



**Universidade Federal do Ceará**  
**Faculdade de Direito**  
**Graduação em Direito**

**Diálogos Institucionais como uma Ferramenta na Solução de Demandas Judiciais  
em Saúde na Busca de Medicamentos**

Maria Tatiana Silva de Sousa

Orientadora: Gretha Leite Maia de Messias

Fortaleza/CE

2018

Maria Tatiana Silva de Sousa

**Diálogos Institucionais como uma Ferramenta na Solução de Demandas Judiciais  
em Saúde na Busca de Medicamentos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de  
Direito da UFC como requisito básico para a conclusão do Curso  
de Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Sanitário.

Orientadora: Gretha Leite Maia de Messias

Fortaleza/CE  
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Universitária  
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

---

S697d Sousa, Maria Tatiana.

Diálogos Institucionais como uma Ferramenta na Solução de Demandas Judiciais em Saúde na Busca de Medicamentos / Maria Tatiana Sousa. – 2018.

62 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Gretha Leite Maia de Messias.

1. Direito à saúde. 2. Judicialização da saúde. 3. Teoria dos diálogos institucionais. 4. NAT-JUS. I.  
Título.

CDD 340

---

Maria Tatiana Silva de Sousa

**Diálogos Institucionais como uma Ferramenta na Solução de Demandas Judiciais  
em Saúde na Busca de Medicamentos**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de  
Direito da UFC como requisito básico para a conclusão do Curso  
de Direito.

Área de concentração: Direito Constitucional e Direito Sanitário.

Orientadora: Gretha Leite Maia de Messias

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof<sup>a</sup>. Dra. Gretha Leite Maia de Messias (Orientadora)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof<sup>a</sup>. Mestre Zaneir Gonçalves Teixeira  
Universidade de Fortaleza (Unifor)

---

Mestranda Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Fortaleza/CE  
2018

*A Deus, por seu amor e por seu cuidado  
em meus passos.*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e ao meu marido, por todo amor e por toda confiança que sempre tiveram em mim.

À Professora Gretha Leite Maia Mesquita, por sua orientação e zelo não só por este trabalho, mas por todos os outros em que pesquisamos e construímos em conjunto.

À Professora Zaneir Gonçalves Teixeira, pela disponibilidade de estar em minha banca e contribuir na construção deste trabalho.

À Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira, por todo o conhecimento compartilhado durante o meu estágio no Ministério Público Federal, bem como na construção deste trabalho, tendo sido essencial na materialização desta pesquisa pelas sugestões de leituras imprescindíveis e pelos comentários feitos durante o processo de escrita.

*“O senhor mire, veja: o mais importante e bonito, do mundo, é isto: que as pessoas não estão sempre iguais, ainda não foram terminadas - mas que elas vão sempre mudando. Afinam ou desafinam, verdade maior. É o que a vida me ensinou. Isso que me alegra montão.”*

*(Guimarães Rosa, 1956, Grande Sertão Veredas).*

## RESUMO

Tendo em vista a grande importância do direito à saúde, já que este deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos mais importantes e basilares princípios da nossa democracia, a busca por sua melhor efetivação tem grande importância para a sociedade, mormente, para aqueles que dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde. Dessa forma, o presente trabalho visa a analisar a crescente judicialização da saúde como uma tentativa de garantir o direito à saúde pela via judicial, principalmente, em demandas que têm como objeto a concessão de medicamentos. Diante dessa realidade, foi estudado como a teoria dos diálogos institucionais aplicada dentro das decisões judiciais podem contribuir para a efetivação do direito à saúde por meio de um diálogo entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais da saúde. Assim, para entender como essa teoria poderia ter aplicação, foi utilizada a experiência recente dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS) aqui no Ceará, como uma alternativa de solução de demandas judiciais em saúde que tem realizado um diálogo entre o Judiciário cearense, o Estado do Ceará, o Município de Fortaleza e o Hospital Universitário Walter Cantídio para emissão de pareceres e notas técnicas que têm auxiliados os juízes em sua tomada de decisão, além de manter um diálogo com o Executivo. Para tanto, a pesquisa foi desenvolvida inicialmente com base bibliográficas, incluindo-se, no material de apoio, livros, artigos, legislação, teses e consultas a sítios eletrônicos, após, foi realizado questionário com a Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará para levantamento de dados recentes acerca do NAT-JUS.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Judicialização da saúde. Teoria dos diálogos institucionais. NAT-JUS.

## ABSTRACT

In view of the great importance of the right to health, since it derives from the principle of the dignity of the human person, one of the most important and fundamental principles of our democracy, the quest for its better realization is of great importance for society, especially for those that depend exclusively on the Unified Health System. Thus, the present work aims to analyze the growing judicialization of health as an attempt to guarantee the right to health through the judicial process, mainly in lawsuits that have as object the concession of medicines. Faced with this reality, it was studied how the theory of institutional dialogues applied within judicial decisions can contribute to the realization of the right to health through a dialogue between the Judiciary, the Executive and health professionals. Thus, in order to understand how this theory could be applied, the recent experience of the Technical Support Centers of the Judiciary (NAT-JUS) here in Ceará has been used as an alternative solution for health judicial demands that has carried out a dialogue between the Judiciary Ceará State, the Municipality of Fortaleza and the Walter Cantídio University Hospital to issue opinions and technical notes that have assisted the judges in their decision-making, in addition to maintaining a dialogue with the Executive. To do so, the research was initially developed based on bibliographies, including, in the support material, books, articles, legislation, theses and queries to electronic sites, after, a questionnaire was conducted with the Executive Secretariat of the Health Executive Committee of Ceará for collecting recent information NAT-JUS.

**Keywords:** Right to health. Judicialization of health. Theory of institutional dialogues. NAT-JUS.

## Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA VISÃO NORMATIVA .....	14
2.1 O direito à saúde após a Constituição de 1988.....	14
2.2 As políticas públicas de saúde no fornecimento de medicamentos.....	18
2.3 A judicialização do direito à saúde.....	24
3. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA BUSCA DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE.....	29
3.1 Definição da teoria dos diálogos institucionais.....	29
3.2 Um diálogo entre o Judiciário e o Executivo nas demandas de saúde.....	32
3.3 A aplicação dos diálogos institucionais nas demandas individuais de saúde.....	38
4. A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS DENTRO DO NAT-JUS CE.....	43
4.1 A Recomendação nº 31 do CNJ de 30 de março de 2010.....	43
4.2 A criação do NAT-JUS no Ceará e a teoria dos diálogos institucionais.....	48
4.3 Entrevista junto à Secretaria Executiva do Comitê Executivo da Saúde no Ceará.....	50
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
6. REFERÊNCIAS.....	56
ANEXO.....	60

## 1. INTRODUÇÃO

A constituinte de 1987 trouxe uma ampliação no alcance de muitos direitos sociais, dentre eles, o direito à saúde, assim, consagrando-o como universal, sendo um dever do Estado garanti-lo a todos, como aduz o art. 196 da Constituição Federal.

No entanto, a escassez de recurso e a má gestão, muitas vezes, não têm permitido que esse direito seja garantido a todos, como deveria ser. Assim, entram em cena várias discussões e iniciativas que almejam buscar soluções para esse problema que é de tão difícil deslinde.

É diante desse cenário que surge a crescente judicialização de demandas de saúde, como um meio de efetivar esse direito, mas não resolvendo o problema macro, apenas encontrando, por vezes, soluções pontuais aos casos levados à juízo.

As iniciativas de se buscar o Judiciário como meio para efetivar ou pressionar os demais poderes para aplicação regular ou criação de políticas públicas em saúde, ensejam uma busca da garantia do direito à saúde em um poder que não tem como função típica essa atribuição.

Frente a essa realidade, não se pode simplesmente criticar a atuação do Judiciário ao deferir pedidos que garantem esse direito quando é demandado, tendo em vista que o próprio texto constitucional garante que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser afastada de apreciação do Judiciário nem mesmo por lei.

Assim, é necessário que se busque um equilíbrio para que a separação de poderes seja mantida, não elevando o Judiciário ao papel de detentor único da palavra final de demandas que a priori deveriam ser de execução do Executivo, mas sim buscar mecanismos que possam garantir um diálogo entre os poderes, a fim de que o direito à saúde seja garantido a todos.

É nessa busca de efetivar o direito à saúde, respeitando a separação de poderes, que o presente trabalho almeja estudar a teoria do diálogo institucional e sua aplicabilidade dentro das decisões judiciais em saúde, mormente, no fornecimento de medicamentos.

Dessa feita, a presente pesquisa tem como objetivo entender como o Judiciário no Ceará vem adotando a teoria dos Diálogos Institucionais no interior das decisões de processos que envolvem demandas de medicamentos a partir da experiência do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS).

O NAT-JUS foi instituído por um Termo de Cooperação Técnica de Serviços de Suporte Técnico Médico e Farmacêutico de Assistência à Saúde, TCT nº 07/2016, firmado entre o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o Estado do Ceará, a Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, o Município de Fortaleza, a Secretaria Municipal de Fortaleza e o Hospital Universitário Walter Cantídio/Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares.

Destarte, o diálogo entre o Judiciário, o Executivo e os detentores de conhecimento em saúde pode garantir que o Estado tenha uma maior sensibilidade às reais necessidades da sociedade, buscando políticas públicas que assegurem de forma mais efetiva o direito à saúde, economize recursos, bem como garanta uma construção mais democrática na busca da efetivação de direitos.

Assim, objetiva-se não só analisar a teoria, mas demonstrar a sua aplicação por meio do NAT-JUS, bem como, a partir da análise desse Termo de Cooperação, demonstrar que iniciativas como essa poderiam ser tomadas fora da judicialização, assim, permitindo que não só o Judiciário seja visto como um meio capaz de garantir esse direito diante de uma negativa do SUS, mas que o próprio Executivo possa disponibilizar mecanismo para a garantia desse direito que não seja a via judicial.

Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica inicial para compreender o direito à saúde, sua efetivação como direito social na Constituição Federal de 1988, bem como compreender como a teoria dos diálogos institucionais poderia contribuir para a garantia de um direito tão caro à sociedade que é o direito à saúde. Além disso, para entender o funcionamento do NAT-JUS CE, foram respondidas algumas perguntas subjetivas realizadas à Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará, que ajudou na construção deste trabalho.

Dessa forma, o presente trabalho se encontra dividido em três capítulos, o primeiro que se debruça acerca da efetivação do direito à saúde no Brasil, dispondo acerca do amparo normativo que esse direito tem, bem como das políticas públicas responsáveis por efetivar esse direito social.

Em seguida, o segundo capítulo trata da teoria dos diálogos institucionais de forma ampla, em um primeiro momento, depois recorta essa teoria para a aplicação de um diálogo entre o Judiciário e o Executivo dentro das decisões judiciais para a garantia do direito à saúde, além do importante auxílio que os profissionais da saúde devem conceder na solução das demandas dessa natureza.

Por último, evidencia-se a Recomendação nº 31 do CNJ, responsável por iniciar um pensamento de que o Judiciário deve estar aberto à participação de outros atores sociais em suas demandas de saúde, principalmente, por não ter um conhecimento técnico acerca das ciências médicas, assim, sendo de grande valia a ajuda do Executivo e dos profissionais de saúde. Em pó, trata-se da implantação e regulamentação do NAT-JUS no Estado do Ceará, relatando a sua atuação e suas conquistas diante de um diálogo entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais da saúde.

## **2. O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA VISÃO NORMATIVA**

### **2.1. O DIREITO À SAÚDE APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988**

O direito à saúde, como hoje está consolidado na Constituição Federal de 1988, é um avanço para a sociedade, tendo em vista que antes não tínhamos esse direito contemplado pelo texto constitucional. Dessa feita, é notório o progresso da Constituição Federal ao tratar a saúde como um direito fundamental, devido à abrangência que a constituinte deu não só para esse direito, mas também para uma série de direitos sociais.

Essa ampliação do direito à saúde deriva da busca social pela melhor prestação dos serviços na área da saúde, no intuito de caminhar para a universalização desse direito tão elementar para o ser humano, devido ao reflexo que ele tem com outros direitos, como a vida, a dignidade humana e a liberdade.

Dessa forma, a saúde tratada como um direito fundamental do ser humano fica consagrada, em nosso ordenamento, somente com a Constituição de 1988, tendo em vista que a constituinte se preocupou em inserir no texto constitucional uma gama de direitos primordiais para a garantia da dignidade humana, pois esta vem inserta como um dos princípios basilares da nossa Constituição.

Assim, o que antes apenas era tratado de forma esparsa, por meio de leis diversas, com a Constituição de 1988, passou a ter um espaço de atuação amplo, bem como uma melhor regulação tanto pela Constituição como por leis que instituíram o Sistema Único de Saúde, além de outras que regulam aspectos importantes do direito à saúde.

Como já exposto aqui, as constituições anteriores não tratavam diretamente do direito à saúde, no entanto, cabe aqui mencionar, a título de ilustração, dois dispositivos de constituições anteriores que trataram, mesmo que de forma superficial, o direito à saúde. O primeiro exemplo está na Constituição de 1824 que previa a garantia de “socorros públicos” (art. 179, XXXI) e, em pós, a Constituição de 1934 que garantia a inviolabilidade do direito à subsistência (art. 113, *caput*).

Dessa feita, se um cidadão, antes da Constituição de 1988, buscase um atendimento médico, por exemplo, teria de comprovar que era contribuinte da

Previdência Social para que tivesse acesso ao atendimento, assim, a prestação do serviço estava vinculada à contribuição prévia, em sua maioria, pois a saúde pública em si era muito limitada, tendo em vista que esse serviço esteve muito tempo ligado somente a Previdência ou a uma classe de trabalhadores que tinham acesso a esses serviços.

Aqueles que não eram contribuintes, geralmente, ficavam à mercê de organizações filantrópicas que prestavam o serviço de saúde àqueles não estavam vinculados à Previdência ou a qualquer outra caixa de assistência que garantisse o acesso à saúde, ou tinham que esperar pela saúde pública que não era tão vasta como hoje se encontra.

No entanto, a partir de 1988, o direito à saúde passou a ser um direito de todos e um dever do Estado independentemente de contribuição, assim, mesmo aqueles que não são segurados da Previdência Social têm acesso gratuito a esse direito, bastando serem cidadãos e estarem em no território brasileiro.

Além do texto constitucional de 1988 ter sido um marco de extrema relevância para consolidação do direito à saúde, cabe aqui também mencionar que, antes da promulgação da Constituição, por meados dos anos 70 do século passado, a produção de leis de proteção à saúde foi de extremo valor para a consolidação do direito à saúde na Carta Magna de 1988.

É nesse contexto que surge o Direito Sanitário, como um instrumento que os juristas e estudiosos da saúde coletiva encontraram para sistematizar o direito à saúde, por meio de normas que possibilitaram a efetivação desse direito tão caro para a sociedade brasileira.

Dessa forma, não se pode confundir o direito à saúde com o Direito Sanitário, aquele é um direito humano social garantido pela Constituição Federal nos artigos 6º e 196, ou seja, é bem mais amplo do que o Direito Sanitário, pois este é a “organização jurídica do Estado brasileiro voltada à promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil” (AITH, 2007, p. 71).

Diante disso, fica clara a distinção que existe entre o direito à saúde, como direito bem mais amplo e que exigiu uma estruturação que foi alcançada em nosso ordenamento jurídico por meio da consolidação do que veio a ser chamado de Direito Sanitário.

Assim, vale citar as palavras de Aith ao tratar da consolidação do Direito Sanitário no Brasil:

Na década de 1970 o Brasil produziu uma série de leis de proteção à saúde, notadamente na área da vigilância sanitária e de controle de drogas e medicamentos. No entanto, esses esforços normativos não foram suficientes para consolidar o Direito Sanitário no país.

Foi somente a partir da Constituição da República de 1988, quando a saúde foi reconhecida expressamente como um direito humano fundamental, direito de todos e dever do Estado, que o Direito Sanitário consolidou-se definitivamente no país, passando a ser tema cada vez mais presente nas discussões realizadas pelo Estado (tanto no Poder Legislativo quanto nos Poderes Executivos e Judiciário) e pela sociedade. (AITH, 2007, p.83)

Nessa perspectiva, o Estado do Bem-Estar Social, que apregoava uma assistência à saúde ampla a todos sem a necessidade de uma prévia contribuição, foi também um fator decisivo para a consolidação do Direito Sanitário no Brasil. Assim, o direito à saúde teve mais espaço na constituinte que englobou esse direito aos direitos fundamentais previstos no texto constitucional, como afirmou Aith.

É nessa toada que a Constituição de 1988 traz no seu texto previsões de grande importância para garantia desse direito. Primeiramente, devendo ser citado o art. 6º que expressamente define a saúde como um direito humano fundamental, assim, ensejando uma crescente na proteção nacional desse direito.

Ainda no texto constitucional, a Seção II do Capítulo II do Título VII da Constituição trata especificamente sobre o direito à saúde, assim, ensejando uma produção normativa nunca antes existente em nosso ordenamento. Dessa forma, essa ampliação legislativa veio trazer também uma maior complexidade ao sistema de saúde, bem como melhorou significativamente seu funcionamento.

Nesse contexto, não podemos deixar de transcrever o art. 196 da Constituição Federal, tendo em vista a densidade das palavras em um único artigo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, não só no art. 196, mas em toda a Seção II do Capítulo II do Título VII da Constituição, encontramos diversos avanços no direito à saúde, como bem enfatiza Sarlet *et al*, apontando processos que contribuíram para o regime jurídico da saúde no texto constitucional, são eles:

a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger os aspectos protetivo e promocional da tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marcado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; f) a submissão do setor privado às normas do sistema público de saúde. (SARLET *et al.*, p. 3189)

Diante do exposto, torna-se evidente o grande salto que a Constituição deu no acesso ao direito à saúde, para nós, mormente, devido a sua universalização, podendo todos os brasileiros ou pessoas que estão em nosso território terem acesso à saúde sem uma contribuição prévia, assim, garantindo uma maior homogeneidade no acesso desse direito fundamental, mesmo com os problemas que persistem no sistema.

Após a Constituição de 1988, era necessário, então, regular o que o texto constitucional trouxe, assim, sendo necessária a criação de leis que pudesse consolidar o funcionamento de um sistema de saúde, como o previsto pela constituinte. É nesse contexto que se inicia uma ampla produção normativa que regulou e instituiu bases e parâmetros para a efetivação do direito à saúde de forma universal.

É com essa produção normativa que o legislador criou o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde, as Leis nº 8.080 e nº 8.142, ambas de 1990. Essas leis são de extrema relevância porque regulamentam os serviços, a participação da sociedade e as bases de funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Embora existam diversas críticas ao funcionamento desse sistema, como afirma Aith, ele “representa a mais importante instituição jurídica do Direito Sanitário brasileiro na medida em que integra e organiza diversas outras” (AITH, 2007, p. 340). Assim, mesmo o SUS tendo suas limitações, é um sistema de grande relevância na concretização do direito fundamental à saúde.

Entretanto, mesmo o SUS sendo visto aqui como uma instituição jurídica, não tem personalidade de jurídica própria. Aith (2007, p. 343) trata o SUS como uma instituição jurídica, composta por diversas instituições-organismo, como o Ministério da Saúde, Secretarias de Saúde, Autarquias, Fundações, entre outras.

Além disso, o SUS não atua apenas na assistência médico-hospitalar, mas em diversas outras frentes de ação, como bem expõe o Capítulo I da Lei 8.080/90, por exemplo, o SUS atua na vigilância de condições sanitárias, no registro de medicamentos e normatização das prestações de serviço de saúde, dentre muitas outras ações.

Além da Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90), outras legislações também são de grande importância para a execução das políticas sociais que efetivam o direito à saúde, dentre elas, podemos citar a Lei nº 5.991/73 e a Lei nº 6.360/76, que dispõem sobre o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos.

Além disso, outra lei de grande relevância é a Lei 9.782/99, que institui o Sistema de Vigilância Sanitária e cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) que, de acordo com o art. 6º da lei, tem a finalidade:

“promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.” (Brasil, art. 6º da Lei 9.782/99)

Dessa feita, é importante papel exercido pela Anvisa, por esta ser responsável pela regulamentação, controle e fiscalização de produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública, como medicamentos.

Outra lei de relevância é a Lei nº 9.961/2000 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), com natureza de uma autarquia de regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, tendo como competências a normatização, a fiscalização e o controle na área da saúde suplementar.

Por fim, aqui é importante citar a Lei nº 12.401/11 que institui a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), responsável por dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). A Conitec assessora o Ministério da Saúde nas atribuições que dizem respeito à incorporação, à exclusão ou à alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT).

## 2.2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

A efetivação do direito à saúde não se consolida apenas com a criação de leis pelo legislador, tal fato se revela de forma latente ao observarmos que mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, foram necessárias não só outras leis para regular os fundamentos previstos no texto constitucional, como descrito no primeiro tópico deste capítulo, mas também a criação de políticas públicas para coordenar atividades em busca da consolidação desse direito.

Dessa forma, fica evidente que não são apenas as criações normativas os principais instrumentos para a consolidação de direitos, mas as políticas públicas se mostram como um meio importantíssimo para alcançar os fins sociais previstos no texto constitucional.

Nessa perspectiva, conceituam-se políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2002, p. 241). Assim, como a ordem constitucional de 1988, em seu artigo 196, aduz ser a saúde um “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”, fica comprovada a importância das políticas públicas na consolidação do direito à saúde.

Dessa feita, a consolidação do direito à saúde não passa apenas pela criação legislativa, pois muitas das ações que estão na ponta da regular prestação de serviço de saúde são desenvolvidas pelo Executivo, tendo em vista que as políticas públicas costumam ser de responsabilidade desse poder.

Assim, a criação e a execução das políticas públicas são essenciais para a consolidação do direito à saúde, tendo em vista que é por meio delas que se concretizam os direitos previstos nos textos normativos, sendo elas instrumentos ativos para atender às demandas que a sociedade precisa.

No entanto, mesmo as políticas públicas sendo um instrumento ativo de garantia de direito, a realização delas perpassa a Administração Pública, sofre com o aparelho burocrático do Estado, pois não só a sua criação, mas também a sua execução que envolvem aspectos econômicos, políticos e sociais. Assim nem sempre a máquina estatal consegue funcionar de forma plena, principalmente, porque o seu funcionamento envolve diversos aspectos, como citado.

Assim, devido, mormente, aos aspectos políticos e econômicos que norteiam as políticas públicas, elas devem ser construídas de forma tal que se possa visualizar a sua imprescindibilidade para coletividade, a fim de que essas políticas, conforme enfatiza Pereira, tenham a “capacidade de ultrapassar governos e gestões, tornando mais estável os objetivos de interesse público, independente da alternância de poder” (PEREIRA, 2017, p.135).

Dessa feita, o direito à saúde é garantido não apenas por normas que regulamentam de forma ampla esse direito, mas também e, principalmente, por meio de políticas públicas que materializam a realização desse direito, assim, traçando estratégias de trabalho e dispendo como executá-las de forma mais eficiente.

Nesse contexto, as políticas públicas de saúde são importantes, sendo elas em grande número, já que o SUS tem uma ampla atuação na garantia do direito à saúde que perpassa o aspecto físico do ser humano, assim, são necessárias diversas políticas públicas, trabalhando em frentes distintas, a fim de garantirem esse direito tão caro para a sociedade.

Assim, embora a discussão ampla acerca das políticas públicas seja de grande relevância, dado o recorte deste trabalho, iremos aqui focar na Política Nacional de Medicamentos, instituída pela Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, pois, trabalhar todas as políticas públicas, não seria viável nem é o nosso objetivo.

Além disso, devido à grande demanda de ações judiciais envolvendo medicamentos, este trabalho irá fazer um recorte que enfatizará essas demandas, dada a gama de ações que existem, bem como os avanços científicos que a cada dia trazem ao mercado novos medicamentos que não são de imediato absolvidos pela lista de medicamentos fornecidos pelo SUS.

De acordo com a Portaria nº 3.916/98, a Política Nacional de Medicamentos:

...observa e fortalece os princípios e as diretrizes constitucionais e legalmente estabelecidos, explicitando, além das diretrizes básicas, as prioridades a serem conferidas na sua implementação e as responsabilidades dos gestores do Sistema Único de Saúde SUS na sua efetivação. (BRASIL, 1998)

Assim, a Política Nacional de Medicamentos é um instrumento que não apenas visa a regular os recursos aplicados para a compra desses fármacos, mas também traçar diretrizes que iram nortear esse política, garantido que medicamentos seguros, eficazes e de qualidade com o menor custo para o Estado.

A Portaria nº 3.916/98 traça oito diretrizes básicas que procuram assegurar a melhor aquisição e distribuição de medicamentos para a sociedade brasileira, a primeira

diretriz é a adoção de relação de medicamentos essenciais, essa é de extrema importância, pois estabelece a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename).

Essa lista elenca os medicamentos essenciais, considerados indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde que atingem a população brasileira. Com essa organização, a aquisição de medicamentos se torna algo mais uniforme entre os entes públicos, além de servir de:

(...) base para o direcionamento da produção farmacêutica e para o desenvolvimento científico e tecnológico, bem como para a definição de listas de medicamentos essenciais nos âmbitos estadual e municipal, que deverão ser estabelecidas com o apoio do gestor federal e segundo a situação epidemiológica respectiva. (BRASIL, 1998, Portaria nº 3.916/98)

Dessa feita, a lista se torna um instrumento importante para padronizar até mesmo a prescrição e o abastecimento de medicamentos, principalmente, no âmbito do SUS, assim, reduzindo os custos da aquisição dos produtos, tendo em vista a possibilidade de os entes se unirem para realizar a compra em parceria, a fim de adquirirem maior quantidade com um menor custo.

Além disso, outro ponto relevante é a divulgação dessa lista para que a sociedade tenha conhecimento de quais medicamentos são considerados essenciais aos tratamentos de saúde aqui realizados, assim, possibilitando até mesmo que os médicos prescrevam medicações constantes nessa lista sempre que possível.

Dessa forma, diante da importância da lista do Rename, essa deve ser constantemente atualizada, a fim de se ajustar a lista às doenças mais comuns, além de inserir novos medicamentos comprovadamente imprescindíveis para a garantia do direito à saúde.

Aqui, vale destacar que a lista do Rename foi recentemente atualizada por meio da publicação da Portaria nº 1.897, publicada em 14 de agosto de 2017, que trouxe a nova lista do Rename. Essa lista é facilmente encontrada na internet, sendo sempre bem divulgada, até por que ela não é apenas utilizada no âmbito do SUS, mas também pelos planos de saúde privados.

A segunda diretriz na Política Nacional de Medicamentos é regulamentação sanitária dos medicamentos, de responsabilidade, principalmente, do gestor federal, no intuito de regular o registro de medicamentos e a autorização para funcionamento de empresas e estabelecimentos destinados para os medicamentos.

Além disso, outro ponto de extrema relevância dessa diretriz é a promoção do uso dos genéricos, assim, trazendo mecanismos para disseminação desses medicamentos,

por exemplo, incentivando diversos laboratórios a produzirem os remédios constantes na lista do SUS, aumentando, dessa forma, a concorrência, fazendo o custo com esses produtos também diminuir, não só para o Estado, mas para a população em geral.

Essa diretriz obteve tão grande alcance que, hoje, estudiosos a separam da Política Nacional de Medicamentos, assim, aduzindo que a “Política Nacional de Medicamentos Genéricos é uma política pública autônoma em relação à Política de Medicamentos, pois possui metodologia, hipótese, objeto, princípios e valores próprios” (AZARA *et al*, 2012, p. 19).

A terceira diretriz da Política Nacional de Medicamentos enfatiza a reorientação da assistência farmacêutica, para que esta não se restrinja apenas à compra e à distribuição de medicamentos, mas possa, por exemplo, promover o uso racional dos medicamentos, otimizar a distribuição, desenvolver iniciativas que reduzam os preços dos produtos também no âmbito privado.

Dando continuidade a essa diretriz, surge a quarta que objetiva a promoção do uso racional dos medicamentos, não só ao serem prescritos pelos médicos, mas também durante o uso pelos pacientes, assim, devendo ser construído um processo educativo dos usuários acerca do risco da automedicação, da interrupção e da troca da medicação indicada pelo médico.

A quinta diretriz trata da importância do desenvolvimento científico e tecnológico para garantir não só a produção de medicamentos já existentes no mercado, mas também para a dinamização da pesquisa, assim, impulsionando o desenvolvimento tecnológico nacional, integrando as universidades, as instituições de pesquisa e as empresas do setor produtivo. Em especial, almeja-se que essas novas tecnologias possam auxiliar na produção e no desenvolvimento dos fármacos constantes na lista do RENAME, assim, estimulando uma produção nacional desses medicamentos para abastecer o mercado interno.

A sexta diretriz também tem forte ligação com a diretriz anterior, tendo em vista que o desenvolvimento científico, antes relatado, possibilita a promoção da produção de medicamentos, assim, essa nova diretriz busca a articulação de produção de medicamentos da lista do RENAME em diferentes seguimentos industriais, oficial, privado, nacional e transnacional.

No entanto, o maior foco deve ser dado aos laboratórios oficiais “para atender as necessidades de medicamentos essenciais, especialmente os destinados à atenção

básica, e estimulada para que supra as demandas oriundas das esferas estadual e municipal do SUS” (BRASIL, 1998, Portaria nº 3.916/98).

A sétima diretriz é a garantia da segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, essa diretriz é concretizada hoje por meio do trabalho da Anvisa, que tem o dever de realizar atividades de inspeção e fiscalização para garantir que os medicamentos estão sendo produzidos dentro dos padrões previstos nas regulamentações.

Por fim, a última diretriz visa ao desenvolvimento e à capacitação das pessoas envolvidas na operacionalização da Política Nacional de Medicamentos, para que setor de saúde possa ter não só quantidade de pessoas, mas qualidade de recursos humanos, sendo essa diretriz de responsabilidade das três esferas gestoras do SUS, União, Estados e Municípios.

Destarte, a Política Nacional de Medicamentos deve ser compreendida, tendo em vista que este trabalho objetiva se debruçar nas demandas judiciais que têm como objeto o fornecimento de medicamento pelos entes estatais, assim, entender que existe uma política pública, formada por pessoas que não têm conhecimentos apenas políticos, mas também de saúde, de economia, de tecnologia, dentre outros, é de grande valia para que as decisões que são proferidas no Judiciário possam respeitar esses atores sociais que trabalharam na construção dessa política pública.

Dessa forma, além de conhecer como essa política pública funciona, também é de extrema relevância que os atores do Judiciário também conheçam como um medicamento é incorporado na lista do RENAME, ou seja, qual o processo que deve ser seguido, construído pela sociedade, por meio de seus representantes, para que um medicamento seja tido como essencial para o tratamento de determinada doença.

Destarte, é importante que o Judiciário possa ter conhecimento de que existe todo um processo a ser seguido para que um medicamento seja fornecido pelo SUS, que esse processo foi aprovado por nossa democracia a partir do momento em que os cidadãos foram às urnas. Por isso, o Judiciário deve respeitar esse processo, tentando não apenas impor o fornecimento de um medicamento a um indivíduo ou a um grupo de pessoas, mas sim entender por que o fornecimento não ocorreu.

Dessa feita, se o fornecimento não aconteceu por um descaso da administração pública em cumprir o processo que ela criou, o Judiciário deve sim intervir e é o instrumento que a Constituição traz para que se possa acessar direito que não estão sendo efetivados. Assim, é de extrema importância uma relação entre os poderes, para que todos possam compreender como cada um trabalha, respeitando a separação de

poderes e, ao mesmo tempo, buscando construir, juntos, a democracia estampada na nossa Constituição.

Nesse contexto, quando ocorre uma falha no fornecimento de medicamentos ou quando o medicamento desejado não se encontra na lista do SUS, a judicialização da saúde acontece, na maioria dos casos, assim, o Judiciário atua decidindo se o Estado deve ou não conceder o pedido formulado.

Quando ocorre essa judicialização, principalmente, quando ela se torna excessiva, o SUS pode passar por problemas seríssimos, tendo em vista que os recursos disponíveis podem não ser empregados para o que o orçamento daquele ano estabeleceu ou pode-se gastar um grande montante de recursos com um tratamento experimental que só irá beneficiar um usuário do sistema e poderá deixar diversos usuários sem serviços básicos de saúde.

Por isso, diante de uma judicialização que pode prejudicar o sistema, que se busca mecanismo para que esse processo possa não prejudicar a garantia do direito à saúde de todos. Uma das alternativas hoje presente é a teoria dos diálogos institucionais dentro das decisões judiciais, buscando um diálogo entre o Judiciário e o Executivo para a construção de uma decisão judicial mais favorável não apenas para a parte, mas que também não engesse o funcionamento do SUS.

É nesse contexto que objetivamos estudar a teoria dos diálogos institucionais como um instrumento de efetivação do direito à saúde, por meio de um diálogo entre os poderes, principalmente, o Judiciário e o Executivo, que só pode ser construído a partir do conhecimento e do respeito entre os trabalhos de cada poder, assim, fazendo com que eles possam se auxiliar na construção dos direitos sociais, mormente, o direito à saúde.

Assim, o trabalho realizado pelos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), que será tratado no capítulo 4, é uma forma de aplicação da teoria dos diálogos institucionais dentro das decisões judiciais, tendo se mostrado como um eficiente instrumento de garantia do direito à saúde por meio de uma construção não só do Judiciário, mas também do Executivo e dos profissionais da saúde.

### 2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A judicialização da saúde ganha maior espaço a partir da década de 90 do século passado, diante de uma garantia constitucional da saúde como um direito

fundamental. Isso ocorre porque as pessoas que buscaram o SUS para ter suas demandas de saúde atendidas e não encontraram resposta positiva, viram no Judiciário uma porta de acesso ao direito à saúde.

Essa busca pelo Judiciário se inicia, no Brasil, principalmente, após o crescimento dos índices de pessoas infectadas pelo vírus HIV, causador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) ou AIDS, sigla da síndrome no inglês. Essa crescente da epidemia desencadeou uma grande mobilização tanto dos portadores da doença como de seus familiares em busca do fornecimento de tratamento para o HIV, segundo Ávila e Melo (2018, p.94) .

Somado a isso, o processo de redemocratização que estava ocorrendo naquele período, bem como a constitucionalização dos direitos sociais no país instigaram a sociedade civil a ir até o Judiciário em busca de tratamento para o HIV, sob o argumento do direito à vida e à saúde, consagrados como direitos fundamentais no texto constitucional.

É nesse contexto que diversas pessoas foram até o Judiciário demandar, principalmente, medicamentos para controlar a ação do HIV no organismo humano, dentre os diversos casos, teve grande repercussão a ação que tinha como objeto medicamentos para conter o vírus, ajuizada por Luciane Aparecida de Conceição, que ficou conhecido como o caso da menina Lu.

Luciane adquiriu AIDS ainda no ventre de sua mãe, no oitavo mês da gestação, em uma transfusão de sangue contaminado realizada no Hospital Regional de em sua mãe. Aos oito anos de idade, devido ao estado de saúde debilitado da menina, ocasionado por doenças oportunistas que se instalaram em seu corpo, a via judicial foi o meio encontrado para a obtenção de coquetel com antirretrovirais, em um litígio contra a Fazenda Pública.

O caso obteve grande repercussão porque, até então, não existia opção de tratamento para Aids em crianças, assim, a conquista judicial de coquetel para a garota estabeleceu um precedente de sucesso no meio médico, pois a menina obteve êxito no tratamento, mesmo ainda sendo uma criança.

No entanto, aqui não é somente importante citar o grande aumento de demandas de saúde no Judiciário, mas o que elas provocaram no meio. Primeiramente, as

diversas demandas em busca de medicamentos para controlar a ação do vírus HIV fizeram com que o Estado repensasse suas políticas públicas relacionadas à doença, assim, tornando, hoje, a nossa política pública de prevenção e tratamento dessa doença uma das mais conceituadas do mundo.

Esse avanço das políticas públicas citado, apesar de ter sido positivo e continuar sendo um ponto de conquista social, ocasionou um comprometimento severo no orçamento público para o SUS na época, pois, ao mesmo tempo em que o direito à saúde estava sendo garantido para os portadores do vírus, os recursos não eram suficientes para atender as demais demandas de saúde junto as que estavam sendo deferidas em juízo.

A título de exemplo, cabe citar o que ocorreu com o Programa Estadual de DST/Aids de São Paulo, como exposto por Ávila e Melo:

No ano de 2001, o Programa Estadual de DST/Aids de São Paulo teve seu orçamento público severamente comprometido, com cerca de 80% despendidos no cumprimento de ordens judiciais, compelindo o programa a fazer suplementação orçamentária. Os embates públicos e judiciais entre o programa nacional de DST/Aids, os defensores dos acometidos pela doença e os pacientes titulares do direito à assistência integral à saúde, escancararam os vícios e as virtudes da judicialização neste fenômeno que tem se expandido e preocupado a todos, em face dos riscos de inviabilizar o Sistema Único de Saúde. (ÁVILA e MELO, 2018, p.95 e 96)

É diante desse conflito de um Judiciário que pode, por meio de suas decisões que deferem pedidos de saúde, estimular a criação de políticas públicas, como também prejudicar o funcionamento do SUS, que a teoria dos diálogos institucionais pode ser vista como um instrumento de equilíbrio da atuação do Judiciário, a partir do momento em que se estimularia um diálogo entre os poderes para a concretização do direito à saúde, como será melhor exposto no próximo capítulo.

Assim, diante desse desafio que é a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde, a discussão acerca da judicialização do direito à saúde é um tema de extrema relevância, devendo ser abordado em diversas perspectivas, no intuito de que se possa produzir instrumentos capazes de auxiliar não só o Judiciário nesse desafio, mas também os demais poderes.

É nesse contexto que aqui cabe expor o pensamento de Marmelstain (2017, p.106) ao dividir a judicialização da saúde em três fases. A primeira fase trabalhada pelo estudioso seria um período romântico, em que se acreditava que o Judiciário seria capaz

de prover por suas forças o direito à saúde, assim, tendo um papel transformador que antes não era visível pela sociedade.

Passado esse período, segundo Marmelstain (2017, p.106), em que praticamente tudo era concedido pelo Judiciário, viu-se que a grande intervenção desse poder em decisões que forneciam tratamentos medicamentosos, por exemplo, trouxe um grande impacto para os cofres públicos, chegando, em diversos momentos, a prejudicar o SUS. Assim, inicia-se uma segunda fase mais cética, em que se percebe que abusos e excessos podem sim ser cometidos pelo Judiciário em nome do direito à saúde.

Hoje, para Marmelstain (2017, p.106), o momento é mais reflexivo, existe uma consciência de que uma grande judicialização da saúde pode trazer diversos problemas, dentre eles, prejudicar o SUS, “seja por dificultar o planejamento e a gestão, seja por encarecer os insumos e serviços, seja por propiciar a prática de conluíus e fraudes, seja por criar situações de iniquidade entre aqueles que conseguem ser favorecidos por uma decisão judicial e os que não conseguem” (MARMELESTAIN, 2017, p. 106)

Mesmo diante da afirmação de que o Judiciário não é via mais adequada para a concretização do direito à saúde, tendo em vista que as demandas judiciais, em um número muito significativo, apenas atingem uma pessoa ou parcela da sociedade, este trabalho não refuta como o Judiciário, mesmo com suas limitações, tem um papel importante no acesso ao direito à saúde.

Assim, mesmo não sendo aqui adotada a *visão romântica* citada por Marmelstain de que o Judiciário teria um papel transformador na obtenção do direito à saúde, é irrefutável que as demandas de saúde continuam e continuarão existindo, já que o SUS tem seus problemas e cada paciente tem o direito subjetivo de ir à juízo em caso de omissão desse sistema. Dessa forma, o que devemos fazer não é simplesmente adotar um posicionamento engessado de que o Judiciário deveria interferir menos nas políticas públicas, mas sim buscar mecanismo de como o Judiciário pode contribuir no processo de acesso ao direito à saúde.

Dessa maneira, a teoria dos diálogos institucionais será exposta aqui, no capítulo 2, como um instrumento que auxiliaria o Judiciário nas demandas de saúde, assim, buscando uma participação ativa dos demais poderes na construção do processo judicial.

Além disso, um contato mais próximo entre os demais poderes e o Judiciário pode ser não só uma forma de equilíbrio e de respeito entre a separação dos poderes, como também uma maneira de eles contribuírem entre si na consolidação da democracia por meio da construção ou reformulação de políticas públicas.

### 3. TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NA BUSCA DA GARANTIA DO DIREITO À SAÚDE

#### 3.1. DEFINIÇÃO DA TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

A teoria dos diálogos institucionais encontra campo fértil, principalmente, nos Estados Unidos e no Canadá, embora tenha abordagem distinta em cada país. No entanto, mesmo diante das divergências teóricas encontradas, essas teorias buscam demonstrar que a interpretação constitucional deve ser realizada não apenas por um dos poderes, mas por todos os poderes, como assegura Fabrício Resende (2014, p. 99).

A busca por uma interpretação e aplicação dos direitos constitucionais por mais de um dos poderes se justifica, mormente, devido ao teor considerável de indeterminação das normas constitucionais que podem dar margem a diversas discussões até se encontrar o melhor caminho para sua concretização.

Dessa feita, a teoria dos diálogos institucionais, inaugurada pelos americanos, chama a atenção para um controle fraco dos direitos sociais em contraponto com um modelo de cortes fortes, *strong courtes*, assim permitindo que a atuação dos tribunais não engesse o entendimento dado ao caso. Dessa forma, a decisão do judiciário não seria vista sempre como a última palavra acerca daquele direito, pois a postura judicial poderia ser modificada para melhor efetivação desses direitos, conforme defende Mark Tushnet (2003, p. 2786).

Assim, conforme Mariano *et al* (2018), o controle mais fraco das políticas públicas dos direitos sociais leva a decisões judiciais que podem ser superadas a partir de decisões políticas advindas de um diálogo entre os poderes com representantes eleitos, assim, almejando uma melhor solução para efetivação das políticas públicas de forma mais homogênea.

Esse pensamento de mutabilidade vai de encontro com o refletido em um controle forte das cortes, pois este seria caracterizado por uma imutabilidade que levaria à vinculação das decisões do Poder Judiciário aos demais poderes. Mariano *et al* (2018, p.179) assevera que o “ diálogo entre as esferas políticas e jurídicas envolvidas na prestação dos direitos sociais é fundamental para que o sistema de execução e controle de

políticas públicas pelos atores jurídicos funcione adequadamente e para que a contribuição dada por eles seja efetiva”.

É nesse contexto que buscamos tratar a teoria dos diálogos institucionais na garantia do direito à saúde na atuação do Poder Judiciário, enfatizando que um diálogo deste poder com os demais e com profissionais da área da saúde é um instrumento de consolidação do direito à saúde.

Assim, embora quando se fale em diálogos institucionais se visualize esse diálogo em um aspecto mais macro, como um fruto da separação dos poderes, “que se baseia no reconhecimento de que existem instituições e mecanismo políticos no sistema constitucional que habilitam seus atores a responder às decisões judiciais no caso de desacordo” (SOUZA, 2013, p. 361), essa não é a perspectiva de diálogos institucionais que este trabalho almeja estudar.

Os diálogos institucionais aqui estudados são os diálogos que acontecem no interior das decisões judiciais, como bem defende Jorge Munhós de Souza (2013, p. 361) e Conrado Mendes Hünber (2008, p. 127), que advogam a existência de um diálogo percebido e administrado dentro das decisões judiciais, “por parte dos juízes, de técnicas decisórias capazes de estimular e encorajar debates mais amplos sobre o significado constitucional, seja no interior do Poderes, seja entre Poderes reciprocamente”( SOUZA, 2013, p. 361).

Dessa forma, por mais que a primeira visão passada por uma leitura rápida acerca da teoria dos diálogos institucionais possa colocar em caráter secundário o judiciário como agente na garantia do direito à saúde, esse poder é de extrema relevância para a construção desse direito.

Assim, por mais que não seja nossa pretensão defender cegamente que o Judiciário é a melhor via para solução de demandas individuais e coletivas de saúde, também não se pretende sustentar como ilegítima a atuação dele no tema, mas sim racionalizar o processo judicial de forma que ele possa, em diálogo com outros núcleos decisórios, ser também um agente ativo na efetivação do direito à saúde.

Essa atuação do Judiciário é de extrema relevância, pois sabe-se que nenhum dos poderes é dotado de total eficiência, apresentando falhas, assim, diante da ausência ou da má prestação de um serviço que deveria ser disponibilizado a todos, a atuação do

Judiciário é relevante, assim como enfatiza MARMELSTEIN (2017, p. 114), “é natural e esperado que o paciente, cuja saúde está em jogo, não se conforme com a falha no serviço e busque no Judiciário a proteção de seus direitos”.

Nesse contexto, evidencia-se a relevância da atuação do Judiciário diante de uma lesão ou ameaça direito, tendo em vista que a ação desse poder é totalmente legitimada pelo texto constitucional, quando, em seu art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, aduz que nem mesmo a lei excluirá de apreciação lesão ou ameaça a direito.

Assim, não é que o Judiciário seja visto aqui como o poder mais capacitado para dispor a última palavra acerca de direitos sociais, pois ele nem sempre tem conhecimentos técnicos que possam garantir a melhor decisão para um caso concreto, principalmente, no âmbito da saúde, mas ele é um meio legal de se efetivar direitos.

Dessa forma, embora a atuação judiciária não seja para nós a primeira alternativa para efetivação do direito à saúde, tendo em vista que já existem políticas públicas que devem ser concretizadas pelo Executivo, o Judiciário é um poder importante para a garantia de direitos.

Dessa feita, quando falamos aqui em diálogo, não nos referimos apenas a sessões públicas de conversas entre os poderes com o fim debater as políticas públicas que devem ser implantadas e cumpridas, mesmo essa ação sendo de extrema relevância, mas sim buscamos algo mais efetivo.

Para tanto, é relevante o pensamento desenvolvido por Luc Tremblay (*apud* Resende, 2014) em que ele apresenta duas concepções de diálogo. A primeira é descrita como uma conversação, podendo ser definida como uma troca de opiniões e experiências entre instituições, como as sessões públicas que citamos acima, mesmo não tendo um resultado prático, por vezes. No entanto, o diálogo pode ser construído por meio de um processo de deliberação que respeitando a igualdade entre os participantes, observando os padrões de racionalidade e elaborando acordos fundamentados, podem proporcionar legitimidade a seus resultados.

Assim, o que defendemos aqui não é apenas um diálogo que gere uma discussão despreziosa acerca do direito à saúde, mas sim que tenha parâmetros para que as decisões judiciais tomadas acerca desse direito possam sim garantir o direito à saúde de forma mais efetiva e sem prejudicar a coletividade.

Nessa perspectiva, vale mencionar aqui o Projeto de Lei nº 8.508/2014 que tramita junto à Câmara dos Deputados, a fim de estabelecer um procedimento processual especial para que o Judiciário atue diante de políticas públicas. O objetivo do legislador, conforme o Projeto de Lei, é facilitar um diálogo institucional entre os poderes, entre o juiz e as partes participantes do processo, bem como a sociedade como um todo, assim, visando a alcançar soluções consensuais, construídas e executadas por meio de um diálogo entre os poderes.

Dessa forma, a abordagem dialógica em um rito processual seria um avanço para a efetivação do direito à saúde, dentre outros, tendo em vista que, muitas vezes, é difícil a elaboração de um consenso entre os poderes e a sociedade, quanto mais para um magistrado que não tem conhecimento na área da saúde, por exemplo.

Destarte, cabe citar as palavras de Resende (2014, p.115) ao expor como um diálogo entre os poderes pode ser um instrumento efetivo na efetivação de políticas públicas:

As diferenças estruturais entre os Poderes fazem com que, nas inevitáveis hipóteses em que eles interagem, um mesmo problema seja enfocado de forma distinta por cada Poder. Dessa maneira, essa interação enriquece a tomada de decisão. Seria um equívoco valorizar a contribuição de um dos Poderes em detrimento da participação dos demais, na medida em que todos estes atores contribuem de forma relevante e única para qualificar a deliberação pública.

Dessa maneira, a diversidade de papéis que cada poder exerce contribui de forma positiva para o diálogo, à medida que cada um dos poderes tem a sua função principal na efetivação dos direitos, assim, tendo uma perspectiva única sobre o tema, bem como deficiências próprias que podem ser supridas com a colaboração dos demais poderes.

### 3.2. UM DIÁLOGO ENTRE O JUDICIÁRIO E O EXECUTIVO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

No tópico anterior, trabalhamos o conceito de diálogos institucionais entre os poderes, assim, delimitando que o diálogo aqui tratado deve ser visto como um processo de deliberação que vise à construção de uma melhor solução para o problema tratado. Essa solução alcançada por meio do diálogo se mostra mais eficiente, tendo em vista que

cada poder tem uma perspectiva distinta acerca do tema. As divergências entre eles acabam por fortalecer a discussão, tornando-a mais ampla, assim, alcançando uma solução mais eficaz para o caso.

Dessa forma, o que defendemos é que a divergência de olhares e pensamentos é um campo fecundo para a construção de soluções, tendo em vista que a exposição de pensamentos distintos leva a um debate proveitoso que pode ter um alcance muito maior do que um debate realizado apenas na esfera de um poder.

Nessa toada, vale destacar as palavras de Souza ( 2013, p. 360):

Não devemos apostar cegamente no Judiciário e justificar seu ativismo a partir de uma visão extremamente crítica do processo político, nem acreditar em demasia no Legislativo e no Executivo e defender uma autocontenção irrestrita do Judiciário a partir de uma visão romantizada da atividade parlamentar. É preciso que consideremos as diferentes capacidades institucionais do intérprete e a necessidade de que cada qual contribuía no processo decisório a partir de sua diferente posição.

Seguindo esse pensamento, fica claro que a atuação judicial não deve ser vista como a melhor forma de se garantir uma tutela, mas é sim uma ferramenta de extrema importância na efetivação de direitos, como o direito à saúde, apenas devendo ser usada de forma que não prejudique a atuação de outros poderes, assim, respeitando a separação entre eles, bem como também agindo de forma a preservar a democracia.

No entanto, mesmo entendendo a importância da visão do Legislativo na construção das políticas públicas, já que esse poder é responsável por normatizar de forma mais sistemática os direitos fundamentais previstos na Constituição, neste trabalho, vamos enfatizar o diálogo entre o Judiciário e o Executivo como poderes efetivadores do direito à saúde.

Esse recorte não tem a intenção de expor o Legislativo como um poder que não é responsável pela efetivação do direito à saúde, pois ele tem um papel fundamental na construção e reformulação normativa que inicia a efetivação desse direito, tendo em vista que a Constituição estabeleceu os parâmetros norteadores, mas as normas posteriormente criadas são responsáveis por regular e nortear o que o texto constitucional dispõe.

Dessa feita, o recorte metodológico do presente trabalho é um diálogo entre o Judiciário e o Executivo, já que aqui objetivamos tratar do direito à saúde alcançado por meio de decisões judiciais que concedem medicamentos pelo do SUS.

Assim, a legislação de criação do SUS já existe, a regulamentação para concessão de medicamentos também já está normatizada, dessa forma, no âmbito da norma, já temos elementos estruturadores que garantem o direito à saúde por meio da concessão de medicamentos.

Destarte, devido à existência dessa regulamentação, vamos nos deter aqui ao diálogo entre o Executivo e o Judiciário nas demandas de saúde que são propostas em juízo, tendo em vista que esses atores são os que estão mais interligados na concessão desses medicamentos, pois as decisões judiciais determinam que os agentes do Executivo cumpram a determinação de fornecimento desses fármacos.

Assim, o papel do Executivo e do Judiciário se manifesta no final do ciclo de concessão do direito à saúde, pois a normatização criada já garante o direito, agora, devendo esse ser entregue a população, o que, em geral, deve ocorrer por meio do Executivo, e, quando isso não ocorre, os cidadãos vão em busca do Judiciário.

No entanto, o Executivo, para garantir o direito à saúde, deve se rodear de profissionais que entendam do tema para que possa não só administrar bem a entrega desse direito, como também saber se o que está sendo entregue é o necessário e tem eficiência para garantir a saúde da população.

Esse conhecimento técnico é imprescindível para que os recursos sejam bem alocados, tendo em vista que nem sempre o medicamento mais caro, por exemplo, é o mais aconselhável cientificamente para determinado tratamento. É exatamente nesse aspecto que os profissionais de saúde são de extrema relevância não só para o cuidado direto dos pacientes, mas também nas construções e efetivações das políticas públicas de saúde.

Diante do exposto, nem o Judiciário nem o Executivo têm conhecimento técnico aprofundado acerca da saúde, pois esses poderes não são especializados no tema, tendo em vista que não trabalham apenas com essa temática, mas com assuntos diversos.

Dessa feita, objetivamos expandir esse diálogo para que ele não seja realizado apenas no âmbito de dois poderes, mas que estes tenham outro aliado na busca pela garantia constitucional do direito à saúde, os profissionais da saúde.

Os atores do Judiciário e do Executivo não têm conhecimento técnico para atuar na área da saúde com a precisão de alguém que tem expertise no assunto, assim, a

colaboração de profissionais capacitados, que realmente tenham conhecimentos na área da saúde, é de grande importância para que se busque mecanismos eficazes para efetivação desse direito.

Esse envolvimento de profissionais da saúde para solução de demandas de sanitárias que chegam até o judiciário é de extrema importância até mesmo para que os magistrados se sintam seguros ao prolatar uma decisão, já que o conhecimento dos magistrados é da ciência jurídica, não da ciência médica.

Dessa feita, além do auxílio de profissionais da saúde em demandas dessa área que são levadas ao Judiciário, também é de extremo valor que ocorra, por parte da academia, a inserção de conteúdos nos Cursos de Direito que capacitem os graduados para compreender, no mínimo, como é o funcionamento das políticas públicas.

Infelizmente, os cursos de graduação em direito, em geral, não trabalham, por exemplo, o Direito Sanitário, disciplina que é de grande importância para os atores judiciais que vão ter de julgar demandas que envolvem esse tema.

Essa disciplina é de grande relevância, pois traria para os profissionais do direito uma visão geral da aplicabilidade do direito à saúde, pois, de acordo com Atilh (2007, p. 92), o Direito Sanitário:

...disciplina as ações e serviços públicos provados de interesse à saúde, formado pelo conjunto de normas jurídicas – regras e princípios – que tem como objetivos a redução de risco de doenças e de outros agravos e o estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Dessa forma, esse conhecimento, mesmo que inicial e superficial, traria ao profissional do direito uma base mais sólida para construção de sua tese jurídica ao caso concreto, tendo em vista que teria um conhecimento sobre ao assunto, assim, tendo um norte que deve ser seguido para garantir o direito pleiteado, sem ir de encontro com as políticas públicas firmadas.

No entanto, muitas vezes, os magistrados nunca tiveram contato com essa disciplina jurídica, tendo em vista que ela é bem recente nas universidades. Além disso, quando essa matéria é ofertada, não costuma compor a grade obrigatória dos Cursos de Direito, mas a grade opcional, assim, não englobando a totalidade dos formandos.

Destarte, por mais que hoje o tema tenha espaço no âmbito da pós-graduação, não consegue atingir a todos os juízes, já que nem sempre optam por essa área do conhecimento ou até mesmo não frequentam um pós-graduação.

Assim, a inclusão dessa matéria na graduação poderia sim auxiliar os profissionais do direito para melhor compreensão da matéria, bem como para que suas decisões fossem mais consistentes e levasse em consideração toda a política pública que existe antes do início daquela demanda.

Dessa feita, mesmo que os Cursos de Direito tomem uma Disciplina de Direito Sanitário como muito específica, pelo menos a inclusão de uma disciplina geral que trate de políticas públicas de forma ampla já seria um bom ponto de partida para auxiliar na formação dos profissionais do direito, como expõe Sabino (2016, p.355):

O direito à saúde deve, sim, ser objeto de estudo nos cursos jurídicos. Por mais que pareça que nem todos os profissionais se depararão, um dia, com questões ligadas a políticas públicas, contidas aí as de saúde, o fato é que aqueles que, cedo ou tarde, trabalharem com Direito Administrativo, Constitucional ou Tributário, ou, ainda, pleitearem na sua atividade habitual, alguma medida que tenha implicação financeira ligada ao Estado – como, por exemplo, em casos em que se busca o direito à saúde – deverão ter, ao menos, conhecimentos básicos a respeito do orçamento, conhecimento estes que a demanda atual recomenda serem adquiríveis nos cursos de graduação. Quem sabe uma disciplina ligada a políticas públicas, em geral, não cumpra tal papel?

Ante essa exposição, fica evidente a necessidade de os Cursos de Direito assumirem um compromisso maior na formação de seus alunos no sentido de capacitá-los a enfrentar esse cenário que surge após a Constituição de 1988, tendo em vista que as demandas judiciais na área da saúde têm crescido de forma significativa após a atual Carta Magna.

Nessa perspectiva, essa capacitação permite que ocorra uma judicialização que não prejudique o todo do sistema de saúde, como sabiamente é colocado nas palavras de Marmelstein ao dispor que a “boa judicialização busca garantir o funcionamento eficiente e independente do sistema. A má judicialização interfere na autonomia, alterando os critérios objetivos que são condizentes com os fundamentos do sistema” (MARMELSTEIN, 2017, p.108).

Nessa perspectiva, o Judiciário só é capaz de dirimir os conflitos levados até ele de forma que não agrida o sistema que está em funcionamento se seus atores tiverem conhecimento pelo menos gerais de como esse sistema funciona, assim, o estudo pelos

profissionais do Direito de políticas públicas e do Direito Sanitário se mostra como uma ferramenta imprescindível para sua atuação regular.

Dessa forma, diante das barreiras ainda encontradas no âmbito da atuação jurídica e da falta de conhecimento específico sobre saúde, o diálogo entre os poderes se mostra ainda mais relevante para que os atores de ambos poderes possam se auxiliar na promoção do direito à saúde

Por isso, os diálogos entre esses poderes se relevam como uma necessidade nas demandas de saúde que chegam até o Judiciário, pois, às vezes, o que se está buscando é simplesmente a efetivação do sistema de saúde que já existe, que deveria funcionar. Dessa forma, a solução para a lide poderia ter sido encontrada na esfera administrativa, não necessitando da movimentação de uma máquina judicial que tem um custo elevado para a sociedade.

Dessa maneira, se há um diálogo entre esses poderes, problemas administrativos que às vezes não são de conhecimento de alguns gestores, podem ser solucionados para que demandas de igual objeto não retornem ao Judiciário. Além disso, o Judiciário pode auxiliar na identificação de problemas e na construção de soluções para a administração pública, a partir do momento em que na demanda será possível ouvir a parte interessada na concessão do objeto, bem como profissionais de saúde que têm conhecimentos técnicos para opinarem se essa tutela deve ser proferida e fornecida pelo Executivo.

Assim, por mais que a via judicial não seja o meio mais fecundo e aconselhável para a construção de soluções no âmbito da saúde, tendo em vista que, principalmente, em tutelas individuais, a decisão não vai se estender a outros indivíduos, há sim de enxergar uma contribuição do Judiciário na efetivação desse direito.

Entretanto, é nesse momento que se deve ter cuidado para que o Judiciário não se transforme em um meio de concessão de qualquer tratamento de saúde, pois sabemos que mesmo a saúde sendo um direito de todos, a judicialização da saúde não pode ser vista como uma via natural de obtenção desse direito, pois o excesso de judicialização prejudica a efetivação das políticas públicas como um todo.

Esse prejuízo ocorre, segundo Marmelstein, porque “a judicialização da saúde também representa um custo para a sociedade, o que agrava ainda mais a situação de

escassez econômica que tanto prejudica a implementação das políticas públicas” (MARMELSTEIN, 2017, p.107).

Ante o exposto, o que propormos é, judicializada a demanda de saúde, seja travado um diálogo entre os poderes, com auxílio de profissionais da saúde, para que se possa chegar a um consenso sobre a melhor decisão a ser tomada, levando em consideração não apenas a parte que está litigando, mas o todo da sociedade.

### 3.3. A APLICAÇÃO DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS NAS DEMANDAS INDIVIDUAIS DE SAÚDE

Quando se olha a aplicabilidade da teoria dos diálogos institucionais como um instrumento capaz de auxiliar na efetivação do direito à saúde, a primeira perspectiva abordada é de uma tutela coletiva proposta diante o Judiciário. Isso ocorre porque um processo coletivo terá, sem sombras de dúvidas, um maior alcance, assim, estendendo a efetivação desse direito não apenas a partes individualizadas.

Assim, quando pensamos em uma tutela coletiva, enxergamos não a tutela de um objeto para situações individualizadas, como um medicamento, mas sim uma ação judicial que visa à realização de ato da administração pública que possa ter uma repercussão coletiva, como a construção ou reforma de um hospital.

Dessa forma, quando estamos diante de uma tutela coletiva, fica notório que há uma maior igualdade de atendimento aos cidadãos de forma geral, pois não está em juízo apenas um caso específico, assim, as tutelas coletivas são sim as demandas que mais poderiam ter a contribuição de diálogo entre as partes, pois os envolvidos estariam ali em busca de efetivar o direito à saúde a maioria.

Além disso, em demandas coletivas, é mais viável uma visão mais ampla no processo, assim, permitindo uma instrução processual mais complexa em que seja possível discutir argumentos muito importantes quando estamos judicialmente falando de direito à saúde, como a reserva do possível dentro de um orçamento que sabemos não ser infundável.

Ademais, em demandas coletivas se torna mais viável enfrentar os problemas que o SUS têm para que, por meio de diálogo sobre o tema, possa se chegar a uma solução, assim, fortalecendo o SUS, não apenas apresentando soluções pontuais que não vão enriquecer o sistema, mas sim enfraquecê-lo.

É nessa perspectiva, que Souza (2013, p. 297) enfatiza que as ações coletivas são procedimentos em que os diálogos institucionais seriam muito bem aplicados, como exposto abaixo:

Desta forma parece-nos que a ação coletiva deve ser considerada como um mecanismo por excelência de diálogo institucional, em cujo bojo será possível aos legitimados ativos formularem pretensões vocacionadas a melhorar o sistema de saúde, criando-se, desta forma, mais um canal oficial de comunicação com a Administração. É bom ressaltar o importante papel a ser desempenhado pelo juiz, não concebido como uma figura oracular, dotado de tempo ilimitado, conhecimento infinito e responsável maior por implementar o projeto de efetivação da constituição não cumprido pelos ramos representativos. Neste processo coletivo dialógico o juiz surge mais como um árbitro, como um indutor, que busca conduzir o processo para uma solução negociada, na qual não haja perdedores nem vencedores, mas da qual surjam melhores alternativas para a proteção de direitos.

Destarte, ao observarmos o disposto por Souza (2013), fica destacado que as ações coletivas são um mecanismo fecundo para a aplicação dos diálogos institucionais e devem ser incentivadas para a solução de problemas de saúde de forma mais homogênea, tendo em vista que essas ações são, em regra, de efeito *ultra partes* ou *erga omnes*.

Dessa feita, o teórico propõe que essas ações coletivas sendo processadas por um controle judicial mais fraco, que não queira fazer prevalecer a sua vontade, mas sim busque construir a solução para as demandas por meio de diálogos entre as partes, deverá, ao, em um mais amplo espaço de tempo, produzir ótimos resultados na proteção do direito à saúde.

No entanto, mesmo considerando que as demandas coletivas são as mais adequadas para a proteção do direito à saúde pela via judicial, esta pesquisa não se propõe a se deter acerca dessas demandas, pois objetivamos trabalhar a efetivação do direito à saúde por meio de demandas individuais para concessão de medicamentos, a partir da utilização da teoria dos diálogos institucionais no interior desses processos.

Dessa forma, a abordagem aqui deve partir das contribuições que a teoria dos diálogos institucionais pode promover nas ações individuais de concessão de medicamentos pelo SUS, em especial, ao trabalho que vem sendo desenvolvido no

Tribunal de Justiça do Ceará, a partir da criação do NAT-JUS, que será melhor exposto no capítulo 4.

Essa preocupação com as demandas individuais deriva, primeiramente, do crescente número de ações dessa natureza propostas, bem como devido à necessidade de também darmos atenção a essas demandas, pois, mesmo que haja um crescente número das demandas coletivas, as individuais nunca deixaram de existir, dada as peculiaridades de cada caso em determinadas doenças.

Nesse contexto, vale citar as palavras de Sarlet (2013, p. 3250):

Embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas (v.g., controle prévio do orçamento) e ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde. Impedir o acesso à justiça a quem foi excluído, pelo Estado ou por particulares (saco comum das restrições à cobertura dos planos de saúde), das prestações de saúde certamente também não é a melhor forma de realizar as exigências da igualdade substancial.

É nesse pensamento que aqui iremos tratar as demandas individuais na perspectiva dos diálogos institucionais, a fim de garantir o acesso à saúde de forma que as partes do litígio possam encontrar soluções eficientes não só para quem demanda o Estado para obter um medicamento, mas também para a administração pública, no intuito de que esta tenha como manter as suas políticas públicas em meio a uma atuação judicial que não seja vista como a única e última palavra que deve prevalecer no processo.

Dessa forma, o Judiciário, por mais que seja o poder responsável por reger o procedimento judicial, deve ter parâmetros a seguir para concessão de demandas de saúde em geral, tendo em vista que as políticas públicas criadas para o regular funcionamento do SUS, o orçamento e até mesmo as normas de direção de saúde, devem ser respeitada pelo Judiciário para que suas decisões não interfiram no funcionamento do sistema de saúde de forma drástica.

Essa intervenção mais consciente do Judiciário, pensando não apenas no caso concreto, mas no todo e respeitando a repartição de poderes é de extrema necessidade, pois, a partir do momento que o Judiciário tem conhecimento das políticas públicas existentes, dos procedimentos internos de concessão de serviços de saúde e medicamentos, do orçamento dos entes, ele pode construir uma decisão mais sólida.

Além disso, se as demandas de saúde forem revestidas de um diálogo entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais da saúde, com certeza, mesmo sendo demandas

individuais, o direito à saúde garantido pela Constituição para todos estará mais bem resguardado.

Dessa feita, cabe aqui tratar a possibilidade de os diálogos institucionais serem um instrumento da boa judicialização, a partir do momento que haverá uma troca de experiências entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais de saúde que podem estabelecer parâmetros formais que guiem a atividade decisória do julgador.

De acordo com Souza (2013, p. 382), esses parâmetros auxiliariam o Judiciário em suas decisões, pois este teria requisitos claros a serem seguidos, assim, não precisando fundar suas decisões em uma “complexa ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível” (SOUZA, 2013, p.382), não que esses dois conceitos sejam irrelevantes na atuação judicial, mas são de difícil conceituação e definição, assim, podendo ser utilizado tanto no deferimento como no indeferimento do pedido da ação.

Dessa maneira, quando os parâmetros são mais precisos, os julgadores não só terão mais facilidade de fundamentar sua decisão, como também haverá mais uniformidade entre os julgados de magistrados diversos, pois, mesmo sabendo que o direito não é uma ciência exata, bem como que cada caso de saúde tem sua peculiaridade, se há parâmetros mais claros, a aplicabilidade do direito à saúde se torna mais lúcida para todos.

Como sugestão de parâmetros, Souza (2013, p. 383) trouxe, ilustrativamente, sete parâmetros que podem ser utilizados para julgar as demandas de saúde, são eles:

i) é preciso atentar para as políticas já formuladas pelo SUS, de modo a dar preferência aos tratamentos constantes nos protocolos clínicos e aos medicamentos constantes das listas de dispensação oficiais; ii) é necessária a existência de registro da prestação de saúde na ANVISA; iii) não é possível de tutelar preferências de marcas ou nomes comerciais das prestações sanitárias; iv) deve ser dada preferência a medicamentos genéricos; v) a lentidão da administração para atualizar suas listas de medicamentos e seus protocolos pode justificar concessão das prestações pleiteadas nelas não constantes; vi) não pode o Judiciário determinar o fornecimento pelo Estado de medicamentos experimentais sem eficácia comprovada; vii) não pode o Judiciário determinar que o Estado forneça qualquer prestação de saúde prescrita por profissional não integrante do SUS.

É interessante como esses parâmetros ilustrativos de Souza deixam evidente a importância de o Judiciário respeitar as políticas públicas, os procedimentos previstos em lei para regular a saúde no Brasil, bem como a separação de poderes. Esse respeito é imprescindível para que se efetive a nossa democracia, pois, mesmo que direito à saúde

seja um direito de todos e um dever do Estado, este não pode dá a todos o atendimento de saúde que um indivíduo em particular creia ser o mais adequado.

Outro ponto citado por Souza como uma forma de contribuição da teoria dos diálogos institucionais nas demandas de saúde é a cooperação entre os agentes envolvidos na decisão, ação que potencializaria uma melhor resposta no campo sanitário. Nesse ponto, o autor cita, como exemplo, a Audiência Pública nº 4, convocada pelo STF, como uma tentativa de aproximação entre “agentes de especialidades diversas responsáveis por emitirem decisões no âmbito do sistema brasileiro de saúde” (SOUZA, 2013, p. 383).

Dessa forma, o autor destaca como um diálogo entre o Judiciário, o Executivo e profissionais da saúde podem contribuir de forma tão positiva para a efetivação do direito à saúde. Além disso, também destaca outras duas experiências inovadoras, são elas:

i) desenvolvimento de esforços conjuntos entre a Defensoria Pública e Secretaria de Saúde Estadual para resolução extrajudicial de demandas sanitárias individuais; ii) e a criação de Núcleos de Assessoria Técnica, formado por especialistas da área da saúde, incumbidos da tarefa de emitirem parecer sobre a situação médica debatida nos autos e facilitar a análise dos pedidos pelos juízes, aumentando a informação técnica dos julgadores no momento decisório. (SOUZA, 2013, p. 383)

É exatamente sobre uma dessas experiências inovadoras apontadas pelo estudioso acima que este trabalho objetiva ser construído. Estamos nos referindo à criação e o funcionamento do Núcleo de Assessoria Técnica instituído no Estado do Ceará, em uma parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, o Estado do Ceará, o Município de Fortaleza e o Hospital Universitário Walter Cantídio.

## **4. A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS DENTRO DO NAT-JUS CE**

### **4.1. A RECOMENDAÇÃO Nº 31 DO CNJ DE 30 DE MARÇO DE 2010**

Após Audiência Pública nº 4 realizada pelo Supremo Tribunal Federal, em que foram ouvidos mais de 50 especialistas de diversas áreas, como advogados, defensores públicos, promotores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação nº 31 do CNJ de 30 de março de 2010.

Essa recomendação foi expedida diante de um contexto fático novo que veio se instaurando no Brasil a partir da década de 90 do século passado, como aqui já exposto, a crescente judicialização do direito à saúde.

Assim, como essas demandas que têm um custo não só para a movimentação da máquina judiciária para o Estado, mais também para a cumprir as determinações dos juízes, o CNJ viu a necessidade de preparar melhor o Judiciário para que ele pudesse agir não apenas olhando para a necessidade de garantia de saúde daquele que vai ao Judiciário, mas também pudesse entender as políticas públicas fornecidas pelo SUS para as diversas patologias.

Esse preparo se torna importante diante da ausência de recursos para conceder tratamentos que podem até ser eficientes para a doença do que está em juízo, mas ao mesmo tempo pode inviabilizar outras políticas públicas que alcançam uma gama imensa de usuários do SUS, assim, é preciso entender que o SUS não tem condições de dá a todos o tratamento que se acha mais conveniente.

Por isso, a importância de entender as políticas públicas existentes que, por vezes, têm tratamentos eficientes, pois são assim reconhecidos por profissionais da saúde que se dedicaram a estudar o tema, mais baratos, possibilitando o acesso a esse tratamento de forma igualitária a todos, ou até mesmo um tratamento caro, mas que comprovadamente é mais eficiente e o sistema oferece a todos, não podendo o SUS conceder tratamentos caríssimos e, muitas vezes, experimentais ainda.

Dessa forma, o CNJ viu a necessidade de um diálogo do Judiciário com outros poderes, mormente o Executivo, para que se possa compreender as políticas públicas de

saúde que existem, os tratamentos disponibilizados, assim, podendo contar com auxílio de profissionais da saúde que trabalham junto ao Executivo para fornecer informações para que a tomada de decisão judicial não seja um fardo insuportável pela Administração Pública.

Nesse contexto, vale ressaltar aqui parte da Recomendação nº 31 do CNJ que dispõe acerca da necessidade de o Judiciário ouvir o Executivo no momento de sua tomada de decisão, tendo em vista que o Executivo teria feito “reiteradas reivindicações (...) para que sejam ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial, as políticas públicas existentes e a organização do sistema público de saúde” (BRASIL, 2010).

Outro ponto da Recomendação que merece destaque é o que trata acerca dos medicamentos, o CNJ deixou claro que os medicamentos e os tratamentos utilizados no Brasil têm de ter autorização prévia da Anvisa, assim, devendo serem desconsiderados medicamentos ou tratamentos experimentais, com resultados não comprovados ou até que possam ser prejudiciais à saúde.

Dessa feita, o CNJ, ao chamar atenção dos magistrados para isso, deixa claro que não se pode conceder indiscriminadamente qualquer medicamento que o indivíduo diga ter eficácia em seu tratamento, nem mesmo que o médico do paciente relate ser seguro e o mais adequado, devendo o Judiciário considerar a lei existente e somente conceder medicamentos que têm prévia aprovação da Anvisa.

Assim, considerando os pontos acima expostos, dentre outros, o CNJ recomendou ao Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais 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 ingresso 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; (BRASIL, 2010)

Ao ler as recomendações do CNJ acima transcritas, alguns pontos merecem ser destacados, o primeiro deles é a celebração de convênios para obter apoio técnico aos magistrados, a fim de auxiliar em suas decisões. Essa compreensão do CNJ de que os magistrados não têm a expertise na saúde é de extrema importância para que as decisões proferidas sejam mais sustentáveis e igualitárias.

Isso ocorre porque no momento em que o juiz ouve profissionais da saúde, como médicos e farmacêuticos, a formação do seu juízo de valor deixa de ser apenas a do

paciente que está em juízo e do médico do paciente que deu um laudo prescrevendo, por exemplo, um fármaco de um laboratório que aquele médico confia, assim, o magistrado tem acesso a uma outra visão também técnica do melhor tratamento.

Assim, o juiz pode ir conseguir compreender melhor a real necessidade do requerente, podendo garantir o direito à saúde sem trazer tantos prejuízos para o Estado, tendo em vista que, diante da opinião técnica de uma equipe imparcial no processo, será mais coerente construir um juízo de valor no caso concreto.

Nesse mesmo raciocínio continua a Recomendação nº 31 do CNJ ao dispor que sempre que possível o magistrado deve instruir a ação com relatórios médicos, descrição da doença, dispor o pedido de medicamento se utilizando da denominação genérica ou do seu princípio ativo, medidas importantes para a construção fundamentação da decisão, bem como um forma de cautela para que aquele caso não seja usado como parâmetro para concessão do mesmo pedido, mas em situações clínicas distintas que, por vezes, não necessitariam do mesmo tratamento.

Mais uma vez, na Recomendação nº 31, o CNJ enfatiza que deve ser evitado o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa, ou fase experimental, salvo os casos em que a lei permita a concessão, assim, dando maior segurança para os pacientes, tendo em vista que a Anvisa foi criada exatamente para controlar os medicamentos e os tratamentos utilizados no Brasil.

Outro aspecto que merece destaque é a recomendação de que, sempre que possível, os gestores sejam ouvidos antes da concessão de uma medida de urgência, preferencialmente, pela via eletrônica, pois seria mais rápido. É importante essa comunicação, pois a parte pode não ter tido acesso ao seu pedido junto ao SUS por ter buscado seu pleito em via diversa daquela que atende esse tipo de demanda.

Dessa forma, é importante esse contato com os gestores tanto municipais, estaduais, como federais para que o magistrado tenha conhecimento do problema que está impossibilitando o acesso ao direito à saúde daquele cidadão que está em juízo, pois, às vezes, ele foi ao Judiciário sem mesmo ter tentado a via administrativa.

Além disso, cabe destacar também a necessidade de não só conceder a demanda, mas que o magistrado tenha conhecimento se aquele problema de saúde é

regulado por um programa específico do governo, assim, determinando que a parte seja inscrita como beneficiária daquele programa, permitindo maior igualdade entre os usuários do SUS.

Por último, cabe aqui evidenciar o ponto em que o CNJ recomenda a inserção da disciplina de direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo para os concursos de ingresso na magistratura, como relatamos no primeiro capítulo deste trabalho, infelizmente, em sua maioria, os magistrados não têm conhecimento suficiente do direito sanitário, o que atrapalha a sua atuação em demandas de saúde.

Assim, para amenizar essa situação, a recomendação do CNJ de que a matéria de direito sanitário esteja presente na formação dos magistrados nos cursos ofertados pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, é uma conquista para a garantia do direito à saúde, pois permite que os magistrados possam ter uma capacitação nessa área ainda recente para o Direito.

Ante o exposto, a Recomendação nº 31 do CNJ foi um avanço para a concessão do direito à saúde quando buscado pela via judicial, pois trouxe parâmetros para que os tribunais pudessem ver essas demandas com suas particularidades, respeitando a separação entre os poderes, bem como buscando mecanismo para que o deferimento de pedidos não seja um fardo insustentável para a Administração Pública.

Dessa maneira, a proposta do CNJ de observar não só o pedido que se encontra em juízo, mas tentar ouvir os gestores e compreender como as políticas públicas de saúde funcionam revela um diálogo entre poderes, assim, dando maior segurança tanto para o juiz conceder um pedido, como viabilizando a concretização desse pedido pelo Estado.

A fim de concretizar uma cooperação técnica entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais da saúde, o CNJ publicou a Resolução nº 238 de 06 de setembro de 2016, em que orienta a criação de Comitês Estaduais de Saúde que deveram ter, entre suas atribuições, auxiliar os Tribunais na Criação dos “Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres

acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro” (BRASIL, 2016).

Destarte, diante da criação desses Comitês, os tribunais passaram a firmar termos de cooperação técnicas com o Estado, o Município, as suas respectivas secretarias de saúde, e os Hospitais públicos para instituir os NAT-JUS, a fim de garantir o fornecimento de pareceres quanto à concessão de medicamentos e outros serviços de saúde nas ações judiciais dessa área.

Aqui no Ceará, esse termo de cooperação que cria o NAT-JUS CE foi firmado recentemente, por meio do Termo de Cooperação Técnica 07/2016, e já forneceu grande ajuda nas demandas de saúde que buscam a concessão de medicamentos e tem o objetivo de ser expandido.

#### 4.2. A CRIAÇÃO DO NAT-JUS NO CEARÁ E A TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS

O NAT-JUS tem como objetivo a elaboração de pareceres técnicos a partir da medicina baseada em evidências, podendo ser utilizados como prova pericial nas demandas de saúde. Por isso, o trabalho desse núcleo de apoio de saúde pode ser um instrumento na fundamentação das decisões judiciais.

O Termo de Cooperação Técnica 07/2016, que cria o NAT-JUS no Ceará, tem como partes Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Estado do Ceará por meio da Secretaria de Saúde do Estado, o Município de Fortaleza também por meio da sua Secretaria de Saúde, e o Hospital Universitário Walter Cantídio.

O referido Termo tem como objeto a cooperação mútua na elaboração de documentos técnicos e especializados na área da saúde, a fim de auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor ao apreciarem questões clínicas em ações judiciais.

Ainda de acordo com o Termo de Cooperação, os documentos técnicos que serão feitos sob formato de parecer ou notas técnicas deveram ter a análise do caso

concreto apresentado em juízo, o mapeamento bibliográfico específico para o caso da demanda, elaborado por profissional qualificado, e a informação sobre a possibilidade de substituição do medicamento ou procedimento médico objeto da ação por outro fornecido pelo SUS, em caso negativo, a justificativa para não se utilizar um protocolo do SUS.

O terceiro ponto que deve constar no documento chama atenção porque prioriza a aplicação das políticas públicas do SUS, assim, havendo um respeito a essas políticas como deve ocorrer, tendo em vista que a promoção da saúde não pode ser concretizada plenamente pela via judicial, devendo essa via ser vista como um instrumento a ser utilizado quando há uma falha no sistema, não como um meio permanente de obter o direito à saúde.

Nessa perspectiva, vale citar o pensamento de Daniel Sarmento (SARMENTO, 2010, p.191) que defende esse posicionamento de que não é por meio das tarefas jurídicas que se pode realmente disseminar o direito à saúde hodiernamente, já que esse direito, constitucionalmente, deve ser alcançado por meio de políticas públicas que realizam um estudo mais alongado acerca do todo, não uma demanda judicial que em geral só atinge uma pessoa ou uma parcela da população.

Assim, o fato de o Termo de Cooperação nº 07/2016 priorizar que tanto os especialistas da saúde como os magistrados devem procurar conceder tratamentos ou medicamentos que são parte do SUS, garante uma maior segurança para todos, pois isso protege o SUS, respeita suas políticas públicas.

Dessa feita, ao ser indicado tratamento diverso ao previsto pelo SUS, a fundamentação desse parecer deve ser bem instruída para que se compreenda porque o SUS não tem previsão daquele tratamento, o que pode ocorrer, tendo em vista a gama de doenças que podem assolar uma sociedade, muitas delas raras.

Dessa maneira, ao serem utilizados esses pareceres ou notas técnicas para fundamentar as decisões judiciais, observa-se diante de um caso concreto de como o diálogo entre os poderes pode cooperar não só para a promoção do direito à saúde, mas também para o fortalecimento do SUS.

A partir do momento em que o Judiciário tem a possibilidade de acessar documentos técnicos dos casos que está julgando, elaborados por profissionais que

conhecem o SUS e participam do Executivo, há uma troca não só de conhecimentos e experiências, mas de novas possibilidades que podem auxiliar na contínua formação do SUS.

Dessa forma, o Judiciário se mostra como o conhecedor que é do ordenamento jurídico, mas não conhecedor de todas as ciências, assim, sendo necessário um diálogo com outras autoridades que detenham o conhecimento médico, político, orçamentário e econômico necessários para a efetivação do direito à saúde.

Destarte, para ter acesso aos documentos técnicos, os magistrados devem solicitar via e-mail os pareceres ou notas técnicas ao corpo técnico do NAT-JUS, anexando documentos que instruem o processo, como exames, prescrição e laudo médicos, de acordo com o pedido da ação, além disso, sempre que possível, mandar senha de acesso ao processo para eventual pesquisa que a comissão técnica deseje realizar.

Outro ponto importante ressaltado para os magistrados que solicitam os documentos técnicos é especificar as questões que devem ser dirimidas pelo corpo técnico, assim, enfatizando a resposta buscada pelo magistrado, a fim de racionalizar os trabalhos dos profissionais que compõem o núcleo técnico.

As respostas, de acordo com o Termo de Cooperação Técnica, devem ser fornecidas aos magistrados após 5 (cinco) dias úteis, a fim de não atrapalhar a marcha processual, principalmente, porque grande parte das ações de saúde têm pedidos de tutela provisória.

Diante do exposto, os diálogos que ocorrem entre o Judiciário, o Executivo e profissionais técnico da área da saúde têm contribuído para que se possa proferir decisões judiciais que considerem também os aspectos técnicos da demanda, pois, mesmo os magistrados não tendo conhecimento médico, estão sendo assessorados em suas decisões.

#### 4.3. ENTREVISTA JUNTO À SECRETARIA EXECUTIVA DO COMITÊ EXECUTIVO DA SAÚDE NO CEARÁ

No site do Tribunal do Estado do Ceará há uma página dedicada ao NAT-JUS CE (<https://www.tjce.jus.br/saude/nat-jusce/>), lá se encontram diversas informações

acerca desse núcleo de apoio aos magistrados nas demandas de saúde. Além disso, os pareceres e as notas técnicas elaboradas também ficam à disposição para consultas.

A fim de compreender melhor o funcionamento do NAT-JUS, mesmo o Termo de Cooperação Técnica nº 07/2016 sendo bem construído e esclarecendo as atividades do NAT-JUS, foi importante buscar informações junto à Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará, responsável pela administração do NAT-JUS, a fim de realizar algumas perguntas acerca do funcionamento e dos ganhos que o programa trouxe para o acesso ao direito à saúde no Estado do Ceará.

O primeiro ponto que questionado foi acerca da abrangência do NAT-JUS, tendo em vista que o disposto no site do Tribunal de Justiça do Ceará indica que somente os magistrados de Fortaleza e os desembargadores do Tribunal de Justiça do Ceará podiam solicitar pareceres ou notas técnicas. Em resposta, essa informação foi confirmada, pois, segundo a Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará, o NAT-JUS não pode ser expandido para o interior devido à ausência de profissionais da saúde para atenderem uma maior demanda, assim, para que isso se concretize, é necessário firmar outros convênios ou expandir o NAT-JUS CE.

Também foi indagado acerca da utilização dos pareceres e das notas técnicas pelos juízes do interior, tendo em vista que esses documentos ficam disponibilizados no site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pois, apesar de o não ser possível que esses magistrados solicitem um parecer ou nota técnica ao NAT-JUS CE, os que foram elaboradas, caso se enquadrem nos casos concretos de outras demandas, podem sim ser um instrumento de construção da fundamentação das decisões.

Dessa forma, embora ainda o NAT-JUS CE seja restrito, a disseminação de sua existência e a capacitação dos magistrados para compreenderem melhor as demandas de saúde, são pontos que devem ser discutidos e expostos para os que atuam no interior, assim, dando mais subsídios para que esses juízes possam julgar suas demandas de saúde.

Nesse contexto, ao indagar se a Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará tinha conhecimento de que os juízes do interior estariam usando os pareceres, a resposta foi vaga, apenas afirmando que o NAT-JUS não engloba ainda o

interior, mas que os pareceres e as notas técnicas estão disponíveis no site do TJ-CE, podendo ser utilizados caso o magistrado tenha interesse.

Assim, é importante que os magistrados do interior sejam informados acerca da existência do NAT-JUS, pois, embora ainda não possam ser beneficiados com o núcleo, pelo menos podem utilizar os pareceres e as notas técnicas para auxiliá-los em suas demandas de saúde.

Embora ainda recente, o NAT-JUS elaborou, segundo a Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará, até o dia 25 de maio de 2018, 113 notas técnicas e 2 respostas rápidas. Além disso, até a data citada, haviam pendentes cerca de 122 notas técnicas que foram solicitadas pelos magistrados.

Diante desses números, vale ressaltar que, embora o Termo de Cooperação Técnica tenha sido firmado em 2016, a Portaria nº 1536/2017, que disciplinou o funcionamento do NAT-JUS no Tribunal de Justiça do Ceará, só foi publicada em 8 de setembro de 2017, assim, em menos de um ano de funcionamento do núcleo, já foram mais de cem documentos técnicos.

Ademais, vale ressaltar que o NAT-JUS não atende somente a requisições acerca de medicamentos, mas também de outras demandas que envolvem assistência à saúde no âmbito do SUS, no intuito de assistir aos magistrados nessas demandas que exigem sim um diálogo com o Executivo, principalmente, por meio de pessoas que tenham conhecimento da ciência médica, farmacêutica, dentre outras áreas da saúde.

Além das informações já aqui tratadas, também foi indagado à Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará se existem reuniões periódicas entre os membros que compõem o NAT-JUS e a sua coordenação a fim de aperfeiçoar as atividades do núcleo, a resposta foi positiva, pois ainda é um núcleo recente que precisa de encaixes, embora esteja funcionando bem.

Ademais, também foi relatado acerca das negociações que estão previstas para o segundo semestre deste ano, a fim de expandir o trabalho do NAT-JUS CE, pois é algo que precisa ser feito, para garantir que mais magistrados tenham acesso ao serviço prestado por esse núcleo.

Nessa perspectiva, é importante ressaltar o trabalho que o NAT-JUS CE tem realizado para a construção de soluções mais conciliatórias nas demandas de saúde, em que não apenas o Judiciário impõe um dever a ser cumprido, mas que busca construir uma decisão a partir de um diálogo com pessoas que podem dar auxílio técnico em saúde, orçamentário e entendem de gestão de orçamento, por estarem vinculados ao Executivo, deve ser visto como uma conquista para a sociedade.

Assim, essa atuação coordenada entre os poderes, em que eles trabalham lado a lado, fazem com o SUS seja pensado de uma outra forma, bem mais sustentável, como assegura Mariano *et al*:

pensar o Sistema Único de Saúde (SUS) sob uma perspectiva de diálogo entre agentes da promoção da Justiça e agentes de promoção da saúde (gestores públicos, sobretudo do Poder Executivo, e profissionais da área de saúde), incluindo na participação do diálogo a sociedade civil, faz com que o SUS dê certo, uma vez que as soluções alcançadas nesse modelo de construção nos permitem concluir que a forma como o sistema foi idealizado é viável, diante do seu fortalecimento para esta e para as futuras gerações de usuários do sistema (MARIANO *et al*, 2018, p. 185).

Dessa maneira, as sentenças judiciais irão revelar uma maior consciência de que seus efeitos podem atingir o sistema público de saúde como um todo, já que o Estado não tem uma fonte inesgotável de recursos que podem ser distribuídos de maneira mais equitativa por meio de decisões judiciais, mas o Estado deve pensar o todo e, diante da sua finitude de recursos, administrá-los da melhor maneira possível.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes conquistas para o direito à saúde, principalmente, a garantia desse direito pela via da cidadania, assim, não sendo mais necessário uma contribuição prévia para que o cidadão tenha direito ao atendimento de saúde no território brasileiro. Destarte, esse direito consolidado como um direito fundamental social impulsionou a judicialização de demandas de saúde, a fim de que os que tiveram esse direito violado fossem até o Judiciário em busca de medicamentos, tratamentos, dentre outros pleitos de saúde.

Com a previsão legal desse direito não só pela via constitucional, mas pela gama de leis que organizaram e sistematizaram o direito à saúde, a saúde passou a ser um bem exigível do Estado, assim, foram criadas diversas políticas públicas para a concretização desse direito. Dentre as políticas públicas, aqui foi ressaltado o RENAME, política que visa a regular a compra de fármacos, traçar diretrizes para aquisição e distribuição desses medicamentos, assim, garantindo que o SUS tenha medicamentos seguros, eficazes e de qualidade para atender as necessidades sociais.

No entanto, nem sempre a existência de previsão legal ou de uma política pública garante que o direito à saúde seja alcançado, assim, a judicialização é a via que muitos encontram para buscar a concretização desse direito. Como esse não é o meio usual para se garantir o direito à saúde, que deveria ter se concretizados por meio das políticas públicas, essa ida ao Judiciário pode acarretar problemas para o SUS.

Entretanto, mesmo não sendo o Judiciário o poder mais adequado para a concretização do direito à saúde, as demandas de saúde existem e continuaram a serem requeridas, por isso, é necessário que se busque mecanismo para que essa judicialização não seja danosa para o SUS, no intuito de que ela não prejudique o funcionamento do sistema como um todo quando interfere de forma desregrada em seu orçamento, por exemplo, ou quando determina a realização de uma cirurgia de forma imediata, fazendo com que o paciente seja operando bem antes de muitos que estão em uma fila de espera, às vezes, por anos.

É nesse contexto que surge a experiência de aplicação da teoria dos diálogos institucionais dentro das demandas individuais, assim, buscando um diálogo entre o Judiciário, o Executivo e os profissionais de saúde para que o Judiciário possa proferir decisões mais coerentes e que não prejudiquem o SUS, mas sim contribuam para o fortalecimento desse sistema.

Nessa perspectiva, a experiência do NAT-JUS, principalmente, em demandas de medicamentos, vem se mostrando um instrumento de auxílio dos magistrados em suas decisões, mesmo ainda o núcleo sendo restrito aos processos que tramitam em Fortaleza e tendo pouco tempo de implementação, as conquistas já se mostram significativas, dada quantidade de notas técnicas e pareceres já emitidos.

Assim, quando o Judiciário, antes de proferir sua sentença, tem a oportunidade de dialogar com o Executivo e entender como o sistema de saúde funciona, se há política pública voltada para aquele objeto do pleito, o Judiciário poderá atuar de forma mais eficiente e sem intervir tão agressivamente no SUS, pois procurará decidir sabendo das possibilidades do sistema, além de conseguir até mesmo auxiliar para que o SUS se fortaleça.

Dessa feita, o Judiciário acaba atuando como um colaborador do sistema, pois, junto ao Executivo, pode contribuir para o planejamento das políticas públicas, não só simplesmente impor condutas que julga mais certas, desconsiderando os programas e projetos já existentes em matéria de saúde que foram elaborados por profissionais que compreender não são o SUS, mas também têm conhecimento de fatores econômicos, sociais e políticos.

Dessa maneira, a experiência do NAT-JUS possibilita que os magistrados possam tomar suas decisões, principalmente, em caráter liminar, tendo a oportunidade de consultar, sem demoras, tendo em vista o prazo de cinco dias úteis, os profissionais de saúde que estão vinculados ao SUS, para que deem um parecer sobre o caso, embasado em conhecimentos científicos da causa que o magistrado não detém.

Assim, a decisão proferida terá uma experiência não só instrumental do processo, mas sim uma experiência dialogal que auxilia e fortalece o SUS, também contribuindo para que o Judiciário, em um processo mais deliberativo, com a participação

de outros atores, tenha mais legitimidade em suas decisões judiciais. Além disso, essa postura dialogal, em que há a possibilidade de haver uma maior comunicação dentro do processo, fortalece sistema democrático de direito.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

AVILA, Ana Paula Oliveira; MELO, Karen Cristina Correa de. Separação de poderes e diálogos institucionais nos litígios envolvendo o direito à saúde. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 83-108, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54934.

AZARA, Aline Stela Xavier; RIBEIRO, Graciela Renata; PALHARES, Paulo Henrique Franco. A Política Nacional de Medicamentos Genéricos. **Revista Direito Mackenzie**. São Paulo: Editora Mackenzie. Volume 6, 2012, ISSN 1517-6851 (impresso) e ISSN 2317-2622 (on-line). Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/viewFile/6637/4606>.

BRASIL. **Lei Federal 9.782/99**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30/03/2010**. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf). Acesso em: 22 de maio de 2018.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 238 de 06/09/2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 22 de maio de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei Federal 8.080/90, Lei Orgânica Nacional da Saúde**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. **Lei Federal 8.142/90**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O Remédio via Justiça**: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde,

Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2006. P. 186. Disponível em: <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic\\_justica01.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/medic_justica01.pdf)>. Acesso em 18 de setembro de 2016. p. 18.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas: a responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HÜBNER, Conrado Mendes. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo, 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

LIMA, George Marmelstein. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. **Revista de Informação Legislativa**, v. 54, n. 216, p. 105-130, 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril\\_v54\\_n216\\_p105](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105)>.

MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emanuel Teófilo; ALBUQUERQUE, Felipe Braga; PEREIRA Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva. Diálogos Sanitários Interinstitucionais e a experiência de implantação do NAT-JUS. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 169-188, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.56027.

PEREIRA, Fabrícia Helena Linhares Coelho da Silva Pereira. *Políticas Públicas de Saúde Construídas no Diálogo entre Político e Jurídico*. **Temas de Direito Político: políticas públicas em debate**. Fortaleza: Kindle Direct Publishing, 2017.

RESENDE, Fabricio Contato Lopes. **O papel do Poder Judiciário no controle da implementação de políticas públicas no Brasil: a política assistencial do artigo 20 da Lei nº 8.742/93**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Saúde & Judiciário: a atuação judicial – limites, excessos e remédios**. Curitiba: Juruá, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil. **Revista Gestão e Controle**, 2013, nº 4, p. 3183-3255. Disponível em: [https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/04/2013\\_04\\_03183\\_03255.pdf](https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/04/2013_04_03183_03255.pdf).

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo Inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lume Juris, 2010.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Diálogo institucional e direito à saúde**. Salvador: JusPodvim; 2013.

TUSHNET, Mark. Alternative Forms of Judicial Review. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 101, n. 8, aug. 2003.

## **ANEXO**

## **Resposta de perguntas encaminhadas pela Secretaria Executiva do Comitê Executivo de Saúde do Ceará acerca do NAT-JUS**

### **1) Quantos atendimentos já foram solicitados?**

Até o momento foram elaborados 113 dentre notas técnicas e 02 respostas rápidas, totalizando 115.

Já o número de solicitações, com respostas pendentes, é o total de 122 notas técnicas.

São disponibilizadas no link <https://www.tjce.jus.br/nota-tecnica/>

### **2) Quantas "respostas técnicas rápidas" e "notas técnicas" foram produzidas até agora?**

Resposta Rápida: 02

Notas Técnicas: 113

### **3) Em quanto tempo, em média, as demandas são respondidas?**

O prazo de resposta do NAT-JUS/CE é de 05 (cinco) dias úteis, conforme a cláusula 4.1. do TCT nº 07/2016, iniciando-se no primeiro dia útil subsequente a solicitação.

### **4) Os magistrados do interior estão inclusos no atendimento pelo NAT? Em caso negativo, há uma previsão para que isso ocorra?**

O NATJUS atende somente os magistrados e desembargadores que atuam em demandas que envolvem assistência à saúde no âmbito do SUS na comarca de Fortaleza.

Há interesse de ampliação do NAT-JUS a Justiça Estadual em sua integralidade e a Justiça Federal, entretanto, o núcleo não conta com número suficiente de profissionais para atender à demanda de todo o judiciário, isso depende da cessão de mais médicos dos entes integrantes do termo de cooperação técnica.

Mas é importante mencionar que o próximo objetivo é a ampliação, pelo menos, para o interior do Estado.

### **5) O NAT foi divulgado para os juízes que atuam no interior?**

Conforme respondido no item 04, o NATJUS não atende aos juízes do interior, mas a criação do referido núcleo foi divulgada em todo o Ceará, inclusive, o Termo de Cooperação Técnica fica disponível no portal do TJCE, no link <https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/12/Termo->

**6) Há dados se os juízes do interior estão usando as “respostas técnicas rápidas” e as “notas técnicas” produzidas e disponibilizadas pelo NAT?**

Esse tipo de dado é difícil de informar, uma vez que os processos do interior ainda são físicos. Mas é importante mencionar que as notas técnicas ficam disponíveis no portal do TJCE para fins de consulta pública, conforme link citado no item 01.

**7) Os atendimentos do NAT são apenas para medicamentos ou outras demandas de saúde são atendidas?**

O NAT-JUS atende a todas as demandas que envolvem assistência à saúde no âmbito do SUS.

**8) Existe uma estimativa orçamentária do valor que foi economizado com as informações que o NAT repassou aos magistrados?**

O levantamento é realizado a cada decisão proferida pelos magistrados, mas atualmente não é possível divulgar esses dados, uma vez que muitos dos processos em que o NATJUS foi acionado o magistrado ainda não decidiu.

**9) Há reuniões entre as partes que firmaram o Termo de Cooperação Técnica nº 6, a fim de discutir melhorias para o programa, bem como a expansão dele?**

Existem reuniões periódicas entre os membros que compõem o NATJUS e a coordenação para o aperfeiçoamento do núcleo.

As negociações relacionadas à expansão do núcleo ainda terão início no segundo semestre deste ano.