

**A "SUPREMOCRACIA" E OS LIMITES DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE -
O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO
PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)**

"SUPREMOCRACY" AND THE LIMITS OF HEALTH JUDICIALIZATION - THE
SUPPLY OF HIGH COST MEDICINES AND TREATMENTS BY THE SINGLE HEALTH
SYSTEM (SUS)

Tatiane Ferreira Rodrigues¹

Jeferson Dessotti Cavalcante Di Schiavi²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o controle judicial da Administração Pública em um prisma neoconstitucionalista. O enfoque se dará no fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS), levando em consideração o cenário jurídico atual, no qual muitas omissões do Poder Público são levadas ao Supremo Tribunal Federal, que diante de sua atribuição precípua, guardião da Constituição, acaba por vezes judicializando políticas públicas.

Palavras-chave: Direito Público. Controle Judicial. Neoconstitucionalismo. Judicialização da saúde. Reserva do possível.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the judicial control of the Public Administration in a neoconstitutionalist prism. The focus will be on the supply of drugs and high-cost treatments by the Unified Health System (SUS), taking into account the current legal scenario, in which many omissions of the Public Power are taken to the Federal Supreme Court, which, given its primary attribution, guardian of the Constitution, sometimes ends up judicializing public policies.

Keywords: Public right. Judicial control. Neo-constitutionalism. Judicialization of health. Reservation of the possible.

INTRODUÇÃO

¹¹ Graduanda em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Email: tfrodrigues@live.com

²² Graduando em Direito na Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. jefersonagente@agente.com

O tema central do estudo pauta-se no controle exercido pelo Poder Judiciário em relação à Administração Pública, mais especificamente, pelo seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal no que tange ao fornecimento coercitivo de medicamentos e tratamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

A Constituição traz em seu artigo 196 o direito à saúde, conforme abaixo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Se de um lado o Poder Executivo é o responsável por implantar políticas públicas que possibilitem o pleno direito à saúde, de outro o Supremo Tribunal Federal é acionado para suprir essa carência, visto que de outro modo não poderia se omitir em face de um direito constitucionalmente previsto a todo cidadão. Diante dessa dicotomia, nos debruçamos sobre o modo como se dá esse controle judicial na administração pública.

O controle não é regido por um diploma específico, mas tem respaldo em legislação esparsa e na Constituição Federal. Nesse sentido, há possibilidade de que este seja exercido pela própria Administração, autotutela, ou por intermédio do Poder Legislativo e Judiciário.

Intérprete final e guardião maior da Constituição Federal, o egrégio tribunal, pós 1988, ganhou novos contornos, principalmente com o advento da emenda nº 3/93, nº 45/05 e pelas Leis nº 9868/99 e 9882/99. Não só no Brasil, mas no mundo todo, constitucionalistas analisam como se deu esse fenômeno hipertrófico dos Tribunais Superiores e dividem-se em duas correntes: a primeira entende ser uma consequência da expansão do mercado econômico, e, portanto, estes garantiriam certa estabilidade ao sistema jurídico. Já a segunda conclui tratar-se de uma retração do sistema representativo em decorrência da ineficiência do Estado que deveria garantir o ideal democrático, segundo GARAPON (1996, apud VIEIRA, 2008, p. 443), à qual nos filiamos.

1. A SEPARAÇÃO DOS PODERES

A Constituição Federal traz no seu artigo 2º o princípio da separação dos poderes:

Art. 2º. São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Esse artigo foi inspirado na teoria da separação dos poderes idealizada por Montesquieu, baseando-se no pensamento de John Locke, a qual assegura que nenhum dos poderes entre os diferentes órgãos possa ultrapassar os limites estabelecidos pela constituição. Seria um pressuposto de validade para concretização de um Estado democrático.

Entretanto, a atual conjuntura brasileira não nos permite inferir uma atuação independente dos poderes, visto o uso indiscriminado de Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão, que segundo José Afonso da Silva, que deveriam servir como mais um elemento de estabilização do Estado, o que na prática não se observa. Além de demandas coercitivas para que o Executivo forneça medicamentos e tratamentos de alto custo, como exemplo, recente decisão do Supremo Tribunal Federal, em 2016, que concedeu o fornecimento de fosfoetanolamina, medicamento que supostamente auxiliaria no tratamento do câncer, e dias depois suspendeu a eficácia da lei que autorizava o uso da substância.

2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Órgão de cúpula do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, composto por onze ministros nomeados pelo Presidente da República, após sabatina no Senado, tem sua competência distribuída em três níveis: originária, recursal ordinária e recursal extraordinária.

Como guardião da Constituição deve se pautar no controle de constitucionalidade das leis e atos dos poderes públicos. A competência originária no exercício do controle concentrado se dá através de quatro instrumentos: ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; ação direta de inconstitucionalidade por omissão e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Já em grau recursal possui competência para julgar recurso extraordinário quando as decisões recorridas envolverem questões constitucionais.

Ademais, cabe originariamente ao STF processar e julgar as patentes mais altas da República, bem como as causas e os conflitos entre União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive entidades da administração indireta. Tal função visa manter o equilíbrio entre os entes federativos (NOVELINO; MARCELO, 2016, p. 688 e ss.).

3. O CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

O Direito Brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, ou sistema inglês, no qual o Poder Judiciário exerce o monopólio da função jurisdicional e todos os litígios, sejam eles administrativos ou privados, podem ser levados à justiça comum, que dirá o direito de forma definitiva, com força de coisa julgada material.

Independentemente do esgotamento da via administrativa, qualquer demanda controversa poderá ser levada à apreciação do Poder Judiciário. Entretanto, como tudo no direito há uma exceção prevista no artigo 217, § 1º da Constituição Federal: “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.”

3.1. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Segundo CARVALHO (2017, p. 404) a denominada coisa julgada administrativa opera-se quando da decisão imutável por parte da Administração Pública já não cabe mais qualquer recurso. É importante observar que tal fenômeno não impede a revisão do ato por parte do Poder Judiciário, direito constitucionalmente previsto no artigo 5º, inciso XXXVII, inafastabilidade da jurisdição.

3.2. LIMITES DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Os atos da Administração Pública, sejam eles discricionários ou vinculados, estão sujeitos ao controle jurisdicional, mas somente no que se refere ao aspecto da legalidade e moralidade. Cumpre observar que os elementos do ato administrativo são: competência, forma, finalidade, motivo e objeto, sendo que apenas motivo e objeto são discricionários, ou seja, a matéria de mérito, subjetiva, fica reservada à Administração. Já com relação à competência e a forma a doutrina entende que são passíveis de convalidação desde que não lesionem o interesse público e não prejudique a terceiros.

Os atos políticos e “*interna corporis*” não escapam ao controle judicial, desde que o conteúdo destes causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Já os normativos, exarados pelo Poder Executivo, poderão ter sua legalidade ou constitucionalidade apreciados dentro do controle difuso e concentrado, exercido respectivamente, por qualquer juízo ou tribunal, e o Supremo Tribunal Federal.

Por fim, destacamos a reclamação administrativa, ferramenta criada com base no artigo 103-A, § 3º da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04 e regulamentado pela Lei nº 11.417 de 19-12-06, contra decisão que contrarie ou aplique de maneira indevida uma súmula vinculante editada pelo Supremo Tribunal Federal. Este, acolhendo a reclamação, anulará o ato e determinará que outro seja praticado.

Assim, a atuação da Suprema Corte é de indispensável para a garantia de direitos, mas respeitando a Constituição e os limites de atuação do próprio poder instituído, como bem observa Espíndola e Weidlich³:

Por certo, que é possível, desejável e necessária a intervenção do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes sempre que detectada afronta a direito fundamental previsto na Constituição e na estrita medida do necessário para assegurar sua preservação. Isto é, “para que seja legítima, a atuação judicial não pode expressar um ato de vontade própria do órgão julgador” (BARROSO, 2007), mas, pelo contrário, deve fundar-se nos princípios e normas instituídos pela Constituição Federal, de modo a preservar os direitos e garantias nela inseridos e, assim, a ordem jurídico-constitucional vigente. Não há espaço, assim, para subjetivismos, para solipsismos, para ativismo. Clama-se por respeito a direitos e garantias fundamentais: clama-se por mais garantismos no processo.

3.3. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A teoria relaciona-se com a prática de atos administrativos e impõe que, uma vez declarado o motivo do ato, este deve ser respeitado. Vincula o administrador ao motivo do ato declarado, no entanto, o motivo há de ser legal, verdadeiro e compatível com o resultado. Tal teoria não condiciona a existência do ato, mas sim sua validade.

Nesse sentido, MELLO (2009, p. 396) apresenta argumentação do ponto de vista constitucional:

Parece-nos que a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes não são “donos” da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, “todo o poder emana do povo” (...) (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como “Estado Democrático de Direito” (art. 1º, caput), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a “cidadania” (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o direito de saber por que foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

³ **ESPÍNDOLA**, Angela Araujo da Silveira e **WEIDLICH**, Amanda de Moraes. Judicialização e ativismo: as distorções decorrentes da excessiva concretização judicial da assistência terapêutica. In> **Revista Paradigma**, V. 24, n. 1, 2015, p. 124.

Vale transcrever a ementa do julgamento proferido nos autos do HC 141925 / DF, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, datado de 14/04/2010:

HABEAS CORPUS . PORTARIA DO MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, DETERMINANDO A EXPULSAO DE ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL EM RAZÃO DE SUA CONDENÇÃO À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DO FUNDAMENTO. APLICAÇÃO DA TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES, SEGUNDO A QUAL A VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO, AINDA QUE DISCRICIONÁRIO, VINCULA-SE AOS MOTIVOS APRESENTADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. INVALIDADE DA PORTARIA. ORDEM CONCEDIDA.

4. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O JUDICIÁRIO

Observados os limites, passemos a analisar como o Poder Judiciário se imiscui no mérito administrativo, principalmente quando amparado no princípio da reserva do possível. Segundo Di Pietro (2014, p. 832): “... oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os recursos públicos disponíveis.”.

Ocorre que nossa Constituição é repleta de normas programáticas, principalmente relacionadas aos direitos sociais, previstos no artigo 6º, os quais não tem aplicação imediata. Diferentemente dos previstos no artigo 5º, conforme reza seu § 1º:

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Astuciosamente o Poder Judiciário, utiliza-se da justificativa do artigo 5º para garantir eficácia imediata aos demais direitos previstos no texto constitucional e acaba por judicializar políticas públicas.

O Brasil cada vez mais tendente ao modelo de Estado mínimo, não consegue executar políticas públicas de maneira eficaz a ponto de atender a todas as imposições constitucionais. Somam-se à ineficiência da máquina, diversos escândalos de corrupção que revelam o verdadeiro destino do dinheiro público. Neste diapasão, o Poder Judiciário rigorosamente não tem permissão para interferir em políticas públicas, mas não pode ser furtar a garantir direitos constitucionalmente previstos, causando um verdadeiro entrave à separação de poderes.

5. A “SUPREMOCRACIA”

O termo cunhado por Oscar Vilhena Vieira, renomado jurista, Pós-Doutor pelo Centre for Brazilian Studies - St. Antonies College, Universidade de Oxford (2007), foi objeto de estudo num artigo publicado na Revista de Direito Getúlio Vargas - edição nº 8 no ano de 2008. Há nove anos o egrégio tribunal já era o centro dos noticiários e objeto de estudo em diversos bancos acadêmicos.

Como já dito alhures, a Constituição de 1988 concedeu papel de destaque ao STF na nova ordem e cada decisão é assistida por milhões de brasileiros na “TV Justiça”. Tal fato se dá tanto pela amplitude dos efeitos das decisões, como também, pela curiosidade daqueles que clamam por justiça no julgamento dos indivíduos que contam com o foro por prerrogativa de função.

A hiperconstitucionalização do cotidiano é fruto da fragilidade democrática brasileira e não sua causa. Porém, o reforço do papel do judiciário acaba por minar o sistema representativo, visto que as questões mais delicadas e que afetam milhões de brasileiros são decididas pelos votos dos ministros.

Assim o termo “supremocracia”, segundo Oscar Vilhena Vieira, num primeiro momento, refere-se à autoridade adquirida pelo STF de governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário. Num segundo momento, tange à expansão da autoridade deste tribunal em detrimento aos demais poderes.

Seguimos o estudo mostrando como as decisões desse tribunal impactam no fornecimento de medicamentos e nos tratamentos de alto custo providos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e qual o efeito reflexo no orçamento dos entes federativos, bem como nas políticas públicas.

6. O DIREITO A SAÚDE E À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

A Constituição Federal elenca em seu artigo 6º os direitos sociais, sendo um dos principais o direito à saúde, que está previsto no Título VIII (Da ordem social), a Seção II (Da Saúde). E a Lei Orgânica da Saúde, Lei nº. 8.080/90, regulamenta os artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e dispõe nos artigos 6º, inciso I, alínea "d" e 7º, incisos I e II:

Art. 6º. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no artigo 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Nesse sentido, a Constituição garante a todos os indivíduos o direito a saúde e afirma em seu artigo 196 que é dever do Estado, devendo assim garantir através de políticas sociais e econômicas visar a redução do risco de doenças e o acesso universal (exigência de que toda a população, independente de sua renda, possa ter acesso ao atendimento pelo SUS), integral (compreende desde o nível básico de assistência até a assistência de maior nível de complexidade e especialização, incluindo medicamentos de expressivo custo unitário) e igualitário (conferir tratamento equânime aos usuários do SUS, de acordo com a máxima de "tratar desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade") às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Além disso, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, visando a sua forma de organização e de funcionamento. Sendo que o SUS foi projetado como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta. Bem como a referida lei determina os principais princípios orientadores, como o da universalidade (garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis) e o da subsidiariedade e da municipalização (de acordo com o artigo 7º, incisos I e IX, da Lei 8.080/90, a atribuição da responsabilidade é prioritária aos municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular).

Insta salientar, que a escolha dos medicamentos que serão incorporados pelo SUS e que poderão compor a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) constitui uma política pública de saúde e, é definida após avaliação dos fármacos quanto à sua eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravamento à saúde. Dessa forma, a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de tecnologia em saúde (incluindo novos medicamentos), bem como a constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias ao SUS.

Outrossim, para o funcionamento do sistema de saúde são necessárias muitas regulamentações infraconstitucionais, como por exemplo: leis, medidas provisórias,

resoluções, instruções normativas, portarias e etc. Assim, resta claro ser um grande sistema normativo que tem como finalidade a garantia do bem maior: a saúde. Isso porque, a saúde é direito fundamental, visto que é crucial ao mínimo existencial e também elemento primordial a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, mesmo que os profissionais da saúde tenham grande grau de respeitabilidade pelas normas infraconstitucionais, é importante ressaltar que no sistema jurídico brasileiro há o princípio da supremacia da Constituição e, este princípio tem como finalidade garantir que as demais normas respeitem as normas constitucionais.

E, com relação às normas infraconstitucionais, o Supremo Tribunal Federal já decidiu na Súmula 636 que: "Não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".

7. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS

Da perspectiva federativa, a Constituição Federal atribuiu competência concorrente à União, aos Estados e aos municípios para legislar sobre proteção e defesa da saúde, ou seja, os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde. Enquanto, de acordo com o artigo 23, inciso II, da Constituição Federal, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da legislação no âmbito da saúde.

Ademais, conforme artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080/90, a organização do Sistema Único de Saúde ocorre por meio de divisão administrativa regionalizada e hierarquizada com base no critério de complexidade das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos. Portanto, cabe ao Município a concretização de serviços de menor complexidade e fornecimento de medicamentos básicos, aos Estados os serviços de média e alta complexidade e fornecimento de medicamentos de média e alta complexidade e, à União, os serviços de alta complexidade e fornecimento de medicamento de média e alta complexidade.

Entretanto, o repasse de verbas e a aplicação são pautados por critérios diversos, além da complexidade das ações e serviços, também são consideradas a densidade populacional e a arrecadação tributária. Dessa forma, muitas vezes a divergência de critérios provoca a incompatibilidade, entre a verba recebida e a verba que há demanda de ser aplicada, tornando ineficazes -ou inexistente- políticas públicas de saúde.

Insta ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF):

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POLÍTICAS PÚBLICAS. PREVISÃO EM PORTARIA MINISTERIAL. DESCUMPRIMENTO. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO E DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. SÚMULA 279/STF E OFENSA REFLEXA. IMPLEMENTAÇÃO POR DETERMINAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO, com APLICAÇÃO DE MULTA. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica rever a interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam a decisão a quo, bem como reexaminar o conjunto fático-probatório constante dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 279 do STF ou porque a afronta à Constituição, se ocorrente, seria apenas indireta. II- **É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas**, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. III – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º do CPC.

(ARE 964542 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 02/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-266 DIVULG 14-12-2016 PUBLIC 15-12-2016) (grifo nosso)

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que **constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes**. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(ARE 894085 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-029 DIVULG 16-02-2016 PUBLIC 17-02-2016) (grifo nosso)

Tal posicionamento transmite a ideia de que se houver o inadimplemento de políticas públicas é possível ao Poder Judiciário determinar a implementação. Bem como que constitui obrigação solidária entre os entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes, ou seja, garante o mínimo existencial com a aplicação do princípio da isonomia -"tratar igualmente os iguais e

desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades"-, devido a reserva do possível -possibilidade econômica da administração.

8. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO

Primeiramente, necessário dizer que é compreensível a intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, como uma alternativa de realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde. Pois, verificada a transgressão ao mínimo existencial, deve ser reconhecida a validade da atuação judicial em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas apropriadas. Nessas situações, o direito individual à saúde se sobrepõe à tese da reserva do possível do Estado e aos argumentos de ordem administrativa, como o cumprimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos.

Ademais, sobre o tema medicamentos de alto custo, no Recurso Extraordinário 566.471 o Ministro Marco Aurélio fixou a seguinte tese de repercussão geral: "*O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade -adequação e necessidade-, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil*".

Nesse sentido também é a jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, que é harmoniosa quanto à obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos a pessoa hipossuficiente por parte do Estado.

Todavia, é preciso estabelecer critérios para o fornecimento de medicamentos pela via judicial, tanto para a primeira modalidade de judicialização de saúde, a que envolve pedido de medicamentos já incorporados pelo Sistema Único de Saúde, os medicamentos incluídos na política pública de saúde (presentes nos protocolos do SUS e listas de dispensação), devendo ser objeto de dispensação gratuita, e a segunda modalidade, a que envolve pedido de fármacos que não estejam incorporados no âmbito do SUS.

Na modalidade de demandas judiciais por medicamentos incorporados pelo SUS, a atuação do judiciário é somente para efetivar as políticas públicas de saúde já formuladas pelo

Sistema Único de Saúde, independente do valor do medicamento, sendo preciso comprovar que o remédio é eficaz e indispensável para tutelar o direito à saúde do requerente, bem como fazer prova do prévio requerimento do fármaco à administração e ter ocorrido a denegatória ou grande demora em proferir decisão.

E na modalidade de demandas judiciais por medicamentos não incorporados pelo SUS, o Ministro Luís Roberto Barroso (Recurso Extraordinário - 566.471) propôs cinco requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de uma prestação de saúde, são eles: a incapacidade financeira do requerente para arcar com o custo correspondente (comprovação da hipossuficiência); a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes (escolha técnica dos *expertises* da comissão da CONITEC deve prevalecer); a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS (não haver na lista do SUS fármaco alternativo que possa ser usado no tratamento da doença em questão); a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências (como consta no Enunciado 59 aprovado na II Jornada de Direito da Saúde realizada pelo CNJ "*As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências*"); a propositura da demanda necessariamente em face da União (os entes da federação respondem solidariamente pelo oferecimento de fármacos presentes nos protocolos clínicos e nas listas de dispensação organizadas no plano federal, porém somente a União, de acordo com a Lei nº 8.080/90, tem a possibilidade de decidir pela incorporação ou não de uma nova tecnologia em saúde, por meio da CONITEC e do Ministério da Saúde).

Além disso, o Ministro Luís Roberto Barroso propôs que se deve exigir um parâmetro procedimental alusivo à realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, com finalidade de verificar a presença dos requisitos de dispensação e determinar aos órgãos competentes e, em caso de deferimento judicial do medicamento avaliar a possibilidade da incorporação pelo SUS.

E, atualmente, o recurso extraordinário 566.471 está suspenso, ele trata do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do SUS e de medicamentos não registrados na ANVISA. Votaram até o momento o relator, ministro Marco Aurélio, e os ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, sendo que os três propuseram teses diferentes

e, está suspenso pois o falecido ministro Teori Zavascki havia pedido vista, assim o sucessor de Teori está responsável por devolver a vista para a retomada do julgamento.

Insta ressaltar, que os mecanismos processuais aplicáveis aos casos em que o paciente pleiteia a assistência farmacêutica perante o Poder Judiciário são: a ação civil pública, disciplinada pela Lei nº 7.347/85; o mandado de segurança; e as ações condenatórias de obrigação de fazer ou de obrigação de dar.

Em síntese, conforme o que foi exposto acima e também diante do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, é legítima a intervenção jurisdicional que visa afastar lesão ou ameaça ao direito de saúde, entretanto, na judicialização da saúde é necessário haver critérios de deferimento pelos magistrados e Tribunais com relação aos pedidos de medicamentos e tratamentos de alto custo.

9. EFEITOS ORÇAMENTÁRIOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

Em relação aos efeitos orçamentários, é visível que as decisões judiciais afrontam o princípio da dotação orçamentária prévia e o princípio constitucional da legalidade orçamentária, visto que a verba calculada é destinada à compra de medicamentos previstos no programa do Ministério da Saúde.

Ademais, a interferência judicial desordenada acarreta graves consequências, como: a desorganização administrativa, porque os recursos precisam ser desviados do seu orçamento e de sua execução natural para o cumprimento das ordens judiciais; a ineficiência alocativa, devido as compras para cumprir decisões judiciais se dão em pequena escala, sem o benefício das compras de atacado; a seletividade, porque as soluções providas em decisões judiciais beneficiam apenas as partes na ação, sem que sejam universalizadas. Dessa forma, tais excessos e inconsistências põem em risco a continuidade das políticas de saúde pública, ou mesmo pode impedir que políticas coletivas sejam devidamente implementadas. Bem como pode acabar ocorrendo a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em prejuízo da generalidade dos cidadãos, que continuam a depender das políticas universais promovidas pelo Poder Executivo.

Além disso, não há sistema de saúde que consiga resistir a um sistema em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todos as pessoas. Portanto, resta claro que há necessidade de estabelecer critérios e limites para distribuição de medicamentos e tratamentos gratuitos.

E na visão do Poder Executivo as decisões judiciais privam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a efetividade administrativa no atendimento ao cidadão, pois fundamentam que as decisões atendem às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas impedem a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Nesse sentido, sustenta-se que quando o magistrado decide o caso concreto, o juiz fatalmente ignora outras necessidades importantes e a imposição inevitável de administrar recursos insuficientes para o atendimento de demandas ilimitadas.

Entretanto, quanto ao argumento de que não haveria recursos suficientes para atender à demanda das decisões judiciais e continuar o atendimento das demais políticas públicas, deve-se acentuar que o direito fundamental à saúde deve ser prioritário, uma vez que garante o atendimento aos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana.

Destarte, os problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento de direitos sociais fundamentais, incluindo o direito à saúde. Assim como declarou a Ministra Cármen Lúcia em entrevista (no dia 8 de novembro de 2016 ao Jovem Pan Notícias): "eu sou juíza, eu tenho uma constituição que diz que é garantido o direito à saúde, eu estudo que a medicina pode oferecer uma alternativa para essa pessoa viver com dignidade e, convenhamos, a dor tem pressa".

CONCLUSÃO

O fenômeno da judicialização pode ser considerado uma circunstância atual da vida brasileira, tanto com relação à demanda no Poder Judiciário requerendo o que está previsto nas políticas públicas e o que não é fornecido, como também ao que não está previsto nas políticas públicas e os cidadãos acabam reivindicando pela via judicial.

Porém, em matéria de dispensação de medicamentos, em regra, esses direitos e obrigações devem ser definidos por via legislativa e administrativa, pois as questões de alocação de recursos, em princípio, são reservadas à Administração Pública, como exceção deve ocorrer a judicialização da saúde nos casos em que for verificada a transgressão ao mínimo existencial do cidadão, ou seja, em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas apropriadas, isso porque a intervenção do judiciário pressupõe a existência de um litígio devido ao não atendimento espontâneo de uma pretensão.

Destarte, o grande desafio em matéria de saúde é saber em que circunstâncias o judiciário poderá intervir e quais os limites. Restando evidente que no caso de descumprimento das regras vigentes no sistema a judicialização é inevitável e necessária. Porém, falta ao Poder Judiciário a capacidade institucional e a *expertise* para decidir e avaliar o efeito sistêmico de suas decisões.

Dentro deste cenário, o jurista Oscar Vilhena Vieira cunhou o termo “*Supremocracia*” no palco da dialética jurídica brasileira, e conclui em seu artigo cito à página 456:

Difícil julgar se o fenômeno da supremocracia é positivo ou negativo, ainda mais quando o discutimos no contexto de inúmeras decisões importantíssimas do Supremo. Busquei, neste ensaio, concentrar a análise apenas sobre o aspecto institucional destas decisões, não discutindo o mérito das mesmas. Em um curto ensaio como este, meu objetivo foi apenas chamar atenção para o processo de expansão dos poderes do Supremo. O ponto aqui não é, portanto, avaliar se as decisões tem sido progressistas ou não, mas, sim, verificar a posição que vem ocupando o Supremo em nosso sistema político.

O autor continua a explanação e seus ideais vão ao encontro do nosso trabalho, conforme abaixo:

Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. Em um sistema em que os “poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição”, nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la.

Portanto, é de extrema importância que haja debate sobre o direito a saúde e políticas de dispensação de medicamentos em momento prévio ao da elaboração do orçamento, tomando como exemplo as audiências públicas e congressos sobre a judicialização da saúde. Salientamos que em tais debates devem estar envolvidos não só o Poder Judiciário e Poder Executivo, mas também entidades médicas interessadas no funcionamento do sistema em geral e da sociedade brasileira.

Além disso, o judiciário deve reconhecer como parte passiva legítima nas ações envolvendo o direito à saúde o ente estatal, que nos termos da constituição das leis e dos atos administrativos possui o dever de fornecer o bem jurídico postulado.

Por fim, medicamentos e procedimentos que não estejam previsto no sistema podem ser providos, mas, para tanto, deve envolver mecanismos processuais um pouco mais sofisticados, sem se impedir peremptoriamente eventuais decisões judiciais individuais. Os magistrados devem provocar a instauração de demandas coletivas que permitam ao poder público justificar políticas públicas na matéria e dar transparência aos critérios de decisão.

Uma vez que, no senso comum, acredita-se que cada caso de judicialização da saúde pondera o direito a vida e a saúde de um lado e do outro os princípios orçamentários e separação dos poderes, entretanto, na verdade o judiciário pondera o direito à vida e a saúde de uns contra o direito a vida e a saúde de outros, conseqüentemente não há solução juridicamente fácil e nem moralmente simples no âmbito desse tema.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo** - 4º ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2017.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.
- NOVELLINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- VIEIRA, Vilhena Oscar. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo - n. 8, p. 441 - 464 - jul-dez 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 19 maio 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2009. 16 f. - Belo Horizonte, 2009. Disponível em: <<http://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2017.
- GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. **A Judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências**. 57 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faap, Ribeirão Preto. Disponível em: <<http://www.idisa.org.br/img/File/judicializacao.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2017.
- DIREITO à saúde e dist. de medicamentos. 2009. (18 min.), youtube, son., color. Audiência pública sobre judicialização da saúde. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=hrL7hiSu9fY>>. Acesso em: 15 maio 2017.

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade**. 2009. 11 f. - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Médicas da Santa Casa de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25n8/20>>. Acesso em: 15 maio 2017.

VENTURA, Miriam et al. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1>>. Acesso em: 22 maio 2017.

Cármem Lúcia rebate críticas à judicialização da Saúde: "dor tem pressa". Produção de Jovem Pan Notícias. 2016. (5 min.), son., color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=yaloKqNq2xg>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Submetido:16.11.2017

Aceito: 04.12.2017