

**VI CONGRESSO INTERNACIONAL
CONSTITUCIONALISMO E
DEMOCRACIA: O NOVO
CONSTITUCIONALISMO LATINO-
AMERICANO**

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

S624

Sistemas de justiça constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano Brasil;

Coordenadores: José Ribas Vieira, Cecília Caballero Lois e Mário Cesar da Silva Andrade – Rio de Janeiro: UFRJ, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-511-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Constitucionalismo. 3. Justiça Constitucional. 4. Controle de Constitucionalidade. 5. América Latina. 6. Novo Constitucionalismo Latino-americano. I. Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano (6:2016 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34



VI CONGRESSO INTERNACIONAL CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA: O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentação

O VI Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: O Novo Constitucionalismo Latino-americano, com o tema “Constitucionalismo Democrático e Direitos: Desafios, Enfrentamentos e Perspectivas”, realizado entre os dias 23 e 25 de novembro de 2016, na Faculdade Nacional de Direito (FND/UFRJ), na cidade do Rio de Janeiro, promove, em parceria com o CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, a publicação dos Anais do Evento, dedicando um livro a cada Grupo de Trabalho.

Neste livro, encontram-se capítulos que expõem resultados das investigações de pesquisadores de todo o Brasil e da América Latina, com artigos selecionados por meio de avaliação cega por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na seleção e divulgação do conhecimento da área.

Esta publicação oferece ao leitor valorosas contribuições teóricas e empíricas sobre os mais diversos aspectos da realidade latino-americana, com a diferencial reflexão crítica de professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o continente, sobre SISTEMAS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

Assim, a presente obra divulga a produção científica, promove o diálogo latino-americano e socializa o conhecimento, com criteriosa qualidade, oferecendo à sociedade nacional e internacional, o papel crítico do pensamento jurídico, presente nos centros de excelência na pesquisa jurídica, aqui representados.

Por fim, a Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/UFRJ) expressam seu sincero agradecimento ao CONPEDI pela honrosa parceria na realização e divulgação do evento, culminando na esmerada publicação da presente obra, que, agora, apresentamos aos leitores.

Palavras-chave: Justiça Constitucional. Controle de Constitucionalidade. América Latina. Novo Constitucionalismo Latino-americano.

Rio de Janeiro, 07 de setembro de 2017.

Organizadores:

Prof. Dr. José Ribas Vieira – UFRJ

Profa. Dra. Cecília Caballero Lois – UFRJ

Me. Mário Cesar da Silva Andrade – UFRJ

A ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO COMO ELEMENTO (IN)DISSOCIÁVEL À EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

ANALYSIS JUDICIALIZATION AS NA ELEMENT SEVERABLE THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL.

Francisco Ivo Dantas Cavalcanti ¹

Lívia Dias Barros ²

Gina Gouveia Pires de Castro ³

Resumo

Reconhecendo a importância do poder judiciário como ferramenta à efetividade dos direitos sociais, dentre os quais estão os direitos humanos, e em especial o direito à saúde, o presente trabalho buscou apresentar um estudo do processo de judicialização da saúde relacionado os efeitos diretos e indiretos da Audiência Pública nº 4 do Supremo Tribunal Federal. Buscando analisar os principais argumentos presentes no debate doutrinário e jurisprudencial acerca da efetividade da saúde por via judicial. Sob o ponto de vista teórico inconstitucional os principais apontamentos presentes no debate doutrinário e jurisprudencial acerca da efetividade da saúde por via judicial, os quais sejam: a legitimidade do poder judiciário como ferramenta de efetividade do direito à saúde; os limites operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS) e o surgimento e atuação dos núcleos de apoio técnico em saúde. Em seguida, buscamos verificar os núcleos de assessoria técnica, a exemplo dos Núcleos de Apoio Técnico em Saúde e dos Núcleos de Ações Judiciais, enquanto ferramentas de mitigação dos efeitos negativos da judicialização da saúde a partir da análise da funcionalidade institucional. Constatou-se a necessidade de maior conscientização acerca da problemática da judicialização da saúde a partir da atuação integrada entre as esferas de poder público e da sociedade civil; maior exigência acerca do corpo probatório que individualiza a condição do paciente e a real urgência dos casos; maior especialização das ferramentas de monitoramento e controle das demandas judiciais referentes ao direito à saúde; o fortalecimento e a valorização dos órgãos de apoio técnico aos magistrados e aos demais agentes envolvidos, com atuação administrativa e judiciária, objetivando: ao aumento das soluções administrativas; a indicação acerca da existência de tratamentos substituíveis com mesma eficácia, segurança e qualidade; o combate à utilização do judiciário como veículo de promoção para os laboratórios farmacêuticos; a preservação do Sistema Único de Saúde.

¹ Livre-docente - UFPE; Doutor em Direito - UFMG; Mestre em Sociologia - UFPE; Especialista em Direito Público - UNICAP.

² Doutoranda em Direito Constitucional - UFPE; Mestre em Direitos Humanos – UFPE; Especialista Direito Administrativo - UFPE; e, em Direito Público - ESMape.

³ Doutoranda em Direito Constitucional - UFPE; Mestre em Direito - UFPE.

Palavras-chave: Direito à saúde, Judicialização da saúde, Núcleos de apoio técnico em saúde

Abstract/Resumen/Résumé

Recognizing the importance of the judiciary as a tool to the effectiveness of social rights, among which human rights are, and in particular the right to health, this study aimed to present a study of the health related legalization process the direct and indirect effects of Public hearing paragraph 4 of the Supreme Court. Seeking to analyze the main arguments present in the doctrinal and jurisprudential debate about the effectiveness of health by the courts. From the theoretical point of view the main unconstitutional notes present in the doctrinal and jurisprudential debate about the effectiveness of health through the courts, which are: the legitimacy of the judiciary as effective tool of the right to health; the operational limits of the Unified Health System (SUS) and the appearance and performance of the technical support centers in saúde. Em then seek to verify the technical advisory centers, like the Technical Support Centers Health and Lawsuits cores, while mitigation tools of the negative effects of the legalization of health from the analysis of institutional functionality. It was noted the need for greater awareness of the legalization of health of the problem from the integrated action between the spheres of government and civil society; greater demand on the probative body which indicates the patient's condition and the real urgency of the cases; greater specialization of monitoring and control of litigation relating to the right to health tools; the strengthening and enhancement of technical support bodies magistrates and other officials concerned with administrative and judicial action, in order: the increase in administrative solutions; the indication of the existence of substitutable treatments with the same efficacy, safety and quality; combating the use of the judiciary as a promotional vehicle for pharmaceuticals; the preservation of the Unified Health System.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Judicialization of health, Technical support centers in health

1. Introdução

O presente artigo trata da judicialização como elemento à efetividade do direito à saúde. Apresentando a parametrização do direito à saúde estabelecida a partir da Audiência Pública de Saúde do Supremo Tribunal Federal.

Ao realizarmos esse estudo procuramos subdividir a análise em três partes essenciais: a primeira acerca do debate da legitimidade do poder judiciário como meio adequado ao alcance da efetividade do direito à saúde; a segunda sobre parametrização para apreciação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal a partir da audiência pública n. 4 realizada em 2009, bem como sua repercussão e seus efeitos na judicialização da saúde; e a terceira e última versando sobre os núcleos de apoio técnico em saúde – NATS como instrumentos capazes de viabilizar a inserção da perspectiva dialógica nas demandas judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos para a mitigação dos efeitos negativos à saúde.

Para isso foram apresentados os julgamentos pela Corte Constitucional dos processos referentes à matéria, em 30 de março de 2010, quando o CNJ divulgou a Resolução nº 31, em que foram apontadas medidas a serem adotadas pelos tribunais, visando melhor subsidiar os magistrados e demais envolvidas na busca por maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde.

No mesmo ano também foi criado pelo CNJ o Fórum Nacional de Saúde para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento dos procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Ultrapassada as barreiras estruturais decorrentes da recém-formação, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizou entre os dias 14 e 16 de maio de 2014 a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, com os objetivos específicos de identificar e compilar interpretações já consolidadas sobre a matéria e auxiliar a comunidade jurídica na interpretação de questões não pacificadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

Nos dias 18 e 19 de maio de 2015, foi realizada a II Jornada do Fórum Nacional da Saúde, cujo objetivo foi a aprovação de novos enunciados e a possibilidade de revisão dos enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde.

Procurando encerrar a análise o tema ora proposto com a demonstração do principal efeito decorrente do diálogo interinstitucional iniciado com a audiência pública de saúde, a formação dos Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NATS).

Os Núcleos de assessoria técnica surgem como uma estrutura capaz de promover um efetivo diálogo entre o Poder Judiciário e os demais Poderes e instituições responsáveis pela formulação das políticas públicas de saúde.

A análise da estrutura decorrente da audiência Pública, a dizer, a Resolução nº 31 do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), bem como os enunciados interpretativos das duas jornadas de saúde ocorridas em 2014 e 2015 servirão de ferramentas à identificação e análise dos padrões interpretativos consolidados em âmbito nacional acerca da (in)efetividade do direito à saúde por via judicial.

2. A (i)legitimidade do poder judiciário como ferramenta de efetividade do direito à saúde no Brasil

Na atual fase do constitucionalismo, o cidadão não só exerce direitos, cumpre deveres e goza de liberdades em relação ao Estado, mas também é titular, mesmo que de forma parcial, de uma função efetiva perante o poder público, de maneira que a participação da sociedade nas ações do poder público está diretamente ligada à legitimidade desse poder como expressão de seu referencial ético.

Em síntese, o processo de redemocratização brasileiro foi responsável por dois fatores que levaram à intensificação do processo de judicialização: o aumento do sentimento de justiça que levou à constitucionalização dos direitos sociais e o fortalecimento e expansão do Poder Judiciário. De fato, a constitucionalização foi uma tendência mundial observada nas Constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978, que foi potencializada no cenário brasileiro na Constituição de 1988.

A democracia deve ser considerada mais como um direito do que uma forma de governo. Assim como o desenvolvimento, a democracia é direito do povo que se converte em pretensão da cidadania quando da titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado de forma concreta pelo cidadão, em nome e em proveito da sociedade, e não do Estado (BONAVIDES, 2008).

O Poder Judiciário possui três referenciais éticos determinantes: a *licitude*, situada no campo da moral, como o resultado de um juízo de valor cujo lastro são os paradigmas fundamentais de comportamento, produzidos no processo histórico-cultural do desenvolvimento de um grupo social; a *legalidade* como referencial ético relacionado ao Direito como um conjunto de leis de uma sociedade juspoliticamente organizada; e a *legitimidade*, compreendida no domínio da política e, em razão disso, relacionada à vontade da sociedade, representada através da aceitação consensual pela sociedade de um

comportamento, de uma decisão ou de uma ideia que, direta ou indiretamente, diga respeito ao direcionamento do grupo. A legitimidade, portanto, é caracterizada pelos interesses do grupo, aquilo que a sociedade almeja do poder.

Norberto Bobbio (2004) aperfeiçoa um conceito de Max Webber sobre a ordem legítima no qual destaca o papel do consenso como técnica social imprescindível à dinâmica política (a legitimidade) com fins à obtenção de uma dinâmica jurídica (a legalidade), possibilitando o equilíbrio, evitando o clima de tensão e garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem, no sentimento coletivo, à aspiração de justiça (MOREIRA NETO, 1992).

A conclusão desse raciocínio é a de que sistemas jus políticos de alto consenso têm maior legitimidade e baixo nível de coerção, enquanto que, os de baixo consenso têm maior legalidade, mas necessitam de alto nível de coerção para funcionar. A legalidade contraposta à legitimidade indica que a norma jurídica, que é o referencial para apreciação ética do poder, deve cristalizar valores vigentes na sociedade.

Decisões judiciais que partem de eventos judiciais como audiências públicas parecem repercutir com mais força no cenário político social quanto da sua legitimidade, inclusive quanto aos efeitos indiretos, como a publicidade.

Nas últimas décadas, com a facilidade da comunicação e a maior participação dos tribunais, principalmente do Supremo Tribunal Federal, quanto à afirmação de posição a respeito de assuntos polêmicos, a função do judiciário como instrumento para reformas sociais vem aumentando, assim como quanto aos resultados dessas decisões.

No tocante aos direitos sociais (em especial o direito à saúde), portanto, impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça: conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais (inclusive considerando seu aspecto evolutivo); a universalidade do sistema e desigualdade de distribuição de riquezas; o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde; a escassez de recursos e uso indevido do orçamento; a justiça comutativa e a justiça distributiva, dando prioridade às políticas de prevenção ou à recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema; a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais em um país de dimensões continentais.

Nesse sentido, ao falar de judicialização do direito à saúde, alcunha atribuída ao fenômeno da reiterada efetivação do direito à saúde por meio de intervenção jurisdicional, significa dizer que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, com significativas alterações na linguagem, na

argumentação e no modo de participação para com a sociedade (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2010).

O Estado brasileiro tem o dever de garantir a todos o direito à saúde, aplicando na forma mais adequada os recursos existentes, o que significa buscar a conjugação das melhores técnicas, dos melhores custos e dos melhores resultados. A decisão sobre a conjugação destas variáveis é do Estado Administrador, mas o que fazer quando o Estado se omite?

Partindo desta pergunta inicial, chega-se à necessidade de busca quanto dos fundamentos que dão ensejo ao Processo de Judicialização do direito à saúde. Afinal, supõe-se que quem bate às portas do judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento assim o faz porque o Estado nega-lhe prestação.

Cinco hipóteses podem ser facilmente delineadas:

1) Casos em que há política pública determinada, mas que a mesma não é executada ou está sendo executada de maneira inadequada. São os casos em que são prescritos medicamentos que pertencem ao protocolo do SUS, mas que demoram semanas para chegar ao paciente, ou sua distribuição ocorre de maneira diversa da prescrita pelo médico;

2) Casos em que há política pública determinada, mas que se apresenta de maneira ineficiente para aquele paciente específico, ou seja, o paciente não mostrou resultado com o tratamento previsto no protocolo por razões específicas de seu organismo;

3) Casos em que não há política pública definida;

4) Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto no SUS, podendo haver substituto igualmente eficaz dentro do protocolo;

5) Casos que independentemente de haver ou não política pública definida, são prescritos tratamentos experimentais com medicamentos não registrados na Anvisa ou com uso fora da bula (*off-label*).

Diante da constitucionalização do direito à saúde e sua universalização enquanto direito humano e fundamental de aplicabilidade imediata, conclui-se que nas hipóteses de 01 a 03, a atuação do poder judiciário é ferramenta imprescindível para a efetivação do direito à saúde, uma vez que resta clara a omissão do Poder Público na efetivação desse direito.

Em que pese toda a discussão acerca da intervenção jurisdicional nas políticas públicas de saúde, o fato é que o Judiciário exerce um papel fundamental na efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Embora os direitos sociais devam ser implementados por meio de políticas públicas, o controle jurisdicional tem a função de garantir que esses mesmos direitos sejam efetivamente cumpridos, nos casos de omissão ou mesmo de violação

pelos poderes competentes. Como garantido pela Constituição de 1988, em seu art. 5º, XXXV, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Portanto, é necessário que o sistema jurídico garanta aos indivíduos o acesso ao serviço público de assistência farmacêutica ofertado pelo Estado e padronizado pela respectiva política pública ou, no caso da inexistência do serviço ou da política pública definida, que o governo garanta a assistência farmacêutica e determine a prestação do serviço, mediante tratamentos e medicamentos reconhecidos pela Anvisa, ou seja, onde é possível comprovar a eficácia, segurança e qualidade farmacológica.

No entanto, nas hipóteses 04 e 05, buscamos analisar que a tutela jurisdicional não deve ser prestada apenas com base em uma prescrição médica, mas na avaliação técnica do caso, ponderando os aspectos jurídicos, sociais, institucionais, médicos e econômicos, sob o risco de servir como ferramenta de exclusão social e não de efetivação de direito.

Acreditamos que o judiciário não deverá desconsiderar as políticas públicas sociais e econômicas devidamente formalizadas perante o direito, fundamentando suas decisões unicamente sob 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), sob o risco de comprometer todo o sistema de saúde e fugir ao objetivo da efetivação do exercício ao direito.

Em razão da carga de complexidade que envolve a efetivação do direito à saúde e sua judicialização, é preciso analisar com clareza o papel de cada ator legitimado e suas respectivas responsabilidades para o conjunto da saúde individual e coletiva - sejam prescritores, gestores, legisladores, juízes, promotores, indústria farmacêutica, usuários etc., - objetivando definir meios seguros para chegarmos a uma sociedade efetivamente democrática, de acesso mais equitativo e não meramente justificada pelo cumprimento de preceitos legais (SANTOS; UETA, 2010).

3. A parametrização para apreciação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal e os efeitos da audiência pública do STF nº 4/2009

Diante do excessivo número de processos em tramitação em todas as esferas da Justiça, até mesmo no Supremo Tribunal Federal, tornou-se premente o estabelecimento de critérios para a racionalização da atuação judicial nas políticas de saúde, em especial em razão da desorganização administrativa e impacto orçamentário que as determinações judiciais têm ocasionado.

Seguindo a tendência de utilização cada vez maior das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, foi realizada, em 2009, a 4ª Audiência Pública para tratar do tema da saúde pública - considerando os pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada de competência da Presidência do Tribunal, esta Audiência foi convocada para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de sistema único de saúde.

Essa audiência destacou-se pela amplitude da discussão, já que não ocorreu no âmbito de um processo concentrado de constitucionalidade como as anteriores, mas para discutir o sistema público de saúde no Brasil, tema objeto de vários pedidos de suspensão de segurança, de liminar e de tutela antecipada.

Esses casos exemplificam os dilemas enfrentados pelos magistrados, especialmente os que estão na primeira instância, que são colocados diante de situações extremas. No discurso de abertura da Audiência Pública, o Ministro Gilmar Mendes afirmou: “Certa vez um juiz comentava que havia negado uma liminar para o fornecimento de medicamentos. No entanto, o autor da ação veio a falecer, o que fez com que o magistrado decidisse nunca mais indeferir tais pedidos” (MENDES, 2009, p. 6). E é neste ponto que reside um dos maiores problemas.

Quando se está na condição de doença duas são as opções: recuperar o estado de saúde - mesmo que não signifique o retorno à condição anteriormente ao estado doença - ou, a morte, fato inevitável para todos aqueles que hoje se encontram na condição de vivos. Não é assumindo posições extremadas que o magistrado vai estar cumprindo seu compromisso jurisdicional, contudo, tal postura não é exceção.

A Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, em pesquisa publicada em 2005, chama atenção não só para o cuidado e necessidade de corpo probatório robusto, quanto para o risco de produções padronizadas relativas ao tema da Judicialização do Direito à Saúde, em razão da enorme porcentagem de condenações nos exatos moldes do autor e em juízo de urgência. Constatou-se que, nos processos judiciais de fornecimento de medicamento no estado, entre os anos 1997 a 2004 em 96,4% dos casos 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 (Anvisa) e que destes, 93,4% foram concedidos judicialmente ao autor em caráter de urgência, por meio de medida liminar (MARQUES; DALLARI, 2007).

É necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu e as consequências na decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão

subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, deve ser sensível a ambas as dimensões (SARLET, 2015).

Após quase um ano da realização da audiência, no julgamento de Plenário do dia 17 de março de 2010, pela primeira vez o Supremo Tribunal Federal utilizou subsídios da audiência para fixar orientações sobre a questão e indeferiu os nove recursos - Suspensões de Tutela Antecipada n° 175, n° 211 e n° 278; Suspensões de Segurança n° 3724, n° 2944, n° 2361, n° 3345 e n° 3355 e Suspensão de Liminar n° 47- interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao SUS o fornecimento de demandas de pacientes, em sua maioria, em busca de serviços específicos de saúde, como o fornecimento de medicamentos e suplementos (BRASIL, STF, 2009).

Os nove votos proferidos pelo ministro relator Gilmar Mendes foram seguidos pelos demais ministros, com fins a demonstrar a posição consolidada do Tribunal após a audiência realizada em 2009.

Através da análise dos votos, o Supremo Tribunal Federal demonstrou a necessidade de redimensionamento da questão da judicialização do direito à saúde no Brasil e, para isso, destacou pontos fundamentais que deverão ser observados pelos juízes e tribunais na apreciação judicial das demandas de saúde. São eles:

I. Com citação direta acerca da posição defendida por Holmes e Cass Sustein na obra *O Custo dos Direitos* de 1999, - já comentada na primeira seção - destacou-se como premissa maior que todas as dimensões dos direitos fundamentais requer investimento de recursos públicos, ou seja, que todos os direitos são positivos, exigem uma prestação positiva do Estado e por isso, cabe a este definir prioridades quanto ao financiamento de cada um, invariavelmente, a partir de escolhas alocativas que devem seguir critérios de justiça distributiva, levando em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

II. No tocante à alegação da cláusula da reserva do possível por parte dos nove recorrentes, os votos esclarecem que o Estado não pode invocá-la com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais e que deve decorrer de prova objetiva de justo motivo aferível:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da ‘reserva do possível’ - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até

mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (BRASIL, STF, ADPF n° 345, 2004).

III. A necessidade de, em cada caso concreto, as partes litigantes atuarem efetivamente na construção do elemento probatório em que se ultrapasse a mera questão narrativa das circunstâncias e fatos, buscando a efetiva comprovação do que se alega, sob risco de produção padronizada dos processos desde a inicial à sentença:

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. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública - Saúde (BRASIL. STF, STA 175, 2010a, p. 11). (grifo nosso)

Este parâmetro possui duas facetas: a primeira, que deve ser impulsionada pelo juiz no sentido de que o mesmo exija a comprovação efetiva do que é alegado; e, a segunda, no sentido de se cobrar ao juiz - sem, claro, restringir seu livre convencimento - a responsabilidade de não achar que está fazendo justiça em caso individual, mediante uma liminar já pré-impressa, ou já pronta no computador decorrente de uma petição inicial já pronta e um parecer do Ministério Público já pronto, sem sequer fazer um exame criterioso do caso concreto.

IV. A partir da análise de cada caso concreto, deverá ser considerada a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento, restando evidente a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. **Ao aderir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinado o seu cumprimento.** Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece evidente (STF, STA 175, 2010) (grifo nosso).

V. Na hipótese da prestação de saúde pleiteada não se encontrar dentre as políticas do SUS, é necessário verificar se esta não prestação decorre: 1) de uma omissão legislativa ou administrativa; 2) de uma decisão administrativa de não fornecimento; 3) ou de uma vedação

legal à sua dispensação, sendo imprescindível observar se há o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

A justificativa apontada em relação a este parâmetro é a de que cabe ao Estado garantir a efetivação do direito à saúde, sem, contudo, servir de meio para tratamentos ou medicamentos sem garantias científicas de eficácia, segurança e qualidade sob o risco de, no lugar de trazer benefícios, possam trazer malefícios aos cidadãos. Ademais destacou a vedação legal ao fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, fora do âmbito da pesquisa e do experimento (Fundamentados no art. 12 Lei nº 6.360/76 c/c Resolução nº 1.246/88 do Conselho Federal de Medicina).

VI. Sempre que não houver comprovação acerca da ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, deverão ser privilegiados aqueles tratamentos/medicamentos fornecidos pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, em prol da manutenção do sistema da rede pública, sob risco de comprometimento de validade do Sistema Único de saúde e respeito aos princípios constitucionais. Contudo, destaca que essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário, ou a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deva ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (BRASIL. STF, RE-AgR nº 271.286/RS, Segunda Turma, Rel. Celso de Mello, DJ 24.11.2000).

Neste sentido, ao decidir pelo indeferimento dos nove recursos contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça, o ministro conclui que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolvem, a partir de inevitáveis juízos de ponderação, que nesse contexto resultam de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

O principal reflexo da realização da audiência pública de saúde, portanto, além da retomada e exposição dos julgamentos acima expostos, decorreu da elaboração da Resolução nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, em que foram apontadas medidas a serem adotadas pelos tribunais, visando melhor subsidiar os magistrados e demais envolvidos na busca por maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a saúde, dentre as quais destacam-se:

I. A inclusão do direito sanitário como matéria individualizada nos programas de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, assim como sua inclusão nos programas dos cursos de formação, e aperfeiçoamento dos magistrados. Além da promoção de 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. Necessidade de instrução das ações judiciais com relatórios médicos, descrição da doença, inclusive CID, ouvindo, sempre que possível, por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência.

III. Orientação para que se evite autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, além de observar aqueles pacientes que fazem parte de programas de pesquisas experimentais de laboratórios, pois estes deverão custear os tratamentos/medicamentos de seus pacientes, mesmo após a fase de experimentação.

IV. Celebração de convênios de apoio técnico, composto por médicos e farmacêuticos, para o auxílio aos magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde – os NATS.

Deste modo, com a Resolução do CNJ nº 31/2010 como guia e fundadora, em 06 de abril de 2010, foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça o Fórum Nacional de Saúde, regulamentado através da Resolução CNJ nº 107/2010, para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento dos procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Superada a institucionalização formal desses mecanismos proposto pelo judiciário para a integração dos poderes à efetivação da saúde, eles estão sendo implantados passo a passo em todo país, enfrentando dificuldades políticas, econômicas e de infraestrutura, visto que o Brasil não tem tradição na comunicação interinstitucional. No entanto, estudos iniciais constataram que no ano de 2011 havia mais de 240 mil processos judiciais na área da saúde em face do SUS perante o judiciário brasileiro, o que corroborou com a necessidade de um monitoramento eficaz dessas demandas (FERREIRA; COSTA, 2012).

Isso tudo porque a questão da judicialização da saúde, até então era tratada apenas no âmbito interno de cada poder e não há um mapeamento nacional da situação. A audiência pública de saúde do STF, em que pese todas as críticas, foi o primeiro momento em que todas as esferas de poder trataram juntas do tema.

Após quatro anos de atuação, o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, realizou entre os dias 14 e 16 de maio de 2014 a I Jornada Nacional da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde, com os objetivos específicos de identificar e compilar interpretações já consolidadas sobre a matéria e auxiliar a comunidade jurídica na interpretação de questões não pacificadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial (CNJ, 2014).

Nessa primeira jornada foram aprovados 45 enunciados, dentre os quais 26 se referiam à saúde complementar, e 19 à saúde pública, com 13 deles com referências diretas ao fornecimento de medicamentos. Em verdade, os enunciados seguiram as orientações e determinações fornecidas pelo retorno dos julgamentos realizados pelo STF e pela Resolução nº 31 do CNJ, com destaque para o tema do fornecimento por via judicial de medicamento diverso daquele que pertence ao protocolo do SUS.

Ademais a jornada buscou fortalecer a atuação dos Núcleos de Apoio Técnico em Saúde ao aprovar o enunciado n. 18, o qual orienta no sentido de sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devam ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NATS).

Nos dias 18 e 19 de maio deste ano (2015), de forma a avançar na garantia do efetivo direito à saúde, foi realizada a II Jornada do Fórum Nacional à Saúde, cujo objetivo foi a aprovação de novos enunciados e a possibilidade de revisão dos enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde. Foram aprovados 23 Enunciados, 04 referentes à saúde suplementar, 03 ao BioDireito; e 16 a respeito da saúde pública, dentre os quais 06 fazem referência direta ao fornecimento de medicamentos e 04 ao mecanismo de cumprimento das decisões judiciais e fornecimento do tratamento/medicamento.

No que concerne à urgência da demanda, já comentada neste trabalho, a jornada de saúde chama a responsabilidade dos advogados, sejam públicos os privados, para que ela seja demonstrada.

ENUNCIADO Nº 51 - Saúde Pública - Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato (CNJ, 2015a).

Sobre esse aspecto, segue os esclarecimentos trazidos à discussão pelo médico Luiz

Barata:

É preciso desfazer o mito, fruto da ausência de conhecimento técnico, de que a não concessão de medicamentos em 24/48 horas para pacientes não hospitalizados traz prejuízos irreparáveis à vida e à saúde das pessoas. Pacientes que tenham risco de vida se não tomarem seus medicamentos em 24 horas encontram-se, normalmente, hospitalizados e, portanto, recebem os remédios que necessitam nos serviços de urgência ou internação. Exceto os imunossupressores, que impedem rejeição de órgãos de transplantados se não tomados por alguns dias, e os medicamentos de saúde mental que, pela ausência, podem gerar casos graves de agressões contra o próprio paciente (suicídios) ou aos familiares, os demais medicamentos podem ser dispensados a pacientes não hospitalizados em duas a quatro semanas sem prejuízos maiores à saúde das pessoas (BARATA; MENDES, 2010, p. 71-72).

Ou seja, a urgência descrita pelos advogados dos autores/pacientes nem sempre representa a verdadeira condição de seus clientes, mas sim, evidencia a utilização de estratégias retóricas, sensibilizando o magistrado a tal ponto que o faz acreditar que está na condição de deferir a liminar e salvar uma vida ou indeferir e correr o risco de ser responsável por uma morte, quando em verdade, regra geral, não há qualquer dano em seguir o disposto no Enunciado n° 18 aprovado na I Jornada Nacional de Saúde, uma vez que os pareceres técnicos dos NATS são elaborados em prazo de 24 a 72 horas, a depender do que for definido pelo magistrado.

Esta jornada demonstrou ainda mais uma vantagem no combate à inefetividade do direito à saúde decorrente de uma atuação integrada entre o poder judiciário e os demais poderes.

Se por um lado é incentivada a participação dos núcleos de apoio técnico em saúde no auxílio ao magistrado para que não profira decisões judiciais em desacordo com a políticas nacional de fornecimento de medicamentos e tratamentos, de outro, através do Enunciado n° 52, determina que ações judiciais que apresentem pedidos reiterados de descumprimento dos protocolos oficiais decorrentes de um determinado município - ou nos casos de juízes federais, de estados - o juízo notifique os Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde para que tenham ciência do ocorrido e possam atuar na solução do problema.

Apesar da importância do enunciado das Jornadas de Saúde de 2014 e de maio de 2015 para o tratamento adequado à judicialização da saúde, é fato que todas essas medidas são muito recentes e precisarão ser incentivadas, monitoradas e controladas por todos os envolvidos, sejam acadêmicos, usuários, prescritores, juízes, membros do executivo ou legislativo.

4. Os núcleos de apoio técnico em saúde - NATS como ferramenta para a mitigação dos efeitos negativos da judicialização da saúde

O primeiro estado a instalar o NATS no Brasil foi o Rio de Janeiro e teve suas atividades iniciadas em fevereiro de 2009, nas 9ª e 10ª varas da fazenda pública (TJ-RN). Em outubro do mesmo ano, foi assinado convênio com a Secretaria de Saúde do Estado e Defesa Civil, estendendo os serviços do núcleo para todas as Varas da Fazenda Pública da capital e para as 20 Câmaras Cíveis do Tribunal.

Os primeiros estados a criarem os Núcleos os fizeram vinculados à Secretaria de Saúde Estadual, o que deu ensejo a muitas críticas no tocante ao nível de isenção desses profissionais que iriam emitir pareceres que poderiam resultar em condenação do estado ao fornecimento das demandas solicitadas pelos pacientes.

A solução defendida pelos críticos, a exemplo da Aline Costa e Siddharta Ferreira (2013) foi a desvinculação formal do NATS das Secretarias do Estado e a vinculação ao Tribunal em que estiver instalado e a criação de um quadro plural de servidores, composto não apenas por médicos e servidores das Secretarias de Saúde do Estado, mas também por um corpo técnico independente que integrasse o tribunal.

Em relação à vinculação aos tribunais e não às secretarias, os núcleos mais recentes já estão sendo criados nesta configuração, a exemplo do estado do Piauí, que criou seu Núcleo em 07 de fevereiro de 2012 prevendo em seu quadro não só os funcionários da Secretaria Estadual de Saúde e do Tribunal de Justiça como também das associações de trabalhadores da área de saúde.

Regra geral, em cada estado a equipe é multidisciplinar, formada por servidores administrativos responsáveis pela rotina do núcleo, além de médicos, farmacêuticos, enfermeiros e nutricionistas, com o objetivo de auxiliar os magistrados elaborando pareceres técnicos embasados em critérios de necessidade e utilidade em prazos curtos de 24 a 72 horas, a depender do que for definido pelo magistrado, se mantendo afastado dos agentes envolvidos bem como laboratórios, produtores e prescritores.

O objetivo do sistema de plantão dos núcleos de apoio técnico, compostos por equipe multidisciplinar, vinculada com a secretaria de saúde do estado e dos prazos de emissão dos pareceres de 24 a 72 horas é para que os magistrados possam utilizar dessa ferramenta, ou seja, o parecer técnico, inclusive para decidir as medidas de urgência, uma vez que, na grande maioria dos casos, apesar da utilização das medidas de urgência, o paciente pode esperar alguns dias para o magistrado possa decidir com maior segurança.

As análises dos núcleos seguem o procedimento descrito, conforme ensinamentos de Castro (2012, p. 43-45) a seguir:

I. Inicialmente é verificado se o medicamento faz parte da listagem do SUS, pois existem diversos pedidos dos que já estão na lista, mas talvez a fármaco pedido não esteja disponível no posto ou hospital em que o paciente foi atendido. Nesses casos, se o núcleo já estiver funcionando com integração em todas as unidades do SUS, as procuradorias e defensorias do estado, como o caso dos estados de Alagoas, Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro (FERREIRA; COSTA, 2013, p.5), é possível verificar o local em que o fornecimento do medicamento está regular, realizar o cadastro do paciente e não há necessidade do prosseguimento da demanda. Em caso do sistema estar disponível apenas para consulta, como o de Pernambuco, o núcleo emite parecer ao magistrado informando que o medicamento faz parte do protocolo do SUS e indica o deferimento da demanda.

II. Em caso do medicamento não pertencer ao protocolo do SUS, o núcleo verifica, em tempo real: I) se a doença indicada no pedido tem tratamento, evitando que medicamentos que não produzam efeitos comprovados sejam fornecidos pelo estado; II) se o medicamento possui autorização da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Não são permitidas as emissões de pareceres indicativos de fornecimento em caso de medicamentos não registrados.

III. Em caso de o medicamento não pertencer ao protocolo do SUS, mas possuir efeito comprovado para a doença do paciente/solicitante e registro na Anvisa, o núcleo avalia ainda o grau de benefício do medicamento, isso abrange saber se a quantidade pedida é compatível com o tempo em que o paciente fará uso do mesmo. Leva-se em conta para essa análise a idade do paciente, a quantidade permitida do consumo do medicamento e o período de tratamento. A busca aqui é evitar a compra desnecessária e o desperdício, além do mau uso do fármaco. Muitas vezes, o Núcleo se depara com pedidos que excedem a quantidade máxima permitida de uso ou com pedidos de quantidade inferior ao uso necessário para eficácia do tratamento.

Neste aspecto resta mais uma vez demonstrada a necessidade das provas, pois, em muitos casos, o demandante não junta ao processo apenas o laudo médico informando a necessidade e, em casos diversos, a urgência do medicamento, mas não oferece exames clínicos que comprovem ou mesmo parecer/laudo médico completo, como orientado pela Resolução nº 31/2010, já citada.

IV. Feita essa análise é confeccionado um parecer com todas as informações necessárias sobre a doença, a medicação e sua utilização, encaminhando, assim, para o magistrado e este acata a avaliação do Núcleo, ou não.

É necessário afirmar que aos magistrados não foi imputado o dever legal de recorrer à avaliação do NATS, todas as vezes que sentenciarem questões relativas à saúde, sendo assim fica a critério do magistrado ponderar se deve ou não levar o pedido para avaliação do Núcleo.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 31/2010 e dos enunciados interpretativos aprovados nas jornadas de saúde, incentiva e busca fortalecer a existência e a participação dos NATS em todo o país; contudo, como dito anteriormente, não há dever legal de consulta ao núcleo e muito menos obrigatoriedade de vinculação da decisão do magistrado ao conteúdo dos pareceres técnicos emitidos.

O que significa dizer que, com fins a restar preservado o princípio do livre convencimento do magistrado, mesmo que o núcleo técnico emita parecer, por exemplo, comprovando que determinado medicamento não possui registro na Anvisa porque é ineficaz ou inseguro, o juiz pode deferir decisão em sentido contrário obrigando o estado a fornecer o medicamento solicitado.

Nesse aspecto, não se quer aqui defender a violação do princípio constitucional do livre convencimento do magistrado, queremos apenas afirmar que a mera criação de núcleos técnicos de auxílio ao magistrado não é suficiente para tratar do problema da judicialização excessiva ou de decisões descuidadas.

É necessário que o judiciário, e neste caso me refiro ao juiz em particular, se conscientize da complexidade do tema e se aproxime dos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, bem como, dos dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados e participem dos cursos de aperfeiçoamento, sugestões já destacadas através da Resolução nº 31/2010 do CNJ.

Vale ressaltar que apesar da não obrigatoriedade de consulta ao NATS, nos estados em que há resposta positiva no sentido de diminuir a judicialização excessiva, há vinculação com a participação do Núcleo.

Em novembro de 2009, o então Secretário de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro, Sérgio Cortes, durante o VIII Seminário de Ética nos Relacionamentos do Setor de Saúde, divulgou uma análise feita pelo NATS, no período de março a setembro de 2009 em que, no total de atendimentos, 84% dos casos de pedido de medicamentos, o mesmo fazia parte da listagem do SUS, existia no estoque ou poderia ser substituído por outro medicamento indicado para a mesma patologia, confirmando como questões técnicas alheias ao conhecimento do magistrados auxiliam no deferimento de decisões mais sólidas e seguras (RIO DE JANEIRO, 2009).

A experiência positiva do estado do Rio de Janeiro levou à Resolução nº 31/2010 no sentido de indicar a criação em cada estado dos núcleos até o final de 2010, o que de fato não ocorreu no prazo esperado, mas que tem levado a disseminação da medida no Brasil, como o caso de criação dos NATS nos estados do Paraná (13 de março de 2012), do Espírito Santo (21 de setembro de 2011), no já citado Piauí (07 de fevereiro de 2012) e em Pernambuco (09 de novembro de 2011) em que atua em grade medida nos juizados especiais da Fazenda Pública.

E apesar de não se possuir muitas informações oficiais a respeito da atuação desses núcleos, é possível perceber resultados positivos já expostos por alguns estados como o caso de Araguaína no Tocantins, em que o NATS piloto criado com atuação municipal, integrado com a Secretaria de Saúde do Estado e da Defensoria Pública, em 2013 de um total de 1.397 demandas apenas 85 (6,08%) resultaram na instauração de processos judiciais, dos quais 58 (68%) tiveram os pedidos de liminares deferidos em favor dos autores. Em 2014, de 2.445 demandas, somente 73 (2,98%) foram judicializadas e apenas 47 (64%) tiveram pedidos de liminares deferidos (CNJ, 2015b).

Esses resultados demonstram que é possível efetivar o direito à saúde sem necessariamente recorrer ao judiciário, afinal, no ano de 2014, das 2.372 demandas ou 97,02%, o direito à saúde e ao fornecimento do tratamento adequado foi concretizado sem a necessidade de apreciação judicial. Ademais, vale destacar que, nos casos que necessitaram de ajuizamento os magistrados foram devidamente informados das necessidades do caso e foram concedidas as medidas de urgência necessárias.

Situação totalmente diversa do que ocorre no Rio Grande do Sul, que agora busca a criação do NATS, uma vez que enfrenta um dos mais altos níveis de judicialização da saúde no país. A gravidade do problema é refletida nos R\$ 235 milhões gastos pela secretaria no ano passado decorrentes do cumprimento de 17 mil decisões judiciais para o fornecimento de medicamentos, muitos dos quais importados, a um total de 61 mil pacientes. No mesmo período, o órgão despendeu R\$ 73 milhões para fornecer medicamentos da tabela do SUS a 103 mil pacientes administrativos, ou seja, que não recorreram à Justiça (CNJ, 2015c).

E porque os resultados são tão positivos desses NATS?

Percebe-se que o diálogo entre as instituições permite um filtro das demandas de judicialização da saúde dos casos referentes as hipóteses 1) e 4) na primeira parte analisada, no início da presente seção, que em verdade significam o maior número de demandas em todo o país, quais sejam: 1) Casos em que há política pública determinada, mas que a mesma não é executada ou está sendo executada de maneira inadequada. São os casos em que são prescritos medicamentos que pertencem ao protocolo do SUS, mas que demoram semanas para chegar

ao paciente, ou sua distribuição ocorre de maneira diversa da prescrita pelo médico; 4) Primeira parte: Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto no SUS, podendo haver substituto igualmente eficaz.

E os casos judicializados mesmo após todo o processo dialógico estabelecido pelo NATS com os demais órgãos institucionais?

Esses casos refletem as hipóteses 2, 3 e 4, segunda parte, apresentadas no início da presente seção, que representam demanda muito menor que as hipóteses descritas supra, quais sejam: 2) Casos em que há política pública determinada, mas que se apresenta de maneira ineficiente para aquele paciente específico, ou seja, o paciente não mostrou resultado com o tratamento previsto no protocolo por razões específicas de seu organismo; 3) Casos em que não há política pública definida.; 4) Segunda parte: Casos em que há política pública determinada, mas que o médico prescreve de imediato protocolo diverso do previsto no SUS que representa custo elevado para o paciente; 5) Casos que independentemente de haver ou não política pública definida, são prescritos tratamentos experimentais com medicamentos não registrados na Anvisa ou com uso off-label, a dizer, com uso não autorizado em bula pela Anvisa.

Com isso não queremos afirmar que os NATS correspondam a uma solução pronta e acabada aos problemas inerentes ao fornecimento de medicamentos através de decisões judiciais, mas que é inegável que já começa a fornecer uma contribuição para racionalização dessa judicialização, tornando o processo mais dialógico, com garantia a efetiva consolidação do direito à saúde como um direito social de aplicabilidade imediata.

Os núcleos de assessoria técnica surgem como uma estrutura capaz de promover um efetivo diálogo entre o Poder Judiciário e os demais Poderes e instituições responsáveis pela formulação das políticas públicas de saúde. Dessa forma, o parecer técnico nessas demandas serve não apenas como elemento de informação ao juiz, em uma seara a que ele formalmente não detém conhecimento especializado, mas também funciona como uma instância permanente de reavaliação das políticas públicas já formuladas pelo Poder Executivo, permitindo identificar as omissões e deficiências do protocolo oficial do SUS para posterior aperfeiçoamento através da inclusão de novos produtos farmacêuticos.

Nesse contexto, os NATS podem ser vistos como instrumentos capazes de viabilizar a inserção da perspectiva dialógica nas demandas judiciais relativas ao fornecimento de medicamento, tentando eliminar a ideia de que o Poder Judiciário deve sempre ter a prerrogativa da última palavra. Como adverte Conrado Mendes (2008), na perspectiva dialógica a última palavra é sempre provisória e deve ser permanentemente atualizada a partir dos dados trazidos por instituições de outros Poderes.

A ideia consiste em cada vez mais especializar, ou melhor, dizendo, individualizar a condição do paciente que busca a via judicial para a efetividade do seu direito humano e fundamental a saúde para que reste demonstrado com clareza a necessidade e porque não dizer, urgência, do medicamento solicitado.

5. Conclusão

O presente artigo tratou da judicialização como elemento à (in)efetividade do direito à saúde. Apresentando a parametrização do direito à saúde estabelecida a partir da Audiência Pública de Saúde do Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, nos foi imperioso analisar sob o ponto de vista teórico inconstitucional os principais apontamentos presentes no debate doutrinário e jurisprudencial acerca da efetividade da saúde por via judicial, os quais sejam: a legitimidade do poder judiciário como ferramenta de efetividade do direito à saúde; os limites operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS) e o surgimento e atuação dos núcleos de apoio técnico em saúde.

Em seguida, tratando especificamente do processo de judicialização brasileira enquanto fenômeno, subdividimos a análise em três partes essenciais:

- 1) A primeira acerca do debate da legitimidade do poder judiciário como meio adequado ao alcance da efetividade do direito à saúde em que nos posicionamos em consonância com posição defendida por Dantas (2014) em que não há comprometimento ao conceito de Democracia a afirmação da legitimidade do controle positivo realizado pelo judiciário diante da inexistência ou ineficácia de política pública vigente.
- 2) Discutimos a parametrização para apreciação do direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal a partir da audiência pública n. 4 realizada em 2009, bem como sua repercussão e efeitos na judicialização da saúde, como o Fórum Nacional de Saúde, os enunciados normativos e as Jornadas de Saúde dirigidas pelo CNJ.
- 3) Por fim, buscamos discutir, a partir de experiências de outros estados brasileiros, principal efeito decorrente do diálogo interinstitucional iniciado com a audiência pública de saúde, a formação dos Núcleos de Apoio Técnico em Saúde (NATS) enquanto instrumentos capazes de viabilizar a inserção da perspectiva dialógica nas demandas judiciais relativas ao fornecimento de medicamentos para a mitigação dos efeitos negativos à judicialização da saúde.

Reconhecida a complexidade do estudo da judicialização da saúde enquanto fenômeno contido no processo de consolidação dos direitos sociais positivados na Constituição Federal de 1988 se faz necessário focar a observação, saindo do contexto

nacional e adentrando as particularidades regionais. Não só em razão da evidente dimensão continental do Brasil, mas porque as políticas institucionais para combater a judicialização excessiva possuem tempo e modo diferentes a depender do estado da federação.

6. Referências

BARATA, Luiz Roberto Barradas; MENDES, José Dínio Vaz. Uma proposta de política de assistência farmacêutica para o SUS. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 60-78.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE-AgR nº 271.286/RS, Segunda Turma, Rel. Celso de Mello, DJ 24.11.2000**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 30 maio 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.11.2010**. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17670742/agravo-regimental-no-agravo-de-instrumento-agrg-no-ag-1107526-mg-2008-0210336-7>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública sobre saúde**. Apresentação de Paulo Marcelo Gehm Hoff. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Marcelo_Hoff.pdf>. Acesso em: 26 maio 2015.

CNJ. **Convocatória para apresentação de enunciados para a I Jornada do Fórum Nacional da Saúde**. Brasília, mar. 2014a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/eventos/I_jornada_forum_saude/Convocatoria_jornada_forum%20saude.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2015.

_____. **Enunciados aprovados na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça em 15 de maio de 2014**. São Paulo, maio 2014b. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/234206666>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. **Enunciados aprovados na II Jornada de Direito da Saúde**. Brasília, maio 2015a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

CAMPOS NETO, Orozimbo Henriques, *et al.* Médicos, advogados e indústria farmacêutica na judicialização da saúde em Minas Gerais, Brasil. **Revista de Saúde Pública**. Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v46n5/04.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

CRENSON, Matthew A.; GINSBERG, Benjamin. **From popular to personal democracy.** National Civic Review, v. 92, n. 2, Summer, 2003.

FERREIRA, Siddharta Legale; COSTA, Aline Matias da. Núcleos de assessoria técnica e judicialização da saúde: constitucionais ou inconstitucionais?. **Revista SJRJ.** Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 219-240, abr. 2013.

GANDINI João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de Souza. Judicialização do direito à saúde. Prós e contras *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Org.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 253-276.

GRAU, Eros. **Porque tenho medo dos juízes?** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Revista de Saúde Pública.** São Paulo, v. 41, n. 1, fev. 2007.

MASSUD, Munir. Conflito de interesses entre os médicos e a indústria farmacêutica. **Revista Bioética.** Brasília, v. 18, n.1, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Tese de Doutorado em Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/...05122008.../TESE_CONRADO_HUBNER_ME...>. Acesso em: 12 jun. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência pública nº 4.** Convocada mar., 2009. Publ. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015.

MICHAELIS. **Dicionário de português on line:** processo. Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=processo>>. Acesso em: 19 maio 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Teoria do poder:** parte I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

RIO DE JANEIRO. **Secretário Sérgio Côrtes participa do VIII Seminário Ética nos relacionamentos do setor de saúde.** nov. 2009. Disponível em: <<http://www.saude.rj.gov.br/imprensa-noticias/620-secret.++.ario-sergio-cortes-participa-do-viii-seminario-etica-nos-relacionamentos-do-setor-saude.html>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.