF, a Rename ainda constitui “um dos eixos estratégicos”, enfatizando a necessidade de sua atualização periódica.¹⁹ Portanto, o desenho incompleto da política de medicamentos de 1998 não se alterou, nesse aspecto, com a edição da PNAF, pelo menos no que diz respeito às condições para sua operação concreta.

E em que pese a PNAF reafirmar a importância da Rename, “atualizada periodicamente, como instrumento racionalizador das ações no âmbito da assistência farmacêutica” (Diretriz n. VII), o processo de atualização da lista continuou descuidado, tanto na periodicidade como na abrangência, até 2005. Naquele ano, a atualização foi retomada, com a criação de uma instância especializada do Ministério da Saúde, a

Comissão Técnica Multidisciplinar de Atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Comare), que atuou desde a 5ª edição da Rename em 2006, até 2011.¹⁹

Assim, ocorre um enfraquecimento da lista oficial de medicamentos em seu caráter de referencial de organização do sistema. Em paralelo, a judicialização da saúde começa a tomar vulto.

3.3. Novo impulso de valorização da Rename a partir de 2011: organização da assistência terapêutica, com padronização e Protocolos Clínicos

Em 2011, há um novo e importante impulso do Poder Executivo para organizar a assistência farmacêutica, tanto por meio da alteração da Lei n. 8.080 como pela edição de diversas normas infralegais que, entre outras coisas, revalorizam o papel da Rename como instrumento de organização da política.

Embora se trate de medidas de razoável complexidade, que embutem um esforço considerável de planejamento e articulação – o que implica que estivessem em gestação há mais tempo – pode-se inferir que a necessidade de dar uma resposta ao crescimento da judicialização teve grande peso na produção dessas iniciativas.

Entre elas, a de maior destaque é a que se refere à disciplina jurídica da “assistência integral”, entendida pelo Executivo como argumento cuja interpretação equivocada vinha servindo de ponto de apoio à judicialização desmedida. O então secretário de Ciência, Tecnologia e de Insumos Estratégicos do Ministério de Saúde, que havia sido um dos representantes da pasta a prestar informações na Audiência Pública n. 4 do STF, ao apresentar uma das medidas da reforma da política de assistência farmacêutica, com o novo instrumento do chamado “componente especializado”, que passou a substituir a antiga lista de dispensação excepcional, assim se pronunciou:

19 Nascimento, Alexandre et al., op. cit., p. 3356.

O lema do artigo 196 foi traduzido como “tudo para todos”. Isso terminou por gerar um estoque de litigâncias jurídicas que hoje passa da casa de 60 mil ações nas três esferas de governo, além de despesas fora da programação financeira do Ministério e Secretarias de Saúde de mais de R\$ 500 milhões anuais. Para preencher essa brecha, está em fase final de tramitação no Congresso Nacional (já aprovado no Senado e ora tramitando na Câmara) um anteprojeto de lei que regulamentará o conceito de integralidade²⁰.

No mesmo sentido, a palavra dos técnicos que embasaram as medidas de reforma da assistência farmacêutica:

Na Lei Orgânica da Saúde, a integralidade aparece expressamente como um dos princípios do SUS e é considerada uma conquista de direitos da população brasileira, apesar de que do ponto de vista epistemológico, o termo ainda carece de definição e limites precisos, compreendido conforme as interpretações constitucionais e moldado de acordo com a instituição das políticas públicas²¹.

O projeto referido converteu-se na Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011, que adicionou um novo capítulo à Lei n. 8.080, de 1990 (arts. 19-M a 19-U), dispondo sobre a “assistência terapêutica” e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Com isso, a lei passa a disciplinar a **assistência terapêutica integral** (já prevista no texto original, como vimos), no intuito de esclarecer o seu conteúdo e alcance.

Art. 19-M. A assistência terapêutica **integral** a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes

20 Reinaldo Guimarães, apresentação à publicação Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o componente especializado da assistência farmacêutica. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. (Série B. Textos básicos de saúde).

21 Nascimento, Alexandre et al., op. cit.

terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.

As medidas de regulamentação que se seguirão passam a se dirigir não mais ao foco da assistência farmacêutica ou da política de medicamentos, mas a um escopo amplo, que procura responder, em certa medida, à amplitude das decisões judiciais, que vinham deferindo de fraldas a leitos hospitalares.

O Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011, editado logo a seguir para regulamentar esses dispositivos, tem forte caráter de organização, disciplinando o processo de planejamento da saúde. Entre outras medidas, o Decreto reforça a importância da Rename e dos dois outros instrumentos que passam a acompanhá-la, o Formulário Terapêutico Nacional e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) – art. 26, § único –; já consagrados na prática médica e agora formalmente previstos em lei, com o objetivo de fortalecer a capacidade de ação articulada dos órgãos do SUS²². Passa-se a adotar, ainda, uma outra lista, a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Renases)²³, cuja atualização também se prevê bianual (art. 21).

E mais. Numa medida afirmativa do caráter de sistema “único” do SUS, talvez discutível do ponto de vista de sua juridicidade, o conceito de integralidade passa a estar vinculado à Rede de Atenção à Saúde (art. 2º do Decreto n. 7.508, de 2011) e a definição do que seja acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica passa a estar vinculada à Rename e aos protocolos (art. 28)²⁴.

22 Ver artigo de Artur Pericles Lima Monteiro, neste volume.

23 Portaria MS n. 841, de 2 de maio de 2012.

24 “Art. 2º. Para efeito deste Decreto, considera-se: VI – Rede de Atenção à Saúde – conjunto de ações e serviços de saúde articulados em níveis de complexidade crescente,

A partir de 2011, também passa a haver maior cuidado com a revisão periódica da lista de medicamentos, para a incorporação, exclusão ou alteração de medicamentos no SUS, fixando-se prazo de dois anos para as atualizações periódicas não apenas da Rename, mas também da Renases, do Formulário Terapêutico Nacional e dos PCDT.

Cria-se outra instância oficial responsável pela avaliação de tecnologias em saúde, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec)²⁵. Essa instância, regulamentada pelo Decreto n. 7.646, de 21 de dezembro de 2011, tem grande peso dos representantes governamentais em sua composição. Sua condição de assegurar a efetividade do planejamento e a continuidade técnica, preservada de conflitos de interesses, como é necessário a todo esse processo, é algo que ainda deverá ser provado ao longo das próximas atualizações das listas. Além disso, não há previsão de consequências para a inobservância dos prazos de atualização, tendo sido vetado dispositivo que tratava dessa matéria na Lei n. 12.401, de 2011²⁶, de modo que a plena institucionalização dessa política permanece sendo um desafio.

com a finalidade de garantir a integralidade da assistência à saúde;” Art. 20. A integralidade da assistência à saúde se inicia e se completa na Rede de Atenção à Saúde, mediante referenciamento do usuário na rede regional e interestadual, conforme pactuado nas Comissões Intergestores;” Art. 21. A Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde – RENASES compreende todas as ações e serviços que o SUS oferece ao usuário para atendimento da integralidade da assistência à saúde;” Art. 28. O acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica pressupõe, cumulativamente: I – estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS; II – ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS; III – estar a prescrição em conformidade com a RENAMF e os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas ou com a relação específica complementar estadual, distrital ou municipal de medicamentos; e IV – ter a dispensação ocorrido em unidades indicadas pela direção do SUS.”

25 Nascimento, Alexandre et al., op. cit., p. 3358.

26 O dispositivo vetado se inseria no artigo que trata do processo administrativo sobre a incorporação de novos medicamentos à lista, prevendo prazo de até 180 dias, prorrogáveis por mais 90, para a decisão administrativa, e tinha o seguinte teor: “§ 2º O descumprimento dos prazos estabelecidos no caput deste artigo obriga a dispensação ou a oferta do medicamento, produto de interesse para a saúde ou procedimento objeto do processo, até a publicação da decisão da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS sobre a matéria.”

3.4. Articulação federativa: necessidade de preencher o “vazio normativo” sobre a repartição dos custos

Outro acréscimo importante à Lei Orgânica da Saúde foi a inclusão de instâncias de representação federativa do Poder Executivo dos Estados e Municípios nos fóros decisórios próprios, pela Lei n. 12.466, de 24 de agosto de 2011. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass, dos Estados) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems, dos Municípios), criados nos anos 1980 como entidades de direito privado, passam a ser “reconhecidos como entidades representativas dos entes estaduais e municipais para tratar de matérias referentes à saúde” (art. 14-B). Papel semelhante foi reconhecido às Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite, “como fóros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do SUS” (art. 14-A).

No caso da política de assistência farmacêutica, um aspecto relevante no crescimento da judicialização está ligado ao fato de que o paciente em geral procura serviços estaduais ou municipais de atenção à saúde, os quais não contam com a contrapartida da União para o custeio desse atendimento, conforme registrava publicação do Conass, em 2004:

O Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional é responsável por um grupo de medicamentos destinados ao tratamento de patologias específicas que atingem um número limitado de pacientes, os quais, na maioria das vezes utilizam-nos por períodos prolongados.

Segundo o levantamento feito pelo CONASS junto às Secretarias Estaduais de Saúde, o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional atende atualmente a cerca de 330 mil pacientes cadastrados (dados de janeiro de 2004). Em 2003 foram gastos aproximadamente R\$ 1 bilhão com a aquisição destes medicamentos.

É importante ressaltar que os Estados financiaram cerca de 50% deste total, apesar deste Programa não ser originariamente de financiamento estadual e sim federal e de não ter havido até o momento nenhuma definição ou pactuação de contrapartida. Além destes gastos, as Secretarias Estaduais de Saúde têm despesas operacionais e administrativas para desenvolver as ações de programação,

armazenamento, distribuição e dispensação destes medicamentos aos pacientes cadastrados²⁷.

Em resposta a essa situação, o art. 19-U, também incluído na Lei Orgânica da Saúde pela Lei n. 12.401, de 2011, dispôs:

A responsabilidade financeira pelo fornecimento de medicamentos, produtos de interesse para a saúde ou procedimentos de que trata este Capítulo será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

A Resolução n. 1, de 2012, da Comissão Intergestores Tripartite reiterou essa orientação, mas sem detalhar seus mecanismos:

Art. 10. Os medicamentos e insumos farmacêuticos constantes da RENAME serão financiados pelos 3 (três) entes federativos, de acordo com as pactuações nas respectivas Comissões Intergestores e as normas vigentes para o financiamento do SUS.

O Decreto n. 7508, de 2011, por sua vez, previu medidas de articulação interfederativa, entre as quais o contrato organizativo da ação pública da saúde, o que talvez possa vir a preencher exatamente esse espaço de especificação dos procedimentos e responsabilidades a cargo de cada ente.

Em virtude desse conjunto de medidas de organização do sistema, no discurso oficial passou-se a defender a lista como mais do que um indicativo da essencialidade, isto é, da prestação mínima baseada na definição da OMS, tornando-se um instrumento de gestão para orientar também o compartilhamento de responsabilidades e financiamentos entre os três níveis federativos²⁸.

27 Brasil. *Para entender a gestão do Programa de Medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2004. (Conass Documenta: 3). Entre os usuários dos medicamentos da antiga lista de dispensação excepcional estão os transplantados, os portadores de insuficiência renal crônica, de esclerose múltipla, de hepatite viral crônica B e C, de epilepsia, de esquizofrenia refratária e de doenças genéticas como fibrose cística e a doença de Gaucher.

28 Nascimento, Alexandre et al., op. cit.

A combinação dos aspectos jurídico e político, somada à dimensão organizativa, o que qualificamos como abordagem jurídico-institucional, é muito importante para reformas na política pública capazes de fazer frente às demandas que alimentam grande parte da judicialização da saúde.

Merece destaque, nesse ponto, a particularidade do mecanismo participativo criado, prevendo-se a representação dos Estados e Municípios não a partir da criação de uma instância originada no Poder Público, mas com base em associações civis já existentes para congrugar entes federativos, sob regime jurídico de direito privado, cuja prática, ao longo de mais de vinte anos, provou-se benéfica como espaço de trocas de experiências e articulação política²⁹.

Essa é uma dimensão da participação geralmente não destacada nas análises jurídicas. O enaltecimento dos mecanismos participativos, tais como Conselhos populares, conferências públicas e similares, em geral desconsidera a importância desse elemento a legitimar a participação, isto é, a capacidade de organizar interesses e, na prática, estruturar a intervenção, influenciando sobre a montagem da agenda política, a formulação de propostas, o processo decisório e a capacidade de executar, na ponta final, as aspirações da coletividade.

3.5. Limites das listas de medicamentos

Por fim, convém pontuar alguns limites das listas de medicamentos, que se revelam nas ações judiciais sobre o direito à saúde.

O primeiro limite é de caráter econômico, dado pela incompatibilidade entre a velocidade de desenvolvimento de novas tecnologias terapêuticas e a escassez de recursos dos orçamentos da saúde pública. Há uma tensão permanente entre o aumento da expectativa de vida da

29 Essa forma de representação combinando instância pública e associações representativas de entes federativos, sob regime de direito privado, tem precedente na legislação do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), Lei n. 11.494, de 20 de junho de 2007, art. 12, que prevê a participação de Conselho Nacional de Secretários de Estado da Educação (Consed) e União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime) na Comissão Intergovernamental de Financiamento para a Educação Básica de Qualidade.

população e a demanda crescente de tratamento, em paralelo com os valores elevados das inovações produzidas continuamente pela indústria farmacêutica. Isso vem ocorrendo no mundo todo³⁰.

Embora nem sempre as inovações terapêuticas sejam mais dispendiosas que os tratamentos tradicionais, o mais frequente é que as novas tecnologias em saúde gerem aumento de custos e pressões orçamentárias para os sistemas públicos e privados. Numa perspectiva de política pública, é preciso multiplicar o custo unitário pelo tamanho da população-alvo de determinada doença, o que repercute, evidentemente, sobre a condição de acesso de todos, considerados na dimensão coletiva, ao tratamento. No mundo jurídico, esse dilema vem sendo extensamente debatido sob o tema do “custo dos direitos”. Ainda assim, é interessante visualizar a dimensão econômica do argumento, como apontam Ferraz e Vieira ao simularem o impacto da entrega, a toda a população de doentes de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, dos medicamentos que vêm sendo deferidos individualmente em juízo. Essa operação indica montante correspondente a 4,32% do PIB brasileiro³¹.

30 Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabíola Sulphino Vieira, *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. DADOS - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223-251, mar. 2009. “O aumento dos gastos com saúde e, especificamente, com medicamentos não ocorre apenas no SUS. Em muitos países desenvolvidos, por exemplo, o gasto com medicamentos está aumentando de 10 a 18% por ano, muito acima da inflação e do crescimento do PIB (OMS, 2002). Estima-se que nos Estados Unidos os gastos com medicamentos aumentaram em 200% entre 1990 e 2000, representando o segmento de maior inflação do setor (Shah et alii, 2003). No Reino Unido, país que tem modelo de atenção à saúde focado na atenção primária, o gasto com medicamentos nesse nível de complexidade cresceu 10% entre 2001 e 2002, provocando uma crise de financiamento (MacDonald, 2003). Esse mesmo problema foi enfrentado pelo Canadá, que, em 2005, teve 11% de elevação do gasto com medicamentos, constituindo esse gasto a segunda maior despesa do sistema de saúde, atrás apenas do gasto com a atenção hospitalar (CMAJ, 2006).”

31 Ferraz e Vieira, op. cit. Os medicamentos são o Interferon Peguilado, no caso da hepatite viral crônica C, e Infliximabe, Etanercepte e Adalimumabe, no caso da artrite reumatoide. Esse montante correspondia, à época da pesquisa, a 99,5 bilhões de reais a 1,9 milhão de pacientes estimados dessas doenças. “Em 2003, os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos atingiram pouco menos de dois bilhões de reais, então

As listas, evidentemente, são concebidas como referência para o atendimento médio padrão, voltado aos pacientes em grupos e escala correspondentes à do Sistema (por exemplo, a população diabética do Estado, a população de crianças até 3 anos, a população idosa de um Município, e assim por diante).

A atualização da lista é formalizada em processo administrativo, em que devem ser comprovadas tanto as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento como a comparação dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas ao SUS, com base em estudo de avaliação econômica³². Essa orientação está embasada juridicamente no conceito de essencialidade, que embute um juízo de prioridades, a cargo das autoridades sanitárias que receberam da legislação essa competência. Segundo a OMS: “Os medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem as necessidades prioritárias de cuidados de saúde da população”³³.

Do ponto de vista financeiro, observe-se que “essencial” não indica medicamentos de custo módico; ao contrário, a lista contempla também medicamentos de alto custo³⁴. Além disso, as doenças raras e outros casos que fogem do padrão médio atualmente são previstos num anexo próprio, que trata do “componente especializado” (Anexo III da Renome³⁵, antiga lista de medicamentos de dispensação excepcional), voltado exatamente às “doenças menos prevalentes”.

Portanto, por atuar voltada aos tipos-médicos, de maior incidência e relevância, segundo os dados epidemiológicos, é possível que a lista

correspondentes a 5,8% do orçamento do Ministério da Saúde. Em 2010, chegamos a cerca de R\$ 6,5 bilhões, correspondentes a 12,5% do orçamento.” Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o componente especializado da assistência farmacêutica. Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. (Série B. Textos básicos de saúde).

32 Nascimento, Alexandre et al., op. cit., p. 3358.

33 OMS, *apud* Nascimento, Alexandre et al., op. cit.

34 Pepe, Ventura et al., op. cit.

35 Regulamentado pela Portaria MS n. 2.981, de 26 de novembro de 2009.

não atue como a melhor baliza para a totalidade de pedidos, de todos os pacientes, para todas as doenças, se considerada a perspectiva de cada indivíduo interessado. Certamente restam situações a desafiar o senso de justiça do operador do direito – integre ele o Poder Executivo ou o Judiciário – diante do problema da escassez de recursos. A judicialização massiva, tal como vem ocorrendo, não parece enfrentá-lo a contento. Ao contrário, contribui para ocultá-lo, ao fechar os olhos para a seleção (nem sempre justa, sabemos) realizada pelo filtro do acesso à Justiça.

Deve-se observar que a tensão entre as duas visões, uma sustentando a ilegitimidade de limitações financeiras para o atendimento do direito à saúde (partilhada pelos autores das ações) e a visão oposta, que entende essas limitações como ínsitas à dimensão pública de um sistema voltado ao conjunto da população, foi discutida na arena própria, por oportunidade da tramitação da Lei n. 12.401, de 2011, que reformou a Lei Orgânica da Saúde. No processo legislativo, foi inserido dispositivo com a seguinte redação:

Art. 19-S. O impacto econômico da incorporação do medicamento, produto ou procedimento às tabelas do SUS não poderá motivar o indeferimento da sua incorporação ou o deferimento da sua exclusão das tabelas, salvo quando a doença ou o agravo à saúde para cuja promoção, proteção ou recuperação o medicamento, o produto ou o procedimento se destinar estiver plena e expressamente contemplada em protocolo clínico e em diretrizes terapêuticas específicas.

Aprovado pelo Congresso Nacional, o artigo foi vetado pela chefe do Poder Executivo, nos termos do regramento pertinente, com base no argumento de que a exclusão do critério da relação custo-efetividade

pode acarretar prejuízo ao atendimento da população, além de inviabilizar a negociação com fornecedores visando a redução dos custos, com a consequente otimização e racionalização da aplicação dos recursos públicos³⁶.

Não consta que o veto tenha sido derrubado, de modo que a decisão judicial que considere ilegais constrangimentos orçamentários limitadores da satisfação de direito individual, se não consiste exatamente em afronta à separação de poderes, é pelo menos um desrespeito ao sentido próprio da atuação de cada um deles, fixado com o advento do Estado moderno. Essa reinterpretção da separação de poderes também não corresponde, como vimos, ao Estado Social, visto que neste os programas de interesse coletivo têm primazia.

O segundo limite da lista se encontra no extremo oposto. Há demandas que aparecem nas ações judiciais, especialmente as narradas pela Defensoria Pública, que chocam pela singularidade. É o caso, por exemplo, das fraldas geriátricas. A despeito da dispensação desse item na rede de atenção básica do Estado de São Paulo, há relatos de pedidos judiciais relativos a esse item, o que sugere uma falha de informação ou comunicação entre o que consta da lista e aquilo a que o usuário final tem acesso. As listas amplas não significam, necessariamente, garantia de acesso do usuário ao bem ou serviço.

Uma das principais críticas ao modelo de listas de medicamentos essenciais é que, muitas vezes, estão em descompasso com os itens ofertados pelo sistema de saúde. Essa dificuldade sempre esteve presente no contexto brasileiro, onde muitas vezes medicamentos eram incluídos ou excluídos da RENAME sem garantia de aquisição ou cessação de compra para os serviços de saúde³⁷.

Por fim, um terceiro limite pode ser apontado em algumas “excentricidades”, tais como água de coco, creme hidratante, pilhas etc., que também consta de pedidos a movimentar a máquina judiciária³⁸. Isso sem falar nas demandas forjadas, em que os laboratórios induzem

37 Nascimento, Alexandre et al., op. cit.

36 Mensagem de veto à Lei n. 12.401, de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Msg/VEP-113.htm>.

38 Judicialização da saúde no Estado de São Paulo. Secretaria Estadual de Saúde. Apresentação à II Jornada da Saúde do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/eventos-campanhas/evento/133-ii-jornada-de-direito-a-saude>>.

o ingresso de ações judiciais que desafiam o papel planejador das listas, por meio de práticas tratadas na tipologia penal³⁹.

A despeito desses limites, dada a escala das diferentes expressões que o direito à saúde reveste, as listas permanecem como vetor de referência do sistema de saúde para toda assistência terapêutica. Nesse sentido, é meritorioso o esforço de organização presente das medidas relatadas neste tópico. Ainda assim, deve haver um movimento adicional, a cargo tanto dos gestores da saúde como dos participantes do sistema de justiça, no sentido da compreensão mais profunda do sentido desse documento.

A lista é um instrumento jurídico, aprovado por normas jurídicas, com base em previsão legal de competência e conteúdo e não mera recomendação de caráter técnico ou político. As prioridades no uso dos recursos disponíveis, dadas pelo mecanismo das listas, são tão revestidas de juridicidade como as decisões de interesse individual.

A conexão da lista com as defesas judiciais (na esmagadora maioria, a cargo do Poder Público, das várias esferas federativas) é explicitar e ordenar o discurso com base no qual se pode dizer, verdadeiramente, que há políticas e programas visando o direito à saúde da coletividade. A ausência dessas políticas ou a sua atuação deficiente é o principal argumento (talvez o único) que poderia justificar algum grau de relativização do foco no direito coletivo para atendimento do direito individual, como já vem sendo reconhecido em foros organizativos do Poder Judiciário, examinados mais à frente.

A lista é, ademais, um instrumento de comunicação, que deveria proporcionar aos usuários do sistema, assim como médicos e agentes de saúde – e também aos juízes –, uma fonte única e oficial de informação, que permitisse a todos conhecerem exatamente os medicamentos e tecnologias cientificamente validados pelas instâncias definidas no Ministério da Saúde.

Descuidos em relação à lista, sua atualização e sua apresentação, corroem a credibilidade do Poder Público como portador do interesse

coletivo. Fica no ar a impressão de que há mera defesa do interesse público secundário (a preservação das limitações orçamentárias do Ministério e Secretarias da Saúde), em detrimento do interesse público primário (o atendimento aos pacientes), para usar a clássica definição de Renato Alessi.

Não é por outra razão que as medidas de organização que vêm sendo patrocinadas pelo Poder Judiciário, no sentido de buscar critérios gerais que possam orientar as decisões, têm dado grande relevo às listas oficiais de medicamentos, conforme será abordado no tópico seguinte. Qualquer estratégia que se proponha a reduzir a massificação da judicialização da saúde depende da atualização dessas e da aplicação do tipo-médio que elas adotam.

4. PARÂMETROS GERAIS PARA DECISÕES JUDICIAIS

Com o reconhecimento praticamente unânime de que a judicialização da saúde se tornou excessiva, a partir de certo momento, que pode ser fixado em 2009, quando se realizou a Audiência Pública n. 4, no STF, o Poder Judiciário passou a se mobilizar para buscar critérios e padrões mais racionais para suas decisões nesses casos.

A lista de medicamentos é entendida como a principal referência para o dever do Estado na assistência farmacêutica à população, conforme sumariava Barroso, ainda antes de se tornar ministro do STF:

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

B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo.

39 Juliana Yumi Yoshinaga. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de

São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011.

C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – **para a modificação das listas** – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos⁴⁰.

Na decisão paradigmática da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 175 afirma-se que “o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados”. O largo escopo do que vem ocorrendo no âmbito judicial está ali registrado, compreendendo as

mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Isso talvez explique por que as listas do Ministério da Saúde não mais cuidam apenas de medicamentos, mas preveem uma gama ampla de ações e serviços de saúde, como vimos acima, possivelmente como forma de atuar com abrangência correspondente ao problema judicializado.

Compilando os destaques anotados no acórdão da STA 175, nota-se um primeiro bloco, composto do que poderíamos chamar de diretrizes para orientar o exame judicial:

a) o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte;⁴¹

40 Luis Roberto Barroso, Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a ação judicial.

41 Ao abrir esse tópico, afirma o acórdão: “o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.”

b) Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

c) é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

d) O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.

e) Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

f) A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da ‘Medicina com base em evidências’.

g) Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Identificamos um segundo bloco, que ressalva a aplicação da política de assistência farmacêutica em “casos especiais”.

h) Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprouve que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.

i) Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

A caracterização dos casos especiais, entretanto, é problemática, se não for acompanhada das cautelas processuais devidas. Delas cuida um terceiro bloco, com recomendações relativas à tramitação das ações, especialmente a produção da prova e o cuidado na concessão de

medida cautelar, aspectos, a meu ver, centrais no problema da judicialização excessiva:

j) Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, **é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.**

k) Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a **necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças**, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, **impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.**

Há, portanto, indicações de autolimitação do exercício da função jurisdicional que dizem respeito à observância da prova que, se considerada, pode indicar a procedência dos argumentos da Fazenda Pública-ré na ação, ao contrário do que ocorre hoje na esmagadora maioria dos casos. A STA 175, no entanto, silencia sobre parâmetros mais definidos para o enfrentamento da situação predominante, que é o deferimento liminar do pedido, em caráter satisfativo, sem o exame da prova. Muitas vezes não chega a haver dilação probatória, conforme será examinado no próximo tópico.

Em seguida à Audiência Pública, e certamente como desenvolvimento das iniciativas de caráter organizativo adotado pelo Judiciário, ocorrem as Jornadas de Saúde I e II do Conselho Nacional de Justiça, em maio de 2014 e maio de 2015, com a louvável intenção de buscar orientações de caráter geral, a partir de observações da experiência dos magistrados⁴². Adiante serão comentados alguns dos enunciados aprovados naquelas Jornadas, relevantes para o argumento aqui desenvolvido.

5. O PROBLEMA DAS LIMINARES

O problema mais agudo da judicialização da saúde é a concessão exagerada de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutela⁴³. Esse é o aspecto central a ser enfrentado por uma estratégia de redução da judicialização em saúde. O volume de ações é consequência dessa prática, na medida em que o deferimento sistemático das antecipações de tutela faz do Judiciário o caminho mais curto para a obtenção do medicamento, com baixíssimo índice de recusa, a despeito da possível ilegitimidade dos pedidos, em muitos casos.

Deferida a liminar, que determina a entrega do medicamento ou realização do procedimento, não há mais sentido na peça de defesa, perdem força os argumentos baseados no regramento do SUS como direito à saúde coletiva. Isso sugere que o juízo, em geral, dedica reduzida atenção aos argumentos de defesa trazidos pelo Poder Público⁴⁴. E, por essa razão, as orientações aos juízes, ainda que valiosas, laboram em terreno árido.

Faltam parâmetros específicos para a concessão das liminares e são tímidas as recomendações para o seu adiamento para momento posterior ao do recebimento da defesa. Nesse sentido, todo o esforço de melhoria de atendimento e organização da prestação dos serviços pelo Poder Executivo arrisca-se a cair no vazio, se não receber a devvida escuta por parte do juiz.

Numa consideração de política pública, deve-se ponderar que, além da duplicação original de uso da máquina pública no apelo à via judicial para acesso ao sistema de saúde (sistema de justiça + sistema de saúde), a incidência em massa da tutela de urgência produz uma segunda duplicação, que consiste nos mecanismos de recurso que a Fazenda Pública-ré deve manejar, uma vez concedida a liminar (sistema de justiça + sistema de justiça + sistema de saúde).

43 Aqui serão utilizadas, sem maior rigor jurídico-processual, as três expressões como sinônimas.

44 Essa é a conclusão de Silvia Badim Marques e Sueli Dallari. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, 2007;41(1):101-7.

Formulam-se a seguir algumas hipóteses, como linhas de trabalho para consideração, no âmbito do Poder Judiciário, de uma estratégia de reversão do atual estado de coisas.

5.1. 1ª hipótese: o juiz ou juíza defere a liminar, não considerando a exigibilidade jurídica da Política Nacional de Assistência Farmacêutica

Quase vinte anos depois do início da massificação das demandas judiciais em saúde, acumulou-se também razoável acervo de estudos empíricos, de boa qualidade, sobre o perfil da judicialização, em geral dedicados a mapear as demandas, em segmentos que cada artigo específico, com recortes temporais e geográficos bem definidos. Ainda que não haja uma sistematização desses estudos em um quadro mais geral e que as categorizações por eles adotadas sejam particulares a cada um, seus dados e conclusões dão suporte a alguns elementos aqui trabalhados.

Um estudo realizado no Rio de Janeiro por Vera Pepe, Miriam Ventura e outros pesquisadores da Fiocruz e da Universidade Federal do Rio de Janeiro, publicado em 2010, aponta que, em uma amostra de 185 processos, em 100% deles a liminar foi concedida⁴⁵. Em apenas três desses casos, o pedido foi a final negado. Analisando o tempo de tramitação do processo, o estudo entendeu que houve “rápida tramitação quando visto sob a ótica do setor de justiça”⁴⁶.

45 Pepe, Ventura et al., op. cit. O estudo aponta que em 80,6% dos casos havia solicitação de ao menos um medicamento não pertencente aos elencos oficiais, o que “sugere que, além de problemas relacionados à aquisição, distribuição e dispensação de itens listados, os não selecionados em listas oficiais foram também grande motivação da demanda”. Aponta-se, ainda, que parte dos medicamentos não contemplados na Rename vigente à época das decisões (2002) foi incluída nas edições subsequentes da lista.

46 Pepe, Ventura et al., op. cit. “Do ponto de vista médico-sanitário e considerando a possibilidade de prescrição inadequada, pode representar para o paciente um longo período de uso irracional de medicamento, que pode comprometer ainda mais sua já combatida saúde.”

Silvia Badim Marques e Sueli Dallari, do Centro de Direito Sanitário, ligado à Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, corroboram essa afirmação, apontando a concessão de liminares em 93,5% dos casos analisados. Nestes, o Estado-réu foi condenado em 96,4% e nenhuma sentença julgou o pedido do autor improcedente com o exame do mérito da ação⁴⁷.

Outro estudo, inserido na Casoteca Direito GV de Políticas Públicas, aponta números com ordem de grandeza similar, indicando a inexpressividade da consideração da defesa do Poder Público. Com uma amostra de 501 decisões sobre pedidos de fornecimento de insulinas, coletadas em 12 tribunais do país, foram deferidos 92% dos pedidos, em decisão final, 78% com liminar⁴⁸.

Vários desses estudos apontam, ainda, a desconsideração pura e simples do que consta das políticas do SUS em relação à matéria, como é o caso de Fabíola Sulpino Vieira e Paola Zucchi:

A maioria das demandas por medicamentos geradas por ações judiciais poderia ser evitada se fossem consideradas as diretrizes do SUS, a organização do atendimento em oncologia e a observância das relações de medicamentos essenciais.⁴⁹

47 Marques e Dallari. O estudo observa ainda que: “O Estado foi condenado a fornecer o medicamento nos exatos moldes do pedido do autor, inclusive quando o medicamento não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (9,6% dos casos analisados). Observou-se que 100% dos processos estruturados foram propostos por autores individuais; em 77,4% o autor requer o fornecimento de medicamento específico de determinado laboratório farmacêutico.” Junia Coelho Lemos, em artigo neste volume, analisa o fenômeno.

48 Daniel Wang, Denise Franco, Fernando Terrazas, Mariana Vilela e Natália Pires, Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde: direitos, ciência e políticas públicas. Casoteca Direito GV – Produção de casos 2011. Disponível em: <http://diretosp.igv.br/sites/diretosp.igv.br/files/insulinas_analogas_-_narrativa.pdf>.

49 Fabíola Sulpino Vieira e Paola Zucchi. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, abr. 2007, p. 214-222.

No mesmo sentido, Marques e Dallari:

Com base nos resultados encontrados, percebe-se que como órgão central do sistema jurídico, o Poder Judiciário não tem levado em consideração a política pública de medicamentos. Ele vem sustentando, principalmente, que questões políticas não podem disciplinar ou condicionar o exercício desse direito. Suas decisões têm com base unicamente a afirmação do direito à saúde e à assistência farmacêutica como direitos integrais e universais dos cidadãos brasileiros contida no arcabouço legal (Constituição Federal e Lei Orgânica de Saúde). O Poder Judiciário ignora que os direitos foram instituídos, de forma ampla e atrelada à elaboração de políticas sociais e econômicas.

A peculiaridade da estrutura normativa da política de medicamentos possivelmente contribui para essa reduzida visibilidade. Além do problema já assinalado da fragmentação e falta de coesão entre os diversos instrumentos, no aspecto formal ela não se reveste de caráter normativo claramente cogente.

Trata-se de uma lista editada como anexo de uma portaria singela do Poder Executivo, além disso mutável, posto que sujeita a atualização periódica. Essa estrutura de texto e tabela também dificulta que se compreenda a natureza de disposição executiva complementar aos direitos fundamentais, para o funcionamento dos serviços que lhe dão concretude. Por fim, justamente por se tratar de orientação executiva com funções de planejamento e organização, não está prevista nenhuma consequência para sua inobservância, mesmo no âmbito dos serviços de saúde. Todas essas características conferem à lista reduzido peso ou densidade normativa⁵⁰.

Em função disso, sem conseguir visualizar claramente em que consiste, do ponto de vista de sua expressão jurídica, o que lhe parece uma abstração sem forma e sem responsável, o juiz ou juíza se inclina pela aplicação imediata e direta do preceito constitucional do direito à

saúde. O argumento da autoaplicabilidade das normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais lhe confere o conforto adicional, no sentido de não estar contrariando o ordenamento jurídico e, mais do que isso, aparentemente prestigiar o seu sentido mais profundo, o que é algo discutível.

5.2. 2ª hipótese: uma vez concedida a liminar, o juiz ou juíza não examina a matéria de fato

Outra hipótese a ser considerada é a de que, uma vez deferida a liminar, o juiz ou juíza, que tem diante de si centenas de processos de teor semelhante, não tem tempo ou maior cuidado em examinar a matéria de fato trazida pela defesa (o Poder Público, na maioria dos casos, como vimos), tampouco considerá-la mais detidamente na sentença. A decisão já foi tomada, em caráter satisfativo, e o requerente já está de posse do medicamento ou no gozo da providência solicitada. A tendência é que a fundamentação singela adotada para a liminar seja simplesmente reiterada, como típica expressão do fenômeno da litigância repetitiva.

O estudo de Marques e Dallari baseia-se na catalogação das ideias centrais mais comuns nas peças dos requerentes, réus e juízes. Para o que interessa ao argumento aqui desenvolvido, destacam-se os diferentes discursos em relação à produção da prova.

O autor da ação em geral alude a argumentos constitucionais de caráter abstrato e geral, cuja aplicação, se desconsiderada a necessidade de cotejo com as previsões da lista, **não dependeria de prova**, tais como: “os direitos à saúde e à assistência farmacêutica não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos” e “os direitos fundamentais à saúde e à assistência farmacêutica não podem ser condicionados por políticas públicas de saúde ou por questões orçamentárias”.

Já o réu, geralmente o Poder Público, em sua contestação alude a argumentos de fato, **que dependeriam do exame da prova**, pelo menos documental, tais como: “o pedido do autor não se enquadrava na padronização da política de assistência farmacêutica para o tratamento da respectiva doença, não merecendo prosperar” ou “o medicamento pleiteado não possui registro da Agência Nacional de Vigilância

Sanitária (Anvisa), não podendo ser comercializado no Brasil". Adicionalmente, apontam-se argumentos de fundo, tais como: "o direito à saúde deve ser interpretado em consonância com os demais preceitos constitucionais, de forma a atender aos interesses de toda a coletividade" e "atender à pretensão do autor é sobrepor o individual ao coletivo".

Finalmente, o juiz, em sua decisão, ao acolher o pedido de autor, muitas vezes subscrive a ideia de que "O direito de todos os indivíduos à saúde deve ser garantido integralmente, a despeito de questões políticas, orçamentárias ou entraves burocráticos"⁵¹.

A qualificação da política de medicamentos como "questão burocrática" não representa apenas um argumento pelo qual o juiz expressa sua convicção e dá ganho de causa a uma parte (o requerente dos medicamentos) sobre outra (o Poder Público).

Como cenário de fundo, fica esboçada certa desconfiança em relação ao Poder Público, como se levasse o juiz ou juíza a um sentimento de não querer "se acumpliciar" com o gestor público na negativa de atendimento a uma providência que poderia custar a vida de alguém. Com isso, recusam-se de antemão os argumentos trazidos pela Advocacia Pública.

Um aspecto interessante de explorar para essa tese é a possível diferença de legitimação social entre as entidades mais associadas à posição de autoras, a Defensoria Pública e o Ministério Público, de um lado, e aquela mais frequentemente associada à posição de ré, a Advocacia Pública (seja na defesa do Poder Público diretamente, pelo Ministério da Saúde ou Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, seja na defesa das entidades reguladoras da saúde, como ANS e Anvisa).

Do ponto de vista da norma jurídica, essa diferença aparece na descrição constitucional dos papéis institucionais de cada um. O Ministério Público, cuja titulação para a defesa dos direitos da sociedade foi uma das grandes inovações da Constituição de 1988, é descrito como

Contribuição para a redação da judicialização de saúde: Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas

instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127). A Defensoria Pública, alçada ao patamar constitucional apenas com a Emenda n. 80, de 2014, é descrita por emulação ao Ministério Público, reproduzindo, ainda, garantias funcionais que, além de importantes elementos para realização de seu papel, também se revestem de forte carga simbólica, tais como a *inamovibilidade* e os princípios institucionais da *unidade, indivisibilidade e independência funcional* (art. 134). Incumbe-lhe, "como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, [...] a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, [...] dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita [...]".

Já a advocacia é desguarnecida de adornos retóricos no texto constitucional: "O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (art. 133).

A Advocacia Pública, por sua vez, introduzida no texto pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, é descrita secamente, como ente incumbido da representação da União, judicial e extrajudicial, e da consultoria e assessoramento do Poder Executivo (arts. 131 e 132).

Tendo em mente os diferentes contornos das posições em tensão e considerando a reiteração sistemática do padrão de decisão em favor dos requerentes e contra o Poder Público, passamos a explorar a hipótese de ocorrência de um fenômeno mais profundo. Utilizando a figura que Tércio Sampaio Ferraz Jr. propõe, em sua *Teoria da norma jurídica*, de "desconfirmação da norma", ocorreria algo que poderíamos chamar de "recusa ao diálogo processual".

Simplificando, segundo essa teoria, no discurso normativo os destinatários da norma podem concordar com seus comandos (isto é, cumpri-los) ou discordar deles (descumpri-los, sofrendo as consequências previstas na própria norma). Mas existe uma terceira situação, mais problemática, em que ocorre a desconfirmação, isto é, o destinatário nem concorda com a prescrição normativa nem discorda dela, não a cumpre ou a infringe, mas age simplesmente como se

51 Op. cit. Por medida de síntese foram selecionados as ideias gerais mais ilustrativas desse argumento. O estudo é bastante abrangente e interessante.

ela não existisse⁵². Isso traduz um problema mais amplo, de fundo político, que contamina o sistema normativo: “as reações de confirmação e rejeição têm o efeito de dar à autoridade o seu sentido de autoridade”, mas “a desconfirmação equivale ao aniquilamento da autoridade enquanto tal”⁵³.

Transpondo essa proposição para o caso em análise, não seria descabido dizer que a concessão sistemática de medidas liminares e a impressão, bastante difundida nos estudos mencionados, de desconirmação da política de assistência farmacêutica, indicam a desconfirmação dessa política por parte dos juizes. Ela não é atendida nem descumprida. Ela é simplesmente inócua.

O deferimento quase automático da liminar, em caráter satisfativo, sem exame da situação fática, expressa esse fenômeno da desconfirmação, no sentido de que a lista de medicamentos não serve de parâmetro para a apreciação do caso ou julgamento da procedência do pedido. Não se trata, portanto, de uma decisão baseada na inexistência ou deficiência da política pública, que caracterizariam a omissão do Poder Executivo. A massificação do tipo de resposta judicial, medida liminar, aponta que o conteúdo da política (as listas) deixa de ter alcance para o regramento de grande parte dos casos concretos postos em exame.

5.3. 3ª hipótese: o juiz ou juíza decide em função do que percebe como descuido no atendimento aos usuários dos serviços de saúde

Depois de ter especulado sobre a “invisibilidade” das políticas do Poder Executivo, cabe explorar a perspectiva oposta, de que os relatos

52 Tercio Sampaio Ferraz Jr., *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1999, p. 57.

53 Comentei esse fenômeno, recorrente entre nós, da tolerância generalizada ao descumprimento como mecanismo de perpetuação da inefetividade das normas em determinados campos, relacionado ao enfraquecimento da autoridade, em *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266-269.

dos usuários sejam tão carregados de informações negativas, que se forma no juiz ou juíza convicção no sentido da precariedade do serviço e descuido no atendimento ao usuário final.

Nesse sentido, as normas de organização do sistema podem soar abstratas e tecnocráticas, pouco dizendo ao paciente, destinatário último dessas disposições, dado o longo o caminho que têm que percorrer até chegar a eles. Esse aspecto está registrado nos estudos.

As contribuições da legislação e das normatizações do MS (Ministério da Saúde) para a organização e o estabelecimento de financiamento para a AF (Assistência Farmacêutica) na ABS (Atenção Básica em Saúde) são indiscutíveis. No entanto, existe um grande distanciamento entre a AF básica legalmente estabelecida e a AF básica real dos municípios brasileiros. Os problemas encontrados vão desde o desabastecimento de medicamentos essenciais e má conservação deles no processo de armazenamento até a ausência total de orientação ao usuário quanto à utilização correta desses produtos⁵⁴.

Afirmar que a política de assistência farmacêutica tem um grau de elevada complexidade que repercute sobre os usuários seria quase uma obviedade. Como vimos, essa complexidade ora pode ser involuntariamente aumentada, em função da desarmonia dos instrumentos normativos, ora pode ser reduzida, com a estruturação adequada da ação dos gestores públicos envolvidos, o que parece estar sendo assumido como orientação no período mais recente.

Em nosso Estado federal e dada a competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição Federal, a menção ao Poder Executivo deve ser vertida para o plural. Trata-se de 27 Secretarias Estaduais de Saúde, além da Secretaria do Distrito Federal, somadas às mais de cinco mil Secretarias Municipais de Saúde. É de se esperar uma

54 Luciane Cristina Feltrin de Oliveira, Marluce Maria Araújo Assis e André René Barbo- ni, Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da Política Nacional de Medicamentos à atenção básica à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, nov. 2010, p. 3561-3567. Em sentido semelhante, Messeder e Osorio-de-Castro.

diversidade muito grande de formas de atendimento, considerando a vastidão territorial, as condições de acesso, o perfil epidemiológico etc.

A criação da Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (Re-nases) em 2012 possivelmente tenha sido um passo no intuito de organizar as responsabilidades pelo atendimento. Todavia ela padece do mesmo problema da Rename, relativamente à estrutura normativa. Instituída por portaria do Poder Executivo, não dispõe de mecanismo que garanta sua observância. Nesse sentido, é como se não se tratasse de disposições cogentes.

A despeito disso, as medidas de caráter macro-organizativo não podem perder de vista o atendimento ao cidadão individualmente considerado. Este não pode ser visto como parte “menos importante” do sistema e talvez seja contra essa visão que se insurjam muitas das decisões condenatórias do Poder Público.

5.4. As Jornadas de Saúde do CNU e os enunciados sobre as limitares

Como já dito, diante do crescimento exponencial da judicialização, o Poder Judiciário passou a buscar a identificação de parâmetros que pudessem servir de guia para as decisões em matéria de saúde. Na I Jornada de Saúde do CNU, realizada em maio de 2014, foram aprovados 45 enunciados⁵⁵, e na II, em maio do ano seguinte, mais 22 enunciados⁵⁶, perfazendo 68 enunciados, ao todo. Num despretensioso exercício de especulação, lançando-se como argumentos de busca os termos “liminar” e “usuário” encontram-se nove enunciados, a seguir analisados.

Dois enunciados são endereçados ao autor da ação, recomendando a ele que não aione a Justiça sem antes procurar o sistema de saúde (E. 3) e que o médico preste as informações necessárias, utilizando o questionário disponibilizado pelo CNU (E. 19).

Quatro enunciados contêm recomendações procedimentais ao juízo sobre as decisões limitares, orientando que estas sejam precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (Nats), sempre que possível (E. 18); que nos casos de órteses, próteses e materiais especiais se recuse a indicação de marca e se observem as listas da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), do Conselho Federal de Medicina (CFM) e do próprio CNU (E. 28); que seja renovado o relatório médico nas hipóteses de prestação continuada (E. 2); e que se exija termo de responsabilidade e prestação de contas para o levantamento de valores destinados ao cumprimento de medidas limitares (E. 55).

Há dois enunciados que merecem comentário à parte, visto tratarem de aspecto de fundo, relativo aos limites das listas, referidos acima. São os de número 4, da I Jornada, e 61, da II Jornada, que revê aquele, para afirmar que os Protocolos Clínicos não devem ser tomados como limitadores, nos casos em que as alternativas terapêuticas tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis no quadro clínico do paciente usuário do SUS⁵⁷.

Finalmente, o E. 60 exime o juiz ou juíza de examinar a questão da discriminação de competências federativas, facultando-lhe determinar a providência a qualquer dos entes⁵⁸.

Esses enunciados compõem uma importante contribuição do Poder Judiciário para a evolução do enfrentamento do problema da judicialização. Um passo importante seria a consideração cuidadosa desse material pelos gestores públicos, num trabalho conjunto dos sistemas de saúde e de justiça, de modo a buscar a institucionalização,

57 “61 – Saúde Pública – Proposta de alteração do enunciado n. 4 da I Jornada – Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis no quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.”

58 “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.”

55 Disponível em: <http://www.cnu.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_rpdf>.

56 Disponível em: <<http://www.cnu.jus.br/files/contendo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>.

em regra jurídica compreensível pelo sistema de saúde, dos procedimentos nele recomendados.

6. MECANISMOS CONSENSUAIS. ALGUMAS EXPERIÊNCIAS BEM-SUCEDIDAS DE REDUÇÃO QUALIFICADA DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A intenção de atender mais rapidamente os usuários tem orientado algumas experiências bem-sucedidas de redução da judicialização. São iniciativas locais, envolvendo as Secretarias de Saúde, em conjunto com atores jurídicos fundamentais, como as Procuradorias de Estados e Municípios e as Defensorias Públicas.

Essa outra resposta vem sendo experimentada, com sucesso, em alguns locais do Brasil, com base num trabalho pré-processual de organização da atividade administrativa, com gestão adequada da informação e, quando é o caso, a construção de soluções negociadas para os casos concretos. Com foco predominante nos usuários e suas necessidades, uma conjugação de esforços das Defensorias Públicas, Secretarias de Saúde e Advocacia Pública (procuradores de Estados e Municípios, advogados da União, procuradores federais) tem procurado a melhor estruturação dos serviços de que depende o atendimento do usuário. Isso resulta, com frequência, num atendimento mais rápido, que, ainda que não entregue exatamente o que foi solicitado, termina desestimulando o uso da via judicial.

Por ocasião da Audiência Pública n. 4, de 2009, os dois ministros de Estado diretamente afetos ao tema, o ministro da Advocacia Geral da União e o ministro da Saúde, apontaram uma dessas experiências como possível modelo de solução, o do Comitê Interinstitucional de Resolução de Demandas em Saúde (Cirads), do Rio Grande do Norte, referido como um possível “futuro modelo nacional para redução de demandas da saúde”⁵⁹.

Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas

Além dessa, há pelo menos duas outras experiências igualmente importantes, uma em São Paulo⁶⁰ e outra no Estado do Rio de Janeiro⁶¹, com a criação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde, baseada em mecanismos consensuais, com resultados bastante satisfatórios, no que tange tanto à redução da judicialização como ao atendimento das demandas. Merece destaque a centralidade dada ao usuário, mais que à ação judicial.

Nesse cenário, a atuação da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde se revela extremamente eficiente e necessária, uma vez que seu trabalho, em resumo se constitui da união de vários entes, que buscam resolver de forma mais célere uma demanda de saúde que seria judicializada.

A Câmara realiza o encaminhamento administrativo, reinserindo o usuário no fluxo do SUS e, ainda, permite que sua base de dados seja usada como mais um instrumento para reformulação e melhoria dos serviços de saúde. Trata-se, portanto, de um instrumento no qual todos os envolvidos são beneficiados e o paciente encontra o serviço de saúde que necessita, sem precisar recorrer ao Judiciário.

⁵⁹ *e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum e Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011, p. 271-279. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2019790/ministro-da-saude-reconhece-que-o-cirad-diminui-a-judicializacao-das-demandas-da-saude>>. A experiência do Cirads é narrada em livro coordenado por um de seus mentores, o procurador federal e professor da UFRN Fabiano Mendonça, com ótimas análises das questões jurídicas e políticas envolvidas (Fabiano Mendonça e Lizziane Queiroz, orgs., Introdução do Direito Sanitário: saúde e democracia, Rio Grande do Norte, no prelo). Neste volume, há um breve relato e análise feitos por Raquel Requena Rachid.

⁶⁰ A experiência de São Paulo é relatada pela procuradora do Estado de São Paulo Juliana Yumi Yoshinaga. Judicialização do Direito à Saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Luiz Rascovski analisa o papel da Defensoria Pública nessa experiência, neste volume.

⁶¹ A experiência do Rio de Janeiro é descrita por Rita de Cássia Mello Guimarães e pelo procurador do Estado do Rio de Janeiro Pedro Henrique Di Masi Palheiro. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: *Para entender a gestão do SUS 2015*. Direito à saúde. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Comass), 2015. Iohor Rafael da Inova analisa as ações desenvolvidas...

Há experiências similares, com diferentes graus de êxito, registradas em publicação produzida pelo Conass em diversos Estados, tais como Mato Grosso do Sul⁶², Paraná⁶³ e Espírito Santo.

Parte desse esforço é voltada à organização do trabalho no interior do Poder Executivo. Isso ocorre no âmbito do “sistema de justiça”, isto é, envolvendo os atores institucionais diretamente encarregados das ações, tais como Procuradorias de Estados e Municípios e a Advocacia da União, diretamente ou por meio de Procuradorias Federais e Defensorias Públicas. Mas as experiências mais bem-sucedidas implicam uma organização paralela do sistema de saúde e principalmente a organização articulada dessas duas vertentes.

É o que exemplifica a experiência do Paraná, que informa a organização da Secretaria de Saúde para a melhoria das condições para a produção da resposta no processo judicial⁶⁴. Medidas básicas de organização passaram a ser adotadas, tais como a criação de uma “porta de entrada” para recebimento das ordens judiciais, implantação de um sistema de informação gerencial com dados sobre os pacientes e a comunicação mais constante entre a Procuradoria Geral do Estado (PGE). Os pedidos passaram a ser coordenados com a programação de compras realizadas por uma central de medicamentos, adotando-se a rotina de informar a retirada do produto pelo paciente. Passaram também a ocorrer encontros e seminários visando compartilhar informações e orientações sobre as ações judiciais, envolvendo os vários atores institucionais participantes.

62 Ligia Fernandes Lima Nantes e Beatriz Figueiredo Dobashi, A experiência da Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul no enfrentamento das ações judiciais em saúde.

63 Deise Regina Sprada Pontaroli, Gheisa Regina Plaisant da Paz e Silva, Giovanna Chipon Strapasson. O enfrentamento das demandas judiciais por medicamentos na Secretaria de Estado da Saúde do Paraná. In: *Para entender a gestão do SUS 2015*. Direito à saúde. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2015.

64 Ibid.

Há informações, no entanto, de casos mais singelos, de demanda de medicamentos existentes da rede não disponíveis aos usuários, que revelam as deficiências de organização do sistema de saúde a afetar diretamente os usuários. É o contraponto oferecido pela descrição do que ocorre na visão da Defensoria Pública no Estado de São Paulo⁶⁵.

O trabalho de ordenação das respostas às demandas judiciais é da maior relevância. Contudo, uma iniciativa similar, voltada a verificar os gargalos e vazios no atendimento direto das demandas dos cidadãos, talvez fosse mais profícua, tanto para o interesse público primário do Poder Público no campo da saúde (a atenção à saúde) como para o interesse público secundário de redução dos ônus com o funcionamento da máquina pública na exigência do cumprimento do direito à saúde. Isso é importante, especialmente se considerarmos que o maior contingente das ações movimenta os diversos segmentos públicos do sistema de justiça, Defensorias Públicas, Ministério Público, Advocacia Pública, juízos e tribunais, em sentido estrito. Em resumo, Estado *versus* Estado.

No aspecto negativo, as experiências de redução administrativa de judicialização pesquisadas neste livro mostram a fragilidade de sua institucionalização. Em geral baseada em convênios, a subsistência dessas novas práticas ainda depende muito do envolvimento pessoal dos gestores públicos que as patrocinam. O próximo passo seria inserir os aspectos positivos identificados em fórmulas mais permanentes de organização dos processos de trabalho, de modo que a organização que já existe em muitos serviços pudesse ser percebida e utilizada pelos beneficiários finais dos programas.

Mas teria que haver coordenação entre as esferas da saúde e do direito: Advocacia Pública e Secretarias de Saúde trabalhando juntas, em continuidade, criando condições para que os procedimentos de solução se estabeleçam de maneira suficientemente institucionalizada. Isso reduziria, muito provavelmente, a procura pela via judicial, muito mais trabalhosa, morosa e cara.

65 Ver artigo de Luiz Rascovski, neste volume.

7. ESTRATÉGIAS PARA A REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

O aprofundamento da discussão sobre a judicialização da saúde indica a percepção generalizada de que há uma anomalia na escala assumida pelo problema. Isso vem produzindo maior consciência sobre os papéis institucionais dos vários atores envolvidos e a necessidade de novas orientações que transcendam as dimensões dos indivíduos e dos casos concretos. Uma das respostas é o aparelhamento do Poder Judiciário com núcleos ou câmaras técnicas, que subsidiem os juízos em relação aos argumentos técnico-sanitários. Outra resposta é a crescente profissionalização da gestão da saúde, com formação especializada e ampliação da produção bibliográfica de boa qualidade. Todas essas iniciativas são valiosas e não de produzir melhorias.

Em setembro de 2016, o Plenário do STF apreciou os Recursos Extraordinários (REs) 566471 e 657718, reconhecendo a repercussão geral da questão do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Os votos proferidos até a suspensão do julgamento, pelo pedido de vista do ministro Teori Zavascki, indicam a tendência louvável de reversão da judicialização indiscriminada, com o estabelecimento de requisitos para o fornecimento de medicamentos. Examinando o aspecto político-administrativo da questão, o ministro Barroso afirma a competência dos órgãos próprios do Poder Executivo para a elaboração e atualização das listas, cabendo ao Judiciário exigir o cumprimento da política pública: “O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais”. Cabe observar, no entanto, em que pese o importante amadurecimento da posição, restar ainda uma grande franja do problema em aberto, relativa às ações que postulam medicamentos já integrantes das listas, como no caso do diabetes. Das orientações sumariadas nos votos, a que parece mais promissora, no sentido de induzir a coordenação hoje ausente no sistema, embora bastante controvertida, seria a determinação de ajustamento das ações perante a União.

Certamente, como muitos apontaram, a saída não há de ser única ou uniforme para todos os tipos de demandas reivindicando providências ligadas ao direito à saúde. Mas, na convergência de esforços que deve haver entre os atores envolvidos, os cinco aspectos a seguir destacados mereceriam atenção.

7.1. Âmbito do Poder Judiciário: reverter o automatismo da concessão de liminares, considerando os elementos de fato de cada caso

A reiteração da concessão das liminares e cautelares satisfativas tem atuado como verdadeiro chamariz de ações judiciais⁶⁶.

Do ponto de vista institucional, esse mecanismo tem o poder de atrair as demandas, contribuindo para que o Judiciário se interponha sob a pressão que seria, de outro modo, dirigida diretamente ao sistema de saúde. Embora se deva reconhecer que a judicialização, ao longo do tempo e com a acumulação das ações, tem o efeito de retirar o Poder Executivo da inércia, é importante considerar a possibilidade paradoxal de que isso oculte a má qualidade do atendimento em saúde, na medida em que o cidadão atendido individualmente é menos um a pressionar pelas melhorias coletivas de que o sistema evidentemente necessita.

Caberia ao juiz ou juíza permitir o desenrolar pleno do processo judicial, para que todos os papéis – inclusive o da defesa – fossem plenamente exercidos, rompendo-se o automatismo das liminares. Essa cautela é expressamente recomendada em vários enunciados do CNJ, como vimos.

66 O caso da fosfoetanolamina é um exemplo eloquente de como a Justiça foi transformada em “canal de distribuição” de medicamentos e ações de saúde. Veja-se o relato do jornal *Folha de S.Paulo*, 2 mar. 2016. “Se o paciente melhorava, que mal faria? diz criador da ‘pílula do câncer’”, p. B-7. “A droga [...] foi distribuída por décadas para pacientes apesar da falta de registro e de testes em humanos. Em 2014, o químico se aposentou e a USP parou de distribuir a substância. Em 2015, a Justiça vetou e depois liberou a entrega da ‘fósfó’ a pacientes. Hoje ela é distribuída via liminar” (g.m.).

O apoio dos núcleos ou câmaras técnicas pode ser útil para a verificação dos pressupostos de fato do pedido, mas é possível supor que parte do trabalho que eles realizam já tenha sido feita pela Advocacia Pública, na contestação da ação.

7.2. Âmbito do Poder Executivo: rever a apresentação das políticas de assistência terapêutica, melhorando sua inteligibilidade

Embora se possa notar nas últimas edições da Rename uma preocupação com a apresentação das políticas, consolidando as várias frentes de ação numa publicação única, com vários anexos, o fato é que se trata de textos herméticos, cujos mecanismos de funcionamento não são facilmente assimiláveis pelos operadores do sistema de justiça.

Caberia ao Poder Executivo elaborar a revisão dos documentos oficiais das três políticas, de modo a permitir uma compreensão mais imediata de como atuam a Política Nacional de Medicamentos, a Política Nacional de Assistência Farmacêutica e a assistência terapêutica. A complexidade da matéria não pode servir de escusa para impedir que se dê aos leigos, em particular juízes e juízas, membros do Ministério Público, Defensorias e Advocacia Pública, condição de fazer a aplicação mais adequada das normas que regem a política. A clareza e a simplicidade são objetivos a serem perseguidos pelos que estão genuinamente interessados na boa evolução dessa questão.

7.3. Âmbito conjunto dos poderes Executivo e Legislativo: aprimorar a juridicidade das políticas, explicitando as responsabilidades respectivas

Importa não apenas elaborar um texto normativo consolidado, integrando as várias portarias e resoluções que hoje tratam fragmentadamente da política, mas de complementá-lo com a descrição de mecanismos de responsabilização dos vários agentes, tendo em mente a perspectiva do usuário final.

Um texto mais claro, do ponto de vista jurídico, demandaria um trabalho focado na explicitação das competências de cada um dos agentes envolvidos, de modo a permitir a caracterização da omissão na prestação do serviço ou entrega do medicamento.

Deve-se considerar, para esse fim, a possível insuficiência do instrumento normativo predominante sobre a matéria e as disposições infralegais do Ministério da Saúde, explicitando-se as normas mais importantes sobre o compartilhamento de responsabilidades – tanto as financeiras (muito complexas, do ponto de vista da composição política) como as relativas à gestão dos serviços – em lei.

7.4. Âmbito conjunto dos poderes Executivo e Legislativo: disciplinar protocolos de atendimento aos usuários do sistema de saúde

Fazendo um retrospecto sobre as medidas de organização adotadas pelo Ministério da Saúde, chama atenção a preponderância da intervenção com os gestores do sistema sobre aquela dirigida aos usuários. Pode-se entender que essa precedência é natural, pois, num serviço desorganizado, o atendimento ao usuário final só pode ser igualmente desorganizado. O melhor ou pior atendimento, nesse caso, não resultará da racionalidade da política, mas do acaso ou de fatores outros de designação dos cidadãos (lugar do atendimento, condição social etc.).

Portanto, o saneamento de eventuais deficiências da política de assistência farmacêutica passaria e passará, necessariamente, pela consolidação das listas (tanto o “elenco de medicamentos e insumos” como o de ações e serviços de saúde). Passará também pelo resgate de sua credibilidade, condicionado à sua atualização constante, segundo critérios legitimados publicamente, e efetiva utilização.

Mas nas normas há pouca referência ao atendimento aos usuários, o que poderíamos chamar de “última milha” do serviço⁶⁷. A

67 A expressão é tomada de empréstimo ao campo da infraestrutura de telecomunicações, em que grandes redes podem necessitar de formas de atingir o usuário final, restando a “última milha” a ser coberta.

preocupação do Poder Público em disciplinar de forma mais estrita o conceito de integralidade, para limitar o que *pode ser esperado* do sistema de saúde, não foi acompanhada de iniciativa correspondente tratando do outro lado da moeda, isto é, o que *deve ser exigido* do sistema, com base nos direitos dos usuários. Interessante notar, nesse ponto, o laconismo do texto da Lei n. 8.080, de 1990, que utiliza o termo “usuário” uma única vez, no art. 7º, VI, entre os princípios e diretrizes do SUS:

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

A regulamentação desse aspecto não deve ser uma norma retórica a enunciar uma lista ampla e vaga de direitos dos usuários. Ao contrário, seu caráter deve ser o oposto, norma de caráter abrangente, que discipline os procedimentos em que se desdobram as ações de saúde, etapa a etapa, combinados com mecanismos cogentes, que, atribuindo consequências ao descumprimento, tornem obrigatória a observância desses “protocolos de atendimento”. Dessa maneira, poderá ficar mais claramente caracterizada eventual omissão do Poder Público, seja quanto à prestação, em si, seja quanto à justificativa da negativa do atendimento no caso concreto.

Um documento que poderia servir de base para tal normatização seria a Carta dos Direitos dos Usuários do Sistema Único de Saúde, aprovada pela Portaria MS n. 675, de 30 de março de 2006⁶⁸. A diferença entre o que consta do texto anexo daquela portaria e o que entendemos necessário é o aspecto normativo, por meio do qual se define o encadernamento de ações e seus efeitos, resguardando-se entre outros direitos: a) o de ser informado; b) o de obter uma resposta do sistema de saúde, em prazo certo; c) o de ter caracterizada a negativa como pressuposto hábil à atuação do direito subjetivo.

7.5. Âmbito conjunto dos poderes Executivo e Judiciário: disseminar as listas e seu caráter vinculante aos juízes

Por fim, em vista de tudo quanto foi demonstrado neste estudo, parece necessário um trabalho de esclarecimento aos juízes a respeito do que são as listas, seu conteúdo, seu papel no sistema de saúde e, principalmente, seu caráter vinculante, por força da legislação em vigor.

Esse trabalho poderia ser apoiado pelo Fórum da Saúde, do CNJ, em atuação articulada do Poder Judiciário e demais integrantes do sistema de justiça (Defensorias Públicas, Ministério Público, Advocacia Pública e advocacia de maneira geral) com o Ministério da Saúde e gestores da saúde nos demais níveis federativos. A redução qualificada da judicialização da saúde seria um benefício a todos eles e especialmente à população, para quem o SUS é uma importante realização do Estado Social no Brasil.

8. REFERÊNCIAS

- ADAMS, Luis Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da Advocacia Pública. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JR., Luiz Arnaldo Pereira da (Orgs.). *Tercейro setor e parcerias na área da saúde*. Belo Horizonte: Editora Fórum e Instituto Brasileiro de Direito Público, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/da_falta_de_efetividade_a_judicializacao_excessiva.pdf>.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Política Nacional de Medicamentos. Brasília: Secretaria de Políticas de Saúde, Departamento de Atenção Básica, 2001. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 25). Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_medicamentos.pdf>.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Da excepcionalidade às linhas de cuidado: o componente especializado da assistência farmacêutica. Brasília: Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos, 2010. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/excepcionalidade_linhas_cuidado_ccaf.pdf>.

68. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2007. (Série E. Legislação de Saúde).

BRASIL. Ministério da Saúde. Carta dos direitos dos usuários da saúde. 2. ed. Brasília, 2007. (Série E. Legislação de Saúde). Disponível em: <http://bvsm.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/carta_direito_usuarios_2ed2007.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2014. 9. ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos, 2015. Disponível em: <<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/0DAF/RENAME2014ed2015.pdf>>.

BRASIL. *Para entender a gestão do programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional*. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2004. (Conass Documenta; 3).

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Susana Henriques da. Morte e vida da conversão da ação individual e coletiva. In: *O Novo Código de Processo Civil*. Questões controversas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 421-439.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 3. ed. São Paulo: Forense, 1999.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *DADOS - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, mar. 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582009000100007>.

GRINOVER, Adá Pellegrini (Coord.). Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde. Relatório de pesquisa. Cebepej/Direito GV, nov. 2014. Disponível em: <http://cpia.fgv.br/sites/cpia.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>.

GUMARÃES, Rita de Cássia Mello; PALHEIRO, Pedro Henrique Di Masi. Medidas adotadas para enfrentar a judicialização na Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro e a experiência da Câmara de Resolução de Litígios de Saúde. In: *Para entender a gestão do SUS 2015*. Direito à saúde. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colacao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_33.pdf>.

MARQUES, Sílvia Badim; DALLARI, Sueli. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-7. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=pt&nrm=iso&userID=-2> e <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v41n1/15.pdf>>

MENDONÇA, Fabiano; QUEIROZ, Lizziane (Orgs.). Introdução do Direito Sanitário: saúde e democracia. Rio Grande do Norte. No prelo.

NANTES, Lígia Fernandes Lima; DOBASHI, Beatriz Figueiredo. A experiência da Secretaria Estadual de Saúde de Mato Grosso do Sul no enfrentamento das ações judiciais em saúde. In: *Para entender a gestão do SUS 2015*. Direito à saúde. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colacao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_23.pdf>.

NASCIMENTO JR., José Miguel do; ALEXANDRE, Rodrigo Fernandes; COSTA, Luiz Henrique; SANTANA, Rafael Santos; LUPATINI, Evandro de Oliveira; DOMINGUES, Paulo Henrique Faria; BIELLA, Carla de Agostino. Avanços e perspectivas da RENAME após novos marcos legais: o desafio de contribuir para um SUS único e integral. *Revista Eletrônica Gestão & Saúde*, v. 6, supl. 4, out. 2015 p. 3354-3371. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/dezembro/03/Artigo-Rename-Revista-GestaoESaude-2015-FINAL.pdf>>.

OLIVEIRA, Luciane Cristina Feltrin de; ASSIS, Marluce Maria Araújo; BARBONI, André René. Assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde: da Política Nacional de Medicamentos à atenção básica à saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 3, p. 3561-3567, nov. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000900031&lng=en&nrm=iso>.

PEPE, Vera Lúcia Edais; VENTURA, Miriam; SANTANA, João Maurício Brambati; FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; SOUZA, Vanessa dos Reis de; SIMAS, Luciana; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública/Ministério da Saúde, Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004>.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 49, n. 193,

jan/mar. 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496554/000940642.pdf?sequence=1>>.

PONTAROLLI, Deise Regina Sprada, SILVA, Gheisa Regina Plaisant da Paz; STRAPASSON, Giovanna Chipon. O enfrentamento das demandas judiciais por medicamentos na Secretaria de Estado da Saúde do Paraná. In: *Para entender a gestão do SUS 2015*. Direito à saúde. Brasília: Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), 2015. Disponível em: <http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_6B.pdf>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Contra o processo autoritário*. In: *O Novo Código de Processo Civil*. Questões controversas. Vários autores. São Paulo: Atlas, 2015, p. 267-282.

VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000200007>.

WANG, Daniel; FRANCO, Denise; TERRAZAS, Fernanda; VILELLA, Mariana; PIRES, Natália. Judiciário e fornecimento de insulinas análogas pelo sistema público de saúde: direitos, ciência e políticas públicas. Casoteca Direito GV. Produção de casos 2011. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/insulinas_analogas_-_narrativa.pdf>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Essential medicines*. Disponível em: <http://www.who.int/topics/essential_medicines/en>.

YOSHINAGA, Juliana Yumi. Judicialização do direito à saúde: a experiência do Estado de São Paulo na adoção de estratégias judiciais e extrajudiciais para lidar com esta realidade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 24, dez./jan./fev. 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/revista-24-dezembro-janeiro-fevereiro-2011-juliana-yumi.pdf>>.

[Em relação aos documentos constantes de sítios eletrônicos, todos os acessos foram verificados em fevereiro de 2016.]

INOVAÇÕES DE MÉTODO PARA O TRABALHO JURÍDICO. A EXPERIÊNCIA DO GRUPO DE PESQUISA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

CLARICE SEIXAS DUARTE

1. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E O PROBLEMA DA JUDICIALIZAÇÃO

Se até a promulgação da Constituição da República Federal Brasileira, de 1988 (CF/88), as tentativas de trazer para o campo jurídico o debate sobre critérios políticos para o atingimento de fins sociais por parte do Estado – tais como aqueles previstos no art. 3º – não eram objeto da apreciação por parte do Poder Judiciário, hoje essa situação se modificou profundamente e a análise desse tipo de demanda passou a fazer parte do cotidiano da atividade jurisdicional.

Nesse novo contexto, um dos maiores desafios do mundo jurídico passou a ser a fixação dos limites ao Poder Judiciário nos casos em que há omissões, desvios, excessos ou inadequações no cumprimento das novas tarefas impostas ao Estado para dar concretude aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

No caso da proteção constitucional do direito à saúde, fruto do embate ocorrido durante a Constituinte entre o movimento sanitário e o setor privado, venceu em grande parte a perspectiva dos sanitaristas. Daí resultou o reconhecimento expresso da saúde como direito