



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE: DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS ESCOLHAS DA CONITEC

Clarissa Maria Freire Machado

Rio de Janeiro  
2018

CLARISSA MARIA FREIRE MACHADO

DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
SAÚDE: DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS ESCOLHAS DA CONITEC

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2018

## DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA NO ÂMBITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: DEFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ÀS ESCOLHAS DA CONITEC

Clarissa Maria Freire Machado

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Residente na Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

**Resumo** – A saúde pública no Brasil apresenta problemas estruturais, que vêm sendo agravados pelo cenário de escassez de recursos gerado pela crise financeira. Diante disso, a observância da divisão administrativa de competência no que tange ao fornecimento de tratamentos de saúde apresenta-se como critério que pode ser útil na garantia da isonomia entre os indivíduos. Além disso, tendo em vista a existência de órgãos técnicos da Administração que tratam da incorporação de medicamentos ao Sistema Único de Saúde, tem-se como relevante a discussão acerca da deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas. Tudo isso no intuito de analisar de que formas a prestação da saúde pública pode se tornar mais eficiente para a população em geral.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Ativismo judicial. Políticas públicas de saúde. O papel da Conitec. Separação dos poderes.

**Sumário** – Introdução. 1. Do alcance da solidariedade no âmbito da saúde. 2. Da relevância das escolhas técnicas adotadas pelos órgãos competentes. 3. Da atuação do juiz no caso concreto e das consequências práticas. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, tendo em vista, especialmente, o papel da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (Conitec). Objetiva-se demonstrar a importância da deferência do Poder Judiciário às escolhas administrativas.

Para que se possa entender melhor a questão, deve-se trabalhar com a noção de discricionariedade técnica. Dessa forma, abordam-se conceitos trazidos pela doutrina, de modo a possibilitar um enfoque técnico da questão.

A noção de solidariedade entre os entes administrativos no âmbito da saúde, cujo fundamento é extraído da própria Constituição, é amplamente aceita pelos Tribunais Superiores. Como consequência, inúmeras são as decisões judiciais que concedem tutela provisória e/ou julgam procedentes os pedidos de fornecimento de medicamentos, pautadas primordialmente na obrigação solidária entre os entes.

Assim, é possível notar que as decisões judiciais vêm desprestigiando as escolhas técnicas adotadas no âmbito das políticas públicas da saúde. Todavia, já que existem órgãos especializados, como é o caso da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec, faz-se necessário que o Poder Judiciário observe as escolhas adotadas.

Portanto, é justamente a partir disso se desenvolve o presente artigo: a relação entre as escolhas administrativas e as decisões judiciais relativas à prestação da saúde pública, problemática constante no atual cenário brasileiro, que merece especial destaque em razão da crise financeira. Assim, passa-se a questionar o alcance da noção de solidariedade e a relevância das escolhas técnicas, bem como os limites da intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo.

No primeiro capítulo, busca-se discutir a noção de solidariedade como argumento que se sustentaria por si só, tendo em vista, especialmente, o confronto com o critério de descentralização, notadamente a divisão de competências administrativas no que tange ao fornecimento de medicamentos.

O segundo capítulo, por sua vez, pretende abordar a atuação dos órgãos competentes em matéria de saúde, especialmente a da Conitec, bem como a relevância das escolhas técnicas.

No último capítulo, defende-se a necessidade de contenção do Poder Judiciário nos casos em que a decisão geraria gastos públicos e, conseqüentemente, realocação de despesas, explicitando as vantagens da vinculação do Poder Judiciário às escolhas técnicas adotadas pelos órgãos competentes no âmbito da saúde, notadamente quanto à efetividade da prestação jurisdicional.

Quanto à metodologia de pesquisa aplicada ao presente trabalho, deve-se ter em vista que o entendimento objeto não deriva de previsão legal claramente estabelecida, mas sim do cotejo entre as decisões judiciais e as escolhas administrativas, estas pautadas em conceitos inerentes à própria organização do Estado.

Portanto, a pesquisa será regida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que se inicia com uma questão problemática (deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas no âmbito das políticas públicas de saúde) e visa a apresentar discussões sobre ela inerentes e eventuais desdobramentos no cenário fático, mormente no contexto atual de crise financeira e de desabastecimento.

## 1. DO ALCANCE DA SOLIDARIEDADE NO ÂMBITO DA SAÚDE

De início, é importante destacar, brevemente, o contexto fático no qual se insere a temática aqui abordada.

É de conhecimento geral que a saúde pública no Brasil apresenta problemas estruturais de grande porte, a exemplo do desabastecimento de medicamentos e da má qualidade dos serviços oferecidos nos hospitais da rede pública. Diante desse cenário, a judicialização é comumente vista pelos cidadãos como um meio de encurtar a distância entre o problema apresentado e a solução concreta.

Certo é que o Poder Judiciário, nesse ínterim, acaba, via de regra, por desprestigiar escolhas técnicas adotadas pela Administração, a pretexto de conferir efetividade ao direito fundamental em voga. Isso porque, em matéria de saúde, até os juízes, que são os técnicos aplicadores da lei, naturalmente são sensibilizados pela causa, o que os leva, de antemão, a entender pelo deferimento do pedido.

Os juízes, ao se depararem com ações em que se pleiteia tratamento de saúde, proferem decisões que, muitas das vezes, se enquadram no que se chama de quadro mental paranóico. Explica-se: a parte requer o tratamento e o juiz se predispõe a deferi-lo. Resta apenas buscar a fundamentação. É nesse contexto que se observa a problemática a respeito da solidariedade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 855.178/SE, reconheceu, por maioria, a existência de repercussão geral e, ato contínuo, reafirmou a jurisprudência dominante para reputar solidária a obrigação dos entes em tornar efetivo o direito à saúde (Relator Min. Luiz Fux, Tema 793, do STF)<sup>1</sup>.

Assim, já está consagrado na jurisprudência o entendimento acerca da existência de solidariedade entre os entes federativos no que tange à prestação de serviços de saúde e ao fornecimento de medicamentos. A doutrina, igualmente, segue esse entendimento.

---

<sup>1</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. RE nº 855.178/SE, Relator Min. Luiz Fux, DJe 16/03/2015.

Todavia, as ações e serviços públicos de saúde, conforme previsto no artigo 198 da Constituição Federal<sup>2</sup>, constituem o Sistema Único de Saúde (SUS) mediante uma rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com as diretrizes da descentralização, do atendimento integral e da participação da comunidade.

Aqui, importa destacar a diretriz da descentralização. Entre os entes federados não há hierarquia, mas há descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, que leva à divisão administrativa de competência.

Em linhas gerais, compete primordialmente aos Municípios e ao Distrito Federal a organização e a execução das ações de atenção básica, conforme Portaria nº 2.488/2011<sup>3</sup> do Ministério da Saúde. Os medicamentos inseridos no Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) são aqueles contextualizados em procedimentos ambulatoriais de baixa complexidade, abrangendo grande parte dos problemas da população, conforme Portarias nº 399/2006, 204/2007 e 1555/2013.

Quanto aos medicamentos especializados, a Portaria nº 1.554/2013<sup>4</sup> do Ministério da Saúde aprovou e regulamentou o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) como parte da Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

A Portaria nº 1.554/13 do Ministério da Saúde definiu o financiamento e a execução tripartite, mas as responsabilidades foram estabelecidas em 3 grupos, cada um referente a um ente federativo. Há, ainda, portarias específicas quanto aos chamados Medicamentos Estratégicos, como no caso de HIV (Portaria 9.313/1996 do Ministério da Saúde) e de diabetes (Portaria 2.583/2007 do Ministério da Saúde).

Ocorre que, por vezes, determinado ente administrativo, responsável pelo fornecimento de um medicamento específico, não o possui em estoque, o que leva a parte a ajuizar ação de obrigação de fazer em face não somente desse ente administrativo, mas também de outro ente. Ou seja, frustrada a cobrança administrativa, ocorre a judicialização em face não apenas do ente originalmente responsável.

Nesses casos e, diga-se, na grande maioria das ações individuais que versam sobre saúde, a solidariedade apresenta-se como forma de justificar o acolhimento da pretensão.

---

<sup>2</sup> BRASIL. *Constituição Federal*.

Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

<sup>3</sup> BRASIL. *Portaria nº 2.488/2011*. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488\\_21\\_10\\_2011.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html). Acesso em: 18 out. 2017.

<sup>4</sup> BRASIL. *Portaria nº 1.554/2013*. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html). Acesso em: 18 out. 2017.

Em um cenário de escassez de recursos, a observância da divisão administrativa de competência apresenta-se como critério razoável para solucionar o problema. A imposição de responsabilidade a todos os entes, pautada apenas na solidariedade, ocasiona realocação de recursos públicos, prejudicando a destinação do orçamento previamente estabelecido e diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde ao restante da coletividade.

Assim, decisões fundamentadas na responsabilidade solidária por si só, amplamente aceitas na jurisprudência, vão de encontro à descentralização e à repartição de competência. Nesse sentido, destaca-se a posição de Luís Roberto Barroso<sup>5</sup>:

a atribuição de competência comum não significa, porém, que o propósito da Constituição seja a superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas.

Não se pretende, aqui, afirmar que a organicidade administrativa deve prevalecer sobre o que determina a própria Constituição quando estabelece que a obrigação é solidária. Todavia, a solidariedade não deveria conduzir, por si só, à conclusão de que todo cidadão pode optar por onde, por quando e por quem deve ser atendido, já que toda prestação nesse sentido acarreta impacto direto sobre a coletividade, razão pela qual o direito à saúde não pode ser visto de forma individual ou isolada.

Veja-se, por exemplo, o caso dos medicamentos utilizados para tratamento de Hepatite C. Os fármacos Sofosbuvir e Daclatasvir foram incorporados ao Protocolo Clínico para tratamento de Hepatite C e Coinfecções, de modo que devem ser adquiridos e dispensados a partir dos critérios estabelecidos na Portaria GM/MS nº 1.554/2013.

Como esses medicamentos foram incorporados dentro do Grupo 1-A da Portaria GM/MS nº 1.554/2013, sua aquisição compete ao Ministério da Saúde, que deve fornecê-los às Secretarias de Estado de Saúde para distribuição aos pacientes cadastrados, conforme artigo 3º da referida portaria:

Art. 3º: Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em:

a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a

---

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010, p.885.

responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e (...) <sup>6</sup>

Logo, a União Federal é o ente administrativo responsável pela aquisição dos medicamentos Sofosbuvir e Daclatasvir e distribuição aos Estados, os quais, por sua vez, encarregam-se de dispensá-los aos portadores de Hepatite C e Coinfecções que residem em seus territórios.

Dessa forma, tendo em vista que a responsabilidade de aquisição desses medicamentos é atribuída à União Federal, e diante da excessiva onerosidade na obtenção dos referidos medicamentos (o custo mensal do tratamento com esses fármacos gira em torno de R\$ 70.000,00), não condiz com o princípio da eficiência a transferência para outros entes administrativos da obrigação imputada à União quando da repartição da competência comum de garantir o direito à saúde.

Logo, num sistema que envolve múltiplos partícipes e que atribui especificamente a responsabilidade pela aquisição de alguns medicamentos, não é razoável que recaia sobre qualquer ente a responsabilidade de adquirir medicamentos quando a regulamentação impõe a obrigação a um ente específico.

Para além da repartição administrativa de competência entre os entes, tem-se, ainda, as escolhas técnicas adotadas por órgãos especializados, cuja relevância será abordada em momento oportuno. Desde logo, já se deve assentar que é plenamente compreensível que os Juízes de Direito entendam, aprioristicamente, pelo acolhimento dos pleitos em matéria de saúde. Todavia, tais decisões, por vezes imediatistas, podem acabar por se afastar da melhor técnica.

## 2. DA RELEVÂNCIA DAS ESCOLHAS TÉCNICAS ADOTADAS PELOS ÓRGÃOS COMPETENTES

Em um cenário de multiplicidade de demandas individuais nas quais são pleiteados fármacos que, por expressa decisão técnica, não foram incorporados ao SUS, convém que se analise a relevância das escolhas técnicas dos órgãos competentes, notadamente da já mencionada Conitec.

---

<sup>6</sup> BRASIL, op. cit., nota 4.



Em matéria de saúde, a noção de assistência terapêutica integral vem definida no artigo 19-M da Lei nº 8.080/90<sup>7</sup> (com redação dada pela Lei nº 12.401/11):

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

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P (...)

Com relação à incorporação de novos medicamentos, tem-se o artigo 19-Q da Lei nº 8.080/90<sup>8</sup> (com redação dada pela Lei nº 12.401/11):

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

A Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec) foi criada pela Lei nº 12.401/11<sup>9</sup>, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. A Conitec, assistida pelo Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde, tem por objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração de tecnologias em saúde pelo SUS, bem como na constituição ou alteração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.<sup>10</sup>

O artigo 19-R, da Lei nº 8.080/90<sup>11</sup> (com redação dada pela Lei nº 12.401/11), por sua vez, prevê um procedimento especial para incorporação, exclusão, ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos pelo Ministério da Saúde, no qual se verifica se o objeto analisado atende aos parâmetros de eficácia, segurança, efetividade e custo-efetividade que justifiquem a sua dispensação pelo SUS. Veja-se:

Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem.

---

<sup>7</sup> BRASIL. *Lei nº 8.080/1990*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> BRASIL. *Lei nº 12.401/2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112401.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>10</sup> Conteúdo retirado do site <<http://conitec.gov.br/entenda-a-conitec-2>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

<sup>11</sup> BRASIL, op. cit, nota 7.

A Lei nº 12.401/11<sup>12</sup> trouxe algumas inovações para a Lei nº 8.080/90<sup>13</sup>, como é o caso dos artigos acima citados. Considerada uma resposta institucional à excessiva judicialização da saúde no país, essa lei incorporou o procedimento específico, passível de ser instaurado por qualquer interessado, para a incorporação de novos medicamentos, produtos e procedimentos ao SUS, bem como para a constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica.

Inserido no fenômeno da judicialização da saúde, não raras são as demandas em que são pleiteados medicamentos que, expressamente, deixaram de ser incluídos no âmbito da dispensação gratuita pela rede pública.

Em outras palavras, são frequentes as demandas em que são pleiteados medicamentos não incorporados, a despeito de o órgão técnico do Ministério da Saúde, ao delinear as políticas de atendimento farmacêutico, ter expressamente decidido, após detalhado estudo submetido a consulta pública, pela não inclusão de tal substância nos protocolos.

Tal decisão é fruto da denominada discricionariedade técnica, instituto que surgiu no direito brasileiro por influência do modelo norteamericano, desenvolvido no âmbito das agências reguladoras. Na doutrina pátria, há pouca reflexão a respeito. Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>14</sup> é uma das poucas autoras sobre o tema no Brasil e aduz que

A distinção entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica ou imprópria está em que, na primeira, a escolha entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência (mérito) e, na segunda, não existe propriamente liberdade de opção, porque a Administração tem que procurar a solução correta segundo critérios técnicos.

Assim, é possível concluir que se a decisão é tomada com base em critérios extrajurídicos, não seria correto ceder espaço a um controle exercido por um órgão único, exclusivamente jurídico. Por mais que se argumente a existência de auxiliares técnicos dos juízes, a decisão ao fim e ao cabo será tomada pelo magistrado, tendo em vista a ausência de vinculação deste ao parecer emitido pelos auxiliares.

Emerge, nesse ponto, a teoria da capacidade institucional do Poder Judiciário, que adverte que a interferência dos magistrados nos critérios técnicos definidos pelas políticas públicas de saúde gera efeitos sistêmicos, uma vez que os conflitos relativos aos direitos

---

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit, nota 9.

<sup>13</sup> BRASIL, op. cit., nota 7.

<sup>14</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, p. 6.

sociais, como direitos coletivos que são, envolvem a distribuição de recursos públicos e a própria universalização do acesso aos serviços públicos de saúde.<sup>15</sup>

Nesse contexto, verifica-se a importância das agências criadas com a finalidade de regular as diversas áreas estratégicas e gerenciais da Administração Pública para diminuir a necessidade de incursão do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo, em observância ao princípio da separação dos poderes.

Todavia, a realidade no Poder Judiciário afasta-se dessa noção. Por conseguinte, os juízes, ao se depararem com demandas desse tipo e determinarem o fornecimento de fármacos expressamente não incluídos nas listas de dispensação, acabam por se sobrepor à atuação dos órgãos competentes, substituindo uma escolha técnica e interferindo de forma indevida no funcionamento da Administração Pública, o que vai de encontro à reserva de administração e à separação de poderes.

Em tais situações, o Poder Judiciário não detém a capacidade institucional e os conhecimentos necessários para avaliar plenamente as complexas questões técnicas envolvidas na decisão sobre a incorporação de medicamentos. Ademais, não se pode esquecer que as escolhas técnicas são legitimadas pela expertise da comissão e pelo procedimento adotado.

Nesse sentido, vale destacar trecho do voto proferido pelo Exmo. Min. Luis Roberto Barroso no julgamento, em repercussão geral, do RE nº 566.471/RN<sup>16</sup> (ainda se encontra em julgamento), proferido em 28/09/2016:

Nos casos em que a CONITEC chegou a avaliar pedido de incorporação de medicamento, mas concluiu de modo desfavorável ao fornecimento gratuito do fármaco pelo Poder Público, deve-se privilegiar a decisão técnica do órgão responsável. Nessa situação, o que se deve poder questionar na via judicial é tão somente a fundamentação técnica e científica da decisão do SUS de não incluir a tecnologia nas listas de dispensação existentes.

Trata-se, portanto, de um expediente democrático que contempla a necessária abertura do conteúdo das prestações de saúde, de maneira a possibilitar a permanente atualização e evolução desse relevante direito social, mas com a observância de parâmetros e princípios constitucionais que orientam essa concretização, a ser realizada por aqueles que detêm legitimidade constitucional e conhecimento técnico para essa definição.

---

<sup>15</sup> MARINHO, Carolina Martins. Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009, p.5.

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565078>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Inúmeras são as decisões judiciais, todavia, que continuam a superar o procedimento legal e a conceder prestações em saúde que não foram incorporadas ao SUS, mesmo nas hipóteses em que já houve análise técnica culminando na expressa decisão de não incorporação, sem que na fundamentação judicial se apontem equívocos no rito adotado ou mácula à validade da lei.

Em respeito à separação de poderes e às capacidades institucionais, é importante que sejam privilegiadas as decisões técnicas adotadas pelos formuladores das políticas públicas em matéria de saúde. Ou seja, nos casos em que, após o devido procedimento previsto em lei, houve decisão técnica do SUS, pautada em critérios científicos, para não dispensar um determinado medicamento na rede pública, cabe ao Judiciário prestar deferência à escolha administrativa.

### 3. DA ATUAÇÃO DO JUIZ NO CASO CONCRETO E DAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Diante da avalanche de decisões em que o Poder Judiciário se sobrepõe aos critérios técnicos das políticas adotadas pelos administradores, mostra-se relevante a abordagem das possíveis consequências práticas.

Há aspectos muito mais complexos a se considerar do que a legitimidade da interferência judicial no mérito administrativo. É urgente a necessidade de se enfrentar a repercussão do controle das políticas públicas em matéria de saúde pelo Poder Judiciário, que existe e está a pleno vapor. Não há como se ater apenas aos debates ideológicos e fechar os olhos para as consequências que esse controle acarreta na sociedade.

Com efeito, a satisfação de demandas individuais prejudica o atendimento de outros milhares de pessoas, violando diretamente as políticas públicas previamente elaboradas e com base em recursos orçamentários predefinidos.

A realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende de um aspecto financeiro, subordinando-se às possibilidades orçamentárias dos entes públicos. As limitações de ordem material são objetivamente aferíveis, consistentes, no caso aqui discutido, no valor individualizado das prestações que se encontram fora dos critérios definidos tecnicamente.

Assim, pode-se concluir que não é toda e qualquer prestação que pode ser considerada inserta no conceito de mínimo existencial<sup>17</sup>, mas apenas aquelas que compõem um núcleo básico, cuja exigibilidade é imponível ao ente público.

Não se pode negar que a posição adotada pelo Poder Judiciário brasileiro representa grande avanço para a defesa do direito à saúde, ampliando o conceito de mínimo existencial. Por outro lado, todavia, provoca exageros quanto à extensão do direito, notadamente quando desconsidera critérios técnicos estabelecidos pela Administração.

Muito embora o artigo 196 da Constituição Federal determine que a saúde é dever do Estado, esse dever não pode ser fundamento para todas as pretensões individuais, sob pena de se transformar o Poder Público em um grande “plano de saúde”, o que é periclitante para a saúde financeira dos entes públicos.

As decisões judiciais, portanto, devem compatibilizar os critérios de justiça comutativa com os critérios de justiça distributiva e social, os quais orientam a elaboração das políticas públicas. Do contrário, ou seja, caso as decisões sejam tomadas tendo por base unicamente aquela demanda específica que está sendo julgada, em desrespeito às políticas públicas previamente definidas, serão afetados os direitos de todos os outros cidadãos.

Com a máxima vênia, falta aos magistrados, moldados para atuar em demandas individuais e com o raciocínio voltado para a resolução do caso concreto apresentado, o conhecimento técnico necessário à compreensão dos efeitos plúrimos das decisões que tomam, pois essas devem ser consideradas no contexto da macrojustiça. Falta-lhes a visão sistêmica do todo, uma vez que estão habituados a resolver conflitos bilaterais, cujos efeitos com rara frequência ultrapassam a esfera jurídica das partes.

O Estado, logicamente não prevendo o futuro, não tem possibilidade de conhecer todos os gastos que terá com a saúde durante o próximo exercício financeiro, em determinado local, reservando ao que conseguiu prever ordinariamente, observadas as diretrizes das legislações de responsabilidade fiscal e orçamentária.

A deferência do Poder Judiciário às escolhas técnicas da Conitec, objeto do presente trabalho, visa resguardar, em última análise, a efetivação das políticas públicas concernentes à saúde, de modo a possibilitar o atendimento de um maior número de pessoas, evitando discriminações e concessão de privilégios.

---

<sup>17</sup> Rememore-se que, quanto ao dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo ao portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, repercussão geral no RE nº 566.741/RN, o qual ainda se encontra em julgamento.

O respeito aos critérios técnicos definidos garante, ainda, que as prestações em matéria de saúde sejam mais efetivas, quer para os casos individuais, já que a análise técnica protege esses interesses, quer para a coletividade, uma vez que o uso adequado das verbas públicas anteriormente planejadas faz com que se possa garantir o atendimento de mais pessoas.

## CONCLUSÃO

De antemão, convém esclarecer que em momento algum a presente pesquisa objetivou criticar a atividade jurisdicional que se baseia em interpretações mais humanitárias, prestigiando o princípio da dignidade da pessoa humana.

O que se desejou, de forma primordial, foi demonstrar que a aplicação dos complexos instrumentos interpretativos não é feita de forma técnica, o que deságua em decisões pouco cuidadosas, dando a sensação, apenas imediata, de manutenção de um estado pessoal do que é justo, amparando a população, mas que, concretamente, promove a desregulação de uma atividade estatal que já notoriamente não funciona com primor, fazendo com que a prestação dos serviços de saúde se tornem ainda mais precárias.

Diante, de inopino, de despesas extraordinárias determinadas por ordem judicial, fatalmente o Estado, que teve dispêndios complexos com a prestação de saúde, desloca do direcionamento original as verbas já reservadas a esse fim.

Tal deslocamento de verbas diminui significativamente o lastro de sua eficácia, ou seja, um índice muito menor da população será atendido, já que a previsão dos gastos obedecia ao plano orçamentário para o exercício, e o redirecionamento dos valores deixa à mercê da própria sorte essa parcela da sociedade que agora restará desamparada, ou também forçada a buscar o Poder Judiciário que, num ciclo vicioso, determinará a solidariedade prestacional dos entes federativos.

A ausência de deferência às escolhas técnicas leva o Poder Judiciário a um cenário reiterado e cíclico de decisões violadoras da isonomia e geradoras de insegurança jurídica, fática e social, uma vez que, a curto prazo o que parece representar uma falha de planejamento do Poder Executivo, que promove injustiças, podendo ser suprida com a intervenção judicial, na verdade trata-se de circunstância deveras diversa.

A grande questão define-se no momento em que tais preceitos são tornados instrumentos subversivamente aptos a fundamentar qualquer decisão que esteja lastreada mesmo que na mais frágil alegação de ameaça à vida ou à saúde de um indivíduo, o que promove a mitigação da isonomia com a criação de privilégios apenas àqueles que ao Judiciário recorrem, postura essa, sim, no mínimo inadequada.

É incontroverso o fato de que a cultura social tem grande influência sobre o Juiz, mas mesmo qualquer tendência à benevolência em relação a um indivíduo em específico pode ser tida como perversa em relação à coletividade, quando isso ocorre de forma desarrazoada e desproporcional, que é o que representa a tendência atual das decisões judiciais.

Acredita-se, contudo, que o Judiciário merece sim reforçar sua atuação através do exercício de jurisdição com caráter político contramajoritário resistente às tendências subversivas do “jeitinho brasileiro”, atendo-se a um caráter mais técnico e buscando, em observação justamente à integração entre os poderes da república, salvaguardar a boa-fé administrativa e o correto uso do orçamento público, assim resultando na efetiva, e – somente assim – real defesa da sociedade e dos indivíduos.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, Daniel. (org). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.080/90*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm)> Acesso em: 13 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 12.401/11*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm)> Acesso em: 13 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Portaria nº 1.554/2013*. Disponível em [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html). Acesso em 18 out. 2017.

\_\_\_\_\_. *Portaria* n<sup>o</sup> 2.488/2011. Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488\\_21\\_10\\_2011.html](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html). Acesso em: 18 out. 2017.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados no direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. Dissertação apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Teoria Geral e Filosofia do Direito. São Paulo, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionarietà Técnica e Discricionarietà Administrativa. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*.