



Gustavo Junqueira

O PAPEL DAS ESCOLAS DE MAGISTRATURA NO ENFRENTAMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

THE ROLE OF MAGISTRATES SCHOOLS IN VIEW OF HEALTH JUDICIALIZATION

Clenio Jair Schulze

RESUMO

Faz breves comentários acerca da evolução da posição do Poder Judiciário sobre a concretização do direito fundamental à saúde e propõe uma nova forma de atuação das Escolas de Magistratura na preparação e aperfeiçoamento dos magistrados para o enfrentamento da judicialização da saúde.

PALAVRAS-CHAVE

Formação de magistrados; saúde – judicialização da, direito à, política pública de; escola da magistratura; diálogo institucional.

ABSTRACT

The author comments briefly on the evolution of the position of the Judiciary Power on the implementation of the basic right to health, suggesting a new approach to be developed by the Magistrates Schools to the training of judges so as to prepare them to deal with the issue of health judicialization.

KEYWORDS

Magistrates training; health – judicialization of, right to, public policy of; magistrate school; institutional exchange.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde decorre do **déficit de democracia** pelo qual passa o Estado brasileiro, transferindo-se o *locus* do debate dos Poderes responsáveis pela criação e execução de políticas públicas (Legislativo e Executivo) para a autoridade judiciária.

A recente ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro é a marca de um modelo de omissões estatais no cumprimento das promessas da modernidade estampadas no texto da Constituição.

Hoje existem, em tramitação no Judiciário brasileiro, quase cem milhões de processos. Significa que há, em média, um processo para cada dois habitantes. Esta é a real fotografia da crise do Estado (**pós**) social. Grande parte das ações judiciais trata de discussão sobre a saúde pública e saúde suplementar.

Neste contexto, pretende-se abordar a temática dos direitos fundamentais sociais, com ênfase à concretização na via judicial do direito fundamental à saúde, bem como analisar a necessidade de fomentar a adequada preparação dos magistrados para tratar da judicialização da saúde, a partir de uma nova perspectiva a ser adotada pelas Escolas de Magistratura.

2 O CENÁRIO JURÍDICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Durante muito tempo os direitos fundamentais sociais deixaram de ser efetivados ao argumento de que configuram meras normas programáticas e por isso o Estado não estaria vinculado à sua observância.

Entendia-se, assim, que a Constituição enunciava um programa de ação, uma política pública, e que o destinatário da norma constitucional – geralmente os Poderes Legislativo e Executivo – teria apenas a **faculdade** de efetivar os direitos fundamentais sociais.

O Judiciário, igualmente, chancelava tal posição, entendendo que não poderia ingressar no mérito da decisão administrativa, porquanto estava protegida pela cláusula da discricionariedade. Atuava, assim, em **deferência** e em **respeito** aos demais Poderes da República Federativa do Brasil.

A recente ascensão institucional do Poder Judiciário brasileiro é a marca de um modelo de omissões estatais no cumprimento das promessas da modernidade estampadas no texto da Constituição.

Esse foi o cenário adotado até o período anterior à última década. A submissão da autoridade judiciária às decisões proferidas – ou omitidas – pelos demais agentes públicos chegou ao limite a partir da adoção de uma postura mais proativa e materializadora dos direitos fundamentais.

O Estado-Juiz deixou de compreender o texto da Constituição como um documento estático, passando a interpretá-lo a partir da gênese da teoria dos direitos fundamentais sociais e com base na leitura que preconiza a força normativa da Constituição. Os valores constitucionais plasmados na dignidade da pessoa humana, na fundamentalidade, na universalidade, na inalienabilidade, na historicidade e na aplicabilidade imediata dos direitos ensejaram a mudança de perspectiva. Iniciou-se

uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação do Legislativo e do Executivo.

A transição da inefetividade para a efetividade dos direitos fundamentais também decorreu do amadurecimento da sociedade brasileira, que deixou a passividade para assumir ativamente a responsabilidade de discutir seus direitos e se proteger de ilegalidades historicamente praticadas nas relações com o Estado – na perspectiva tributária, administrativa, previdenciária – e nas relações entre os próprios particulares – direito de vizinhança, direito de propriedade, etc.

Fez-se, assim, uma leitura adequada do princípio da universalidade de Jurisdição estampado no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição, que se tornou fundamento para a judicialização ilimitada das questões sociais e políticas travadas no Estado brasileiro. Tudo isso se dá em razão da legitimidade institucional do Poder Judiciário, presente nos arts. 2º, 92 a 126 e especialmente o art. 102 (que legitima o controle de constitucionalidade), todos da Constituição. No plano infraconstitucional, merece destaque o princípio da indeclinabilidade (art. 126 do CPC), que não dispensa o magistrado da análise das questões judiciais a ele submetidas.

A verdade é que o Judiciário é destinatário de todas as normas constitucionais, que norteiam e servem de parâmetro à sua atuação. Deve, portanto, cumprir as normas de direitos fundamentais, com necessidade de observância dos objetivos do Estado brasileiro – art. 3º da Constituição. Tudo isso é suficiente para permitir a atuação do Judiciário, em prol da observância ao texto da Constituição (dirigente, programático e que orienta para o progresso da sociedade brasileira).

O Brasil é exemplo de modernidade tardia, em que os direitos demoraram a chegar e, essencialmente, a concretizar as políticas fixadas na Constituição. Por isso a *viragem* institucional do Judiciário no trato das questões relacionadas a direitos fundamentais.

Importante decisão que passou a balizar a atuação do Poder Judiciário foi a proferida pelo Ministro Celso de Melo na ADPF 45, em que se estabeleceram alguns fundamentos e parâmetros para a atuação do Estado-Juiz no controle das omissões relacionadas a direitos fundamentais sociais e políticas públicas. Nesta decisão, assentou-se que os direitos sociais não podem tornar-se promessas insequentas, cabendo ao Judiciário o controle das omissões para a implementação da pretensão estatal fixada na Constituição¹.

3 A CONCRETIZAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Faz algum tempo que o Poder Judiciário tem examinado pedidos para condenar o Estado (União, Estados e Municípios) a fornecer medicamentos, tratamentos e terapias sob a alegação de que a Constituição da República estabeleceu que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado, conforme previsão dos arts. 6º e 196.

É verdade que não cabem ao órgão jurisdicional a definição e a criação de políticas públicas de saúde, podendo determinar o cumprimento das medidas já fixadas pela administração em geral, aceitas pela sociedade e, essencialmente, contempladas no corpo da Constituição.

Quando demandados, os entes públicos trazem, em suas

defesas, a alegação da possível violação ao princípio da separação dos poderes e da reserva do possível como elementos impeditivos ao deferimento da pretensão veiculada judicialmente. De outro lado, o autor da ação também afirma que o tratamento e o uso do remédio decorrem do direito à vida, da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.

Cabe ao magistrado, quando incitado, verificar se há abusividade negativa decorrente da inércia na implementação do direito à saúde, uma vez que existe o dever estatal de estabelecer um *standard* mínimo, a fim de satisfazer as normas constitucionais. Nesse contexto, na ação em que se postula o fornecimento de medicamento, tratamento ou terapia, exige-se do juiz a verificação do cumprimento daquele padrão mínimo, que preconiza a preservação da vida humana.

Não se pode esquecer que os direitos sociais previstos na Constituição, nas palavras de Clémerson Merlin Clève, são: *direitos de satisfação progressiva, cuja realização encontra-se estreitamente ligada ao PIB (Produto Interno Bruto) e, portanto, à riqueza do país. [...] Isso não significa dizer que possam ser considerados como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada. Certamente não. São direitos que produzem, pelos simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. [...] Ora, referidos direitos criam, desde logo, também, posições jurídico-subjetivas positivas de vantagem (embora limitadas).* (CLÉVE, 2006, p. 18)

Em verdade, a despeito da sua previsão, o texto constitucional não estabelece um rol de prioridades no cumprimento dos direitos fundamentais sociais, razão pela qual a definição e a implementação de políticas públicas ensejam uma *escolha trágica*, uma vez que a opção por uma levará, em princípio, ao prejuízo de outra política também contemplada constitucionalmente, ante a inexorável limitação fática e orçamentária. (AMARAL, 2010)

Neste contexto, é preciso assentar: *há alguns autores que avançam hoje a ideia de uma 'nova subsidiariedade' no campo da política de realização de direitos sociais, de 'autoajuda e auto-organização' no domínio da política de saúde* (CANOTILHO, 2008, p. 111). Ou seja, preconiza-se a transferência aos particulares da realização de determina-

das políticas públicas, a fim de reduzir o espaço de atuação do Estado².

Nesta linha de entendimento, a atuação estatal seria subsidiária ou supletiva, e somente poderia existir condenação à entrega coativa de medicamentos quando o interessado não pudesse adquirir extrajudicialmente o remédio, por meios próprios, ou por intermédio de familiares. Ou seja, a Constituição, nesta perspectiva, também materializa o princípio da solidariedade, traduzido no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I) ou na regra estampada no art. 229, ao mencionar que *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, valendo tal assertiva, obviamente, para o âmbito assistencial e da saúde.*

Os valores constitucionais plasmados na dignidade da pessoa humana, na fundamentalidade, na universalidade, na inalienabilidade, na historicidade e na aplicabilidade imediata dos direitos ensejaram a mudança de perspectiva.

Embora não se possa adotar tal posição, é necessário mencionar que o direito fundamental à saúde, nos termos dos arts. 6º e 196 da Constituição da República, somente pode ser exigido na seara judicial por quem comprovar a necessidade do auxílio, por encontrar-se em situação de hipossuficiência financeira.

Sobre o tema, vale transcrever o pensamento de George Marmelstein: *Existe uma corrente doutrinária e jurisprudencial, a meu ver correta, que defende que somente aquelas pessoas em desvantagem social poderão exigir do Estado a prestação dos serviços que decorrem dos direitos econômicos, sociais e culturais (saúde, educação, moradia, alimentação etc). Nesse sentido, Paul Singer chega a defender que os direitos sociais são direitos condicionais: vigem apenas para quem depende deles para ter acesso à parcela da renda social, condição muitas vezes fundamental para sua sobrevivência física e social – e, portanto, para o exercício dos demais direitos. Na verdade, todas as pessoas podem ser titulares dos direitos sociais. No entanto, o Estado somente pode ser obrigado a disponibilizar os serviços de saúde, educação, assistência social etc. para aqueles que*

não têm acesso a esses direitos por conta própria. Desse modo, apenas as pessoas que não podem pagar pelos serviços de saúde, de educação etc. podem, em certas circunstâncias, exigir judicialmente o cumprimento da norma constitucional. (MARMELSTEIN, 2008, p. 219)

No mesmo sentido é o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao mencionar que não há gratuidade à saúde e que entendimento contrário implicaria desconsiderar equivocadamente o princípio da subsidiariedade: *(inclusive no sentido de uma corresponsabilidade do indivíduo) e da necessidade de assegurar o máximo em prestações sociais ao máximo de pessoas, evitando, além disso, excluir – desnecessariamente – pessoas efetivamente carentes, impossibilitadas mesmo de contribuir para a manutenção de um plano de saúde privado, em detrimento*

de pessoas capazes de suprir, por seus próprios meios e de modo proporcional, suas necessidades, ainda que contribuam mediante o pagamento de impostos para o financiamento do sistema de saúde. (SARLET, 2009, p. 30)

Tal conclusão também advém da necessidade, cada vez mais crescente, de controlar os dispêndios públicos, lembrando-se, ainda, que os direitos não nascem em árvores, tal qual afirma Flávio Galdino (2005).

Este posicionamento também não colide o princípio da vedação do retrocesso (ou efeito *cliquet*), pelo contrário, aperfeiçoa-o, permitindo evitar a chamada “evolução regressiva” nos institutos jurídicos, conforme alusão de Giorgio Del Vecchio (2005, p. 9).

A atual jurisprudência do STF tutela o direito fundamental à saúde pela via judicial desde que demonstrada a hipossuficiência do demandante³. A judicialização da saúde relativa a medicamentos tem por base duas hipóteses. A primeira delas é aquela na qual o fármaco tem previsão na lista do SUS – RENAME⁴ – mas não está disponível ou não foi dispensada administrativamente pelo ente público. Aqui, tem-se um problema de

gestão – e não jurídico – razão pela qual é muito alto o índice de sucesso nas demandas desta natureza. Esse é o nítido exemplo de questão que deveria ser resolvida no plano extrajudicial, sem a judicialização.

A outra hipótese – e esta é a causa de maiores discussões – diz respeito a postulações de medicamentos, terapias ou tratamentos não previstos em lista e do qual não há previsão legal à concessão pelo administrador. Trata-se, assim, de situação cuja atuação do Judiciário é indispensável à solução do conflito de interesses.

[...] é imperioso que as Escolas de Magistratura criem espaços próprios para o debate da judicialização da saúde, na formação e no aperfeiçoamento dos juízes, e que o lócus permita, especialmente, a participação dos gestores do sistema de saúde [...]

Nestes casos, para a prolatação de decisão, o juiz deve ser criterioso e deve observar alguns pressupostos, quais sejam:

- essencialidade: o tratamento ou medicamento deve ser essencial ao destinatário e indispensável para a manutenção da sua vida;
- o fármaco não pode estar em fase experimental, ter eficácia duvidosa ou para uso em terapia alternativa não comprovada;
- deve-se optar pelo medicamento genérico ou correlato, de menor valor ou de eficácia semelhante ou de princípio ativo já fornecido pelo SUS;
- a substância deve estar disponível no mercado nacional, ou seja, registrada na Anvisa.

Tais exigências, não exaustivas, devem ficar robustamente demonstradas para a obtenção de decisão favorável. O juiz pode exigir prova pericial para a comprovação dos pressupostos acima apresentados, ressalvada a hipótese de prova documental suficiente à demonstração da pretensão, ou de análise do pleito por Câmara Técnica ou Núcleo de Apoio Técnico – NAT.

Vale ressaltar, ainda, que o juiz não pode ficar refém da posição isolada de um médico e reconhecer procedência de pretensão com base apenas em atestado ou mera requisição médica. Tal postura macula a cláusula de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição), que outorga à autoridade judiciária o dever-poder de proferir uma decisão com eficácia vinculativa plena (coisa julgada), exigindo, por isso, a cognição exauriente plena sobre o tema.

Na hipótese de procedência do pedido, é importante a fixação de parâmetros do cumprimento da decisão judicial, pois, em princípio, caberia ao próprio agente do órgão fornecedor ou, em especial, ao médico vinculado ao SUS promover, regular e periodicamente, uma consulta para análise do real estado de saúde do paciente, a fim de constatar, no transcurso de certo espaço de tempo, se ainda persistem os sintomas que ensejam o uso da medicação cuja entrega foi determinada judicialmente.

Ou seja, os profissionais médicos do SUS também serão responsáveis pela execução da sentença, devendo, com base nos postulados fixados na medicina, avaliar regularmente e com razoabilidade o quadro clínico do paciente. Em resumo,

a alteração do tratamento deve ser comprovada, de forma robusta, por ordem fundamentada de profissional da área médica. Este, portanto, é o panorama jurídico que deve se apresentar sobre a judicialização da saúde pública.

É preciso mencionar, ainda, que o Estado deve (i) manter sistema de compras eficiente; (ii) conhecer as realidades, pois cada região é caracterizada por doenças distintas e o gestor precisa se ajustar a isso; (iii) controlar vencimento dos fármacos, muitas vezes inutilizados em razão de expiração do prazo de validade.

Por fim, é importante deixar assentado que doutrina e jurisprudência sufragaram o entendimento da inexistência de direitos absolutos no sistema jurídico⁵. Assim, as diretrizes fixadas nos arts. 6º e 196 da Constituição da República não conferem o direito ilimitado ao cidadão de postular o recebimento de medicamento na via judicial, pois o dever estatal somente se estabelece diante da comprovação específica da: (a) hipossuficiência financeira do cidadão; (b) demonstração da essencialidade do fármaco ou do tratamento; (c) eficácia inidivisa da terapia, com a chancela da Anvisa. E, mais, é preciso também que a providência judicial escolha seja **razoável e proporcional** (cláusula implícitas ao princípio do devido processo constitucional, na perspectiva material) ao Estado Constitucional Democrático.

Esta noção precisa ser concretizada, diante da perspectiva de que os recursos orçamentários são limitados. A cláusula da reserva do possível não pode, de outro lado, ser invocada indiscriminadamente para obstar a efetivação do direito fundamental à saúde, observando-se as balizas acima mencionadas.

Nesse sentido, merece crítica a posição adotada pelo STF em determinados processos, em que são postulados tratamentos de alto custo, sem eficácia científica comprovada. Cite-se, como exemplo, o direito à viagem ao exterior para tratamento de **retinose pigmentar**. Neste caso, a Corte entendeu existir o direito fundamental mesmo diante da ausência de comprovação científica do sucesso da terapia⁶.

Casos como esses demonstram que a judicialização precisa ser pensada de modo mais específico e coletivamente, mediante um diálogo mais intenso entre todos os atores envolvidos no tema.

4 A FORMAÇÃO E O APERFEIÇOAMENTO DA MAGISTRATURA

O cenário decorrente da judicialização da saúde exige uma nova postura do magistrado. Em consequência, torna-se indispensável que as Escolas de Magistratura incorporem, em seus programas, tal tema, a fim de permitir que os juízes estejam aptos ao enfrentamento da questão.

Propõe-se, assim, que as Escolas de Magistratura fomentem o tema, por intermédio de ampliação do debate em eventos específicos voltados para a formação da magistratura – em cursos de formação de juízes recém-empossados – e para o aperfeiçoamento dos juízes brasileiros.

O assunto é objeto de preocupação do Conselho Nacional de Justiça, que aprovou a Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, estabelecendo diretrizes aos juízes em relação às demandas que envolvem a assistência à saúde.

Esta Recomendação foi elaborada com a observância dos seguintes fatores: (1) elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde; (2) alto impacto orçamentário para cumprimento das decisões; (3) relevância da matéria diante

da finalidade de assegurar vida digna aos cidadãos; (4) carência de informações clínicas prestadas aos juízes do Brasil sobre os problemas de saúde; (5) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; (6) reivindicações dos gestores para que sejam ouvidos antes da prolatação de decisões judiciais; (7) importância de assegurar a sustentabilidade e gerenciamento do SUS.

As providências foram assim estabelecidas: *I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento; b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas; c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para in-*

gresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON; II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que: a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;⁷ [...]

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisam ser incorporadas ao exercício da função jurisdicional.

Posteriormente, o CNJ também publicou a Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde, a quem foram destinadas as seguintes atribuições: *I – o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II – o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais,*

à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV – a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V – o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional.⁸

A Resolução 107 do CNJ determinou, ainda, a criação dos Comitês Executivos para coordenar e executar as ações de natureza específica, consideradas relevantes (art. 3º).

Atualmente, o Fórum da Saúde é composto por um Comitê Executivo Nacional, que tem sede no próprio CNJ, integrado por um juiz auxiliar da Presidência, juízes com atuação na área, especialistas, representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, do Conasems – Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde e do Conass – Conselho Nacional de Secretários de Saúde.

Além do Comitê Executivo Nacional, o Fórum da Saúde também é constituído por Comitês Estaduais e pelo Comitê Distrital (DF). No âmbito dos Estados os Comitês devem contemplar integrantes

do sistema de justiça e o sistema de saúde.

O sistema de justiça é representado por (i) juízes federais e (ii) juízes de direito, (iii) membros do Ministério Público (federal e estadual), (iv) membros das Procuradorias (estaduais e municipais), (v) Defensoria Pública (federal e estadual) e (vi) OAB.

O sistema de saúde deve ser composto por: (i) gestores, das secretarias municipais e estaduais de saúde; (ii) médicos; (iii) farmacêuticos; (iv) gestores da medicina suplementar. A finalidade da composição heterogênea é promover o diálogo entre os diversos atores, com a finalidade de esclarecer o funcionamento do Judiciário e do SUS. Muitas vezes os

juizes não conhecem a sistemática de compra de medicamentos, de funcionamento de hospitais, de contratação de servidores, e este contato com os gestores auxilia na concretização da decisão judicial e efetivação do direito fundamental à saúde.

Essas composições ecléticas dos Comitês auxiliam, portanto, a materializar a teoria dos diálogos institucionais – constitucionais – que preconiza a contínua e permanente conversa entre diversos atores envolvidos e preocupados com o conflito de interesses.

O diálogo existe, ainda, para permitir a independência e a harmonia entre os Poderes da União, nos termos preconizados pelo art. 2º da Constituição. Nesse sentido, é imperioso que as Escolas de Magistratura criem espaços próprios para o debate da judicialização da saúde, na formação e no aperfeiçoamento dos juizes, e que o lócus permita, especialmente, a participação dos gestores do sistema de saúde (agentes do Ministério da Saúde, de Secretaria Estadual de Saúde ou de Secretaria Municipal de Saúde).

Tal abertura facilitará a compreensão de aspectos fáticos que norteiam a judicialização de saúde, tais como a incorporação de medicamentos e novas tecnologias ao mercado nacional (que impactam na eficácia, eficiência e efetividade do tratamento), o funcionamento dos hospitais, os critérios adotados pelo Estado para aquisição de medicamentos, entre outros aspectos.

Ora, o conhecimento doutrinário e jurisprudencial acerca do direito fundamental social à saúde já está suficientemente disseminado no seio da magistratura, razão pela qual é preciso avançar em questões extrajudiciais, atinentes às áreas médicas, farmacológicas e da gestão da política pública de saúde, exigindo-se, neste campo, a atuação das Escolas de Magistratura.

Um bom exemplo de facilitação do exame de questões relacionadas à judicialização da saúde, principalmente do fornecimento de medicamentos, e que pode ser divulgada em cursos voltados a juizes, é a criação do Núcleo de Apoio Técnico – NAT ou Câmaras Técnicas.

O CNJ fomentou a criação de órgãos compostos por profissionais da área médica, farmacêutica, assistência social e por membros das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde que tem por finalidade auxiliar os magistrados na deliberação sobre processos envolvendo temas de saúde.

Nesses casos, após a distribuição da ação, o juiz pode encaminhar cópia da petição inicial e dos documentos ao NAT ou Câmara Técnica que se manifesta sobre a matéria. Examina, por exemplo, se: (1) o medicamento postulado está registrado na Anvisa; (2) é eficaz e eficiente ao tratamento da doença; (3) existe outro medicamento com menor preço, com o mesmo princípio ativo, ou já fornecido administrativamente pelo SUS.

O NAT ou Câmara Técnica apresenta, assim, informações iniciais básicas que auxiliam o juiz na análise do pedido de liminar. Além disso, a atividade do órgão auxilia (i) no cumprimento de decisões judiciais, diante das dificuldades e obstáculos muitas vezes criados pelos demandados; (ii) na facilitação da defesa dos entes públicos; (iii) na simplificação do atendimento de demandas na defensoria pública; (iv) na facilitação da celebração de acordos; (v) contribuindo para produção de provas, com participação em audiências e emissão de pareceres.

Outra iniciativa de destaque e que pode ser explorada em cursos de formação e de aperfeiçoamento da magistratura são os enunciados elaborados pelos Comitês de Saúde do CNJ e que contemplam resumos de medidas de sucesso e sugestões para os

diversos atores do sistema judicial e do sistema de saúde.⁹

Alguns Comitês Estaduais do Fórum da Saúde também passaram a editar cartilhas, aglutinadoras de pensamentos sobre o tema da saúde. Citam-se dois exemplos.

O Comitê do Rio Grande do Norte construiu uma cartilha sobre oncologia no SUS, reunindo informações sobre (i) a estrutura da política de dispensação de medicamentos oncológicos no SUS; (ii) eventos ou agravos que estão cobertos pela Política Nacional de Atenção Oncológica – PNAO; (iii) como está estruturada e organizada a rede de atenção oncológica; (iv) processo de credenciamento dos hospitais e clínicas conveniadas; (v) procedimentos para formalização dos protocolos e diretrizes terapêuticas no SUS; (vi) formas e procedimentos de pagamento pelos serviços prestados aos beneficiários do SUS na área oncológica; (vii) a oncologia e nova Lei 12.732/2012; (viii) dispensação centralizada de medicamento na área da oncologia; (ix) termos técnicos utilizados na oncologia.¹⁰

O Comitê do Estado do Rio Grande do Sul também editou cartilha, em que se apresenta, v.g., termo de acordo celebrado entre todos os atores envolvidos com a saúde da aludida unidade da federação para um planejamento e gestão sistêmicos.¹¹

Outras políticas públicas que os Comitês Estaduais de Saúde vinculados ao CNJ desenvolvem é a promoção de mutirões de conciliação na área da saúde. É exemplo de sucesso, no qual se escolhem processos específicos, ou com pedidos idênticos, e são levados para tentativa de celebração de acordo entre as partes envolvidas.

As Câmaras de Conciliação podem ser criadas para atuar na resolução de problemas de saúde pública e também de saúde suplementar, inclusive na perspectiva pré-processual. Na hipótese de insucesso da conciliação, o juiz já está habilitado a proferir decisão liminar ou definitiva na própria audiência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os argumentos acima articulados demonstram que a execução de políticas públicas de saúde transcendeu os limites de atuação do Poder Legislativo e do Poder Executivo, assumindo posição de destaque na perspectiva do Estado-Juiz.

Diante desse quadro, é preciso ampliar e fortalecer o diálogo entre os agentes públicos responsáveis pela concretização do direito fundamental à saúde. A atuação isolada do sistema de justiça (operadores do Direito) e do sistema de saúde (gestores) não contribui para a evolução e o progresso desejado pela sociedade.

A criação da melhor decisão judicial sobre um tratamento de saúde passa pela análise de fatores técnicos geralmente externos à teoria jurídica, razão pela qual a noção médica e farmacológica precisam ser incorporadas ao exercício da função jurisdicional. Esse é o modelo adequado à construção do Estado desejado, que observe os objetivos da República Federativa do Brasil e que contemple uma sociedade livre, justa, solidária.

Daí a importância do papel das Escolas de Magistratura na propagação das iniciativas adotadas em prol da adequada abordagem da judicialização da saúde. Não se pretende inibir o exercício da cidadania, mas permitir que o direito fundamental à saúde seja buscado da forma menos onerosa possível ao Estado brasileiro.

NOTAS

- ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBITRÍO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (ADPF 45 MC/DF, RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO, 29 de abril de 2004. Informativo 245, STF)
- Há vários trabalhos jurídicos que abordam a crise do Estado: CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003; JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Trad. José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; MORAES, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- PACIENTE PORTADORA DE “ANEURISMA GIGANTE DE ARTÉRIA CARÓTIDA INTERNA ESQUERDA” – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (STF, ARE 743896 AgR/RJ. Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 14/05/2013, DJe 24-06-2013).
- Relação Nacional de Medicamentos Essenciais. Na doutrina: ALEXI, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 276 e seguintes. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 49. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 265. Na posição do Supremo Tribunal Federal: HC 93250/MS, Segunda Turma, Relatora Min. ELLEN GRACIE, j. 10/06/2008, DJe-117 26-06-2008; RE 455283 AgR/RR, Segunda Turma, Relator Min. EROS GRAU, j. 28/03/2006, DJ 05-05-2006, p. 39 e

- ADI 2566 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. SYDNEY SANCHES, j. 22/05/2002, DJ 27-02-2004, p. 20.
- STF, RE 368564/DF, Relator p/ Acórdão Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, j. 13/04/2011. A decisão foi proferida a despeito do laudo do Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) que informava não haver tratamento específico para a doença dentro ou fora do Brasil.
- Consultar: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>
- Consultar: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>
- Por exemplo, o Comitê Executivo do Paraná editou os seguintes enunciados: Enunciado n. 1 – As ações que versem sobre pedidos para que o Poder Público promova a dispensação de medicamentos ou tratamentos, baseadas no direito constitucional à saúde, devem ser instruídas com prescrição de médico em exercício no Sistema Único de Saúde, ressalvadas as hipóteses excepcionais, devidamente justificadas, sob risco de indeferimento de liminar ou antecipação da tutela. Enunciado n. 2 – Os pedidos ajuizados para que o Poder Público forneça ou custeie medicamentos ou tratamentos de saúde devem ser objeto de prévio requerimento à administração, a quem incumbe responder fundamentadamente e em prazo razoável. Ausente o pedido administrativo, cabe ao Poder Judiciário ouvir o gestor público antes de apreciar pedidos de liminar, se o caso concreto o permitir. Enunciado n. 3 – A determinação judicial de fornecimento de medicamentos deve observar a existência de registro na ANVISA (Ref. Legislativa: art. 19-T, inc. II, da Lei n. 8.080/90, com redação dada pela Lei n. 12.401/11). Enunciado n. 4 – Ao impor a obrigação de prestação de saúde, o Poder Judiciário deve levar em consideração as competências das instâncias gestoras do SUS.
- A cartilha também pode ser encontrada no endereço eletrônico: www.tjm.jus.br/flip/cartilha-sus.
- Consultar: <<http://www.mp.rs.gov.br/areas/medicamentos/arquivos/cartilhapdf/cartilha-maio.pdf>>

REFERÊNCIAS

- ALEXI, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-104, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<http://www.lbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2010.

BRASIL. Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 dez. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45, Relator Min. Celso de Mello, julgado em 29/04/2004, DJ 04-05-2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CASSESE, Sabino. *La crisis del Estado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 14, n. 54, p. 28-29, jan./mar. 2006.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997, reimpressão 2007.

HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. *Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Tradução de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Editorial Tecnos, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo. A invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatória e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 34, n. 175, p. 9-33, set. 2009.

VECCHIO, Giorgio Del. *Evolução e involução no sistema jurídico*. Belo Horizonte: Líder, 2005.

Artigo recebido em 29/7/2013.

Artigo aprovado em 1/4/2014.

Clenio Jair Schulze é juiz federal, em auxílio à Presidência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e coordenador do Comitê Executivo Nacional do Fórum da Saúde do Conselho Nacional de Justiça