



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA MAGISTRATURA:
PONTE OU ABISMO ENTRE A LEI E A JUSTIÇA?

Leonardo da Matta Schafflör Guerra

Rio de Janeiro
2018

LEONARDO DA MATTA SCHAFFLÖR GUERRA

A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA MAGISTRATURA: PONTE OU ABISMO
ENTRE A LEI E A JUSTIÇA?

Artigo 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 Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

A INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DA MAGISTRATURA: PONTE OU ABISMO ENTRE A LEI E A JUSTIÇA?

Leonardo da Matta Schafflör Guerra

Graduado pela Universidade Federal do
Estado Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogado.

Resumo: O estudo a seguir aborda a relação entre o Judiciário e o Legislativo na seara das políticas públicas de saúde. A efetivação dos direitos sociais é tema da maior relevância, sobretudo em vista do aniversário de trinta anos da Carta Política de 1988, que consagrou o Brasil uma República Social Democrática. Orientado por uma visão sócio-filosófica sucinta e aplicada, discute-se a coalizão entre o Direito e a Política no ordenamento pátrio. Longe de se insinuar má-fé, pretende-se elucidar hipóteses de ilegitimidade ou de omissão inconstitucional que ofuscam o modelo constitucional e prejudicam a análise do problema e a propositura de soluções duradouras. Com efeito, afirma-se a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas, formula-se críticas a ele e espera-se despertar reflexões acerca dos caminhos democraticamente legítimos para sua adequação.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Política. Legitimidade. Justiça. Ativismo Judicial. Consequencialismo. Concretismo Judicial.

Sumário: Introdução. 1. A Ineficácia Patológica da Política Nacional. 2. O Ativismo Judicial como Medicação Sintomática. 3. A Insegurança Jurídica no Estado do Rio de Janeiro. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo a seguir aborda a relação entre o Judiciário e o Legislativo na seara das políticas públicas de saúde. A efetivação dos direitos sociais é tema da maior relevância, sobretudo em vista do aniversário de trinta anos da Carta Política de 1988, que consagrou o Brasil uma República Social Democrática. Orientado por uma visão sócio-filosófica sucinta e aplicada, discute-se a coalizão entre o Direito e a Política no ordenamento pátrio.

Assim, busca-se evidenciar que o modelo atual peca pela insegurança, que conduz a uma incongruência sistêmica. Nesse sentido, a Constituição da República formula um sistema claro e coeso de atuação coordenada das funções de poder. Nada obstante, ele tem sido paulatinamente desvirtuado pelos próprios agentes públicos incumbidos de sua manutenção.

Longe de se insinuar má-fé, pretende-se elucidar hipóteses de ilegitimidade ou de omissão inconstitucional que ofuscam o modelo constitucional e prejudicam a análise do problema e a propositura de soluções duradouras. Com efeito, afirma-se a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas, formula-se críticas a ele e

espera-se despertar reflexões acerca dos caminhos democraticamente legítimos para sua adequação.

Para tanto, o primeiro capítulo se presta a evidenciar que a Constituição, ao estender demasiadamente o rol de direitos fundamentais, sem a correspondente cominação de deveres jurídicos, enraizou um impasse anacrônico que suscita dúvidas quanto à eficácia do direito à saúde. Em vista disso, questionam-se a eficácia e a aplicabilidade da previsão normativa de direitos de segunda geração para a consecução da finalidade de um Estado Social Democrático de Direito.

Em seguida, o segundo capítulo corrobora o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Judiciário, instado a se manifestar sobre situações que aviltam os direitos fundamentais, tem o poder-dever de exceder seu âmbito natural de atuação para lhes dar concretude. Sem prejuízo, indaga-se até que ponto a insuficiência normativa constitucional e a lacuna legislativa infraconstitucional autorizam o Judiciário a dar legítima concretude às políticas públicas de saúde.

Por fim, o terceiro capítulo evidencia que o ativismo judicial, da forma como praticado nas relações de saúde, está em dissonância com sistema constitucional de realização de políticas públicas. Por conseguinte, ao extrapolar o permissivo constitucional que legitima sua função atípica, o Judiciário instaura um quadro de insegurança jurídica e econômica, com vistas à realização da micro justiça, e de encontro à macro visão do constituinte.

O presente estudo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo. Parte-se das formulações genéricas e abstratas contidas no texto constitucional, a fim de se desenvolver o raciocínio lógico-jurídico e de se extrair as conclusões até então sucintamente apresentadas.

A análise do objeto de estudo, por sua vez, é qualitativa e quantitativa. Se, por um lado, é necessário visualizar o modelo constitucional de implementação de políticas públicas, por outro, é preciso apresentar o enorme volume de decisões judiciais e omissões legislativas que com ele conflitam. Dessa maneira, é possível concluir pela insustentabilidade da atuação legislativa e judiciária na efetivação de políticas públicas.

1. A INEFICÁCIA PATOLÓGICA DA POLÍTICA NACIONAL

O ordenamento jurídico nacional é como um tecido. Uma verdadeira colcha de retalhos que reúne diferentes percepções de moralidade amarradas com fios de Direito. A obra final é um rascunho do que o Brasil considera Justiça.

Cada emenda que àquela se junta contém um grupo de palavras. Os termos mais simples remetem a imagens semelhantes. Os de cunho moral, por sua vez, divergem segundo a vivência do observador. Disso decorrem diversos sentidos de justiça, embora se viva sob o mesmo manto jurídico.

Na seção dos direitos fundamentais, o sistema costurado pelo Legislativo não é perfeito. O único modo de cobrir toda a sociedade é zelando por sua integridade. Seus pontos devem ser dados com atenção, a fim de resistir a forças divergentes que litigam para dele se apoderarem e a ele dar sentido.

Nessa linha, o legislador constitucional atribuiu ao Judiciário importante função interpretativa e agregadora de normas. Não lhe autorizou, porém, a transpassá-las. Ainda que a pretexto corretivo, a abertura de um precedente é como um furo numa tela. A princípio, imperceptível. Reiterado, faz-se evidente e exige reparo.

Como, então, dar significado e concretude aos direitos fundamentais estampados no ordenamento jurídico sem que isso lhe comprometa a estabilidade? Sobretudo mediante a atuação (seja ela qual for) entrelaçada dessas funções da República.

A fim de seguirem no mesmo sentido, é curial compreender o anteprojeto delineado pela Constituição de 1988. Para tanto, faz-se mister evidenciar suas dissonâncias originárias e que, hodiernamente, ainda repercutem na toada dos direitos fundamentais.

Sob essa lógica, rememore-se que a Constituição consagrou no Brasil uma Democracia, que só será inclusiva se o Direito for legítimo e incidir sobre todos. A arbitrariedade e o decisionismo mitigam a regra, como um poder soberano o faz sem pudor no totalitarismo. Para assegurar a isonomia, e com vistas à segurança jurídica, o Judiciário deve garantir a norma (não produzi-la).

Consecutiva a um longo período ditatorial, a Carta Política atual buscou romper com as agruras do regime militar, marcado pela supressão de direitos individuais e coletivos. Com esse intuito, ela positivou muitos direitos subjetivos sem lhes pormenorizar os deveres jurídicos correspondentes. Em consequência, a disputa pela melhor interpretação da extensão dos direitos fundamentais é acirrada.

Em especial, os de segunda e de terceira geração (que exigem uma conduta positiva do Estado) suscitam dúvidas quanto à sua amplitude. De um lado, a doutrina que defende a Reserva do Possível confronta as inesgotáveis necessidades humanas em face da escassez físico-material de recursos. De outro, sobrepõe-se a condição humana à própria Legalidade para impor ao Estado quaisquer medidas que atendam à dignidade.

Ideologias à parte, a última é de flagrante insustentabilidade. Sob a perspectiva da iniciativa privada, não se questiona que o bem-estar individual exige um mínimo de organização de recursos financeiros de modo a satisfazer necessidades diversas. Semelhantemente, na esfera pública, também se exige o planejamento e o aparelhamento estatal. Não por outra razão, o Art. 6º da Constituição, ao arrolar treze âmbitos da vida social, ressalva que eles somente representarão direitos sociais quando na forma naquela estabelecidos.

A despeito disso, não se defende a finitude de recursos como escusa legítima à realização dos direitos fundamentais. Parte-se, por outro lado, da premissa (verdadeira o não) de que há recursos suficientes para responder às demandas legítimas da sociedade enquanto conjunto indissociável de pessoas.

Para tanto, porém, a Constituição impõe a cooperação eficiente, situada entre a omissão legislativa e o ímpeto judicial. No que lhe concerne, José Joaquim Gomes Canotilho anuncia a morte da constituição dirigente portuguesa, enquanto a brasileira faz trinta anos e a inércia na política nacional se mantém na pauta do dia.

O mundo real, por seu turno, segue girando e o não agir legislativo inviabiliza o agir administrativo. Nesse cenário, força outra é impelida a movimentar a engrenagem estatal e, na esteira da eficiência, imperioso alocar as peças do sistema em suas respectivas atribuições constitucionais.

Desenrola-se que dar cumprimento à função legiferante em uma democracia representativa implica não só os bônus do reconhecimento público das mazelas sociais, como também a assunção dos ônus pela tentativa de erradicação delas. Ao que parece, no entanto, a maré política das últimas décadas têm se movido apenas naquela direção.

A razão desse fenômeno a experiência revela. Vê-se que mera promessa é suficiente para içar um cidadão ao Congresso Nacional ou a órgão que o valha. Convenha-se, ademais, que a inércia patológica que amua o brilho dos direitos sociais possui raízes cuja poda extrapola de uma ou duas candidaturas.

Na atual novela política, a reviravolta da história passou do ponto. Capítulos da maior relevância, como a saúde, amornaram. Hoje, eles são escritos às pressas e em descompasso com a diagramação constitucional.

Noutra seara, a Lei nº 13.640 de 2018¹, em seus quatros artigos, maquiou a precária regulamentação do transporte remunerado privado individual de passageiros. Resposta pobre

¹ BRASIL. *Lei nº 13.640*, 26 de março de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm. Acesso em: 16 mar. 2019.

e tardia à demanda iniciada em 2014 com a chegada do aplicativo Uber, que acompanhou a Copa do Mundo no Brasil.

Em matéria previdenciária, conhecida lacuna legislativa diz respeito à edição de lei complementar que assegure o regime de previdência dos servidores públicos, nos termos do art. 40, §4º, III da Constituição. O desleixo democrático não passou despercebido e ensejou a edição da súmula vinculante 33, que lhe estendeu por analogia as regras do regime geral de previdência social.

Não raros, no entanto, são os casos em que a emenda judiciária destoa do arranjo constitucional de repartição de atribuições. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal asseverou, em questão ambiental, que a conciliação entre desenvolvimento e preservação implica “conflito normativo aparente, (...) demandando escolhas trágicas a serem realizadas pelas instâncias democráticas, e não pela convicção de juízes, por mais bem-intencionados que sejam”.

Dessa feita, elucida-se a política da ineficácia, marcada pelo conflito de interesses entre representantes e representados. A comodidade legislativa, entretanto, não deve alimentar a crença de que o Judiciário deva resolver as mazelas sociais. Tamanha inferência termina por conduzir a uma cilada hermenêutica que não se coaduna com o regime democrático.

2. O ATIVISMO JUDICIAL COMO MEDICAÇÃO SINTOMÁTICA

Sedimentado o panorama de estudo, não há se questionar a importância do Judiciário na realização de políticas públicas. Por outro lado, tampouco se ignora que a concessão de benesses sociais, enquanto discricionária, destoa da função típica da magistratura.

A vertente concretista rotulada de ativismo judicial é alvo de críticas, sob o fundamento de que não competiria a um magistrado, em inexistindo norma específica, regulamentar a extensão prática de certos direitos acaso essa interferência ultrapassasse a autonomia das funções Executiva ou Legislativa. É entendimento que, hoje, contudo, não prospera:

[...] uma das tarefas primordiais do Poder Judiciário é atuar no sentido de efetivar os direitos fundamentais, mormente aqueles que se encontram assegurados na Constituição Federal. Assim, nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, não há que se falar em violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário intervém no intuito

de garantir a implementação de políticas públicas, notadamente, como no caso em análise, em que se busca a tutela do direito à saúde.²

O mérito dos argumentos político-ideológicos de legitimam um Poder a se imiscuir em outro suscita controvérsias infundáveis, dado que não se trata de haver certo ou errado. Por eficiência, com vistas ao melhor desenvolvimento do tema em foco, parte-se da realidade, na qual a postura do Judiciário em face de omissões inconstitucionais é proativa e confere, de fato, ao jurisdicionado um determinado benefício em detrimento da existência de políticas pública predefinidas.

Posto isso, cumpre-se analisar os precedentes norteadores do modo de operação do atuar jurisdicional na esfera das políticas públicas. Nesse passo, elucidar-se-á o que até então se entendeu por legítimo na esfera de concretização judicial do direito à saúde, à luz da jurisprudência dos Tribunais Superiores. Em sequência, questiona-se se há realmente um parâmetro para tal atuação, dado as decisões esparsas acerca do tema.

Nesse mister, impende discutir questões atinentes à natureza da responsabilidade dos entes federativos pela prestação de saúde e à extensão dela. Aquela, tal qual prevista pelo Legislativo, reflete inexoravelmente na legitimidade processual passiva dos entes. Esta, por seu turno, espelha a delimitação do núcleo duro dos direitos fundamentais em contraposição à seara das políticas públicas, a cargo do Executivo.

Em sede constitucional, entre outros tantos direitos, a saúde recebe tratamento genérico no Título dos Direitos Fundamentais e específico, mas ainda superficial, no Título da Ordem Social. Dispõe-se que a saúde é dever do Estado (em sentido amplo) garantido mediante políticas públicas, cujas ações e serviços que lhes darão concretude integram uma rede regionalizada e hierarquizada que será regulamentada nos “nos termos da lei”³.

A legislação a que se faz alusão é a Lei nº 8.080/90 que prevê, no que concerne à responsabilidade do Estado, atribuições específicas para cada esfera de governo, com vistas a estruturar a regionalização e a hierarquização do Sistema Único de Saúde. Dessa feita, não havendo se falar solidariedade, senão quando prevista na legislação ou por vontade das partes, parece que o Legislador, amparado pelo Constituinte originário, inaugurou um modelo de corresponsabilidade.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Voto vista: Min. Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

Nada obstante, assim não entende o Supremo Tribunal Federal, órgão legitimado a elucidar a mais alta hermenêutica constitucional. Nesse sentido, sedimentou-se a solidariedade passiva dos entes federativos nos seguintes termos:

União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, (...) e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja causa de pedir é a negativa, pelo SUS (...) de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.⁴

O fundamento, porém, não convence. A uma, porque confunde competência comum com responsabilidade solidária. A duas, porque solidariedade implica um dever ignorante à repartição eficiente de atribuições, o que vai de encontro ao alegado objetivo de aumentar a qualidade dos serviços de saúde. A três, porque o julgado é contraditório em termos, haja vista que onde há solidariedade não pode haver subsidiariedade.

Em que pesem essas considerações, a orientação superior tem sido adotada em peso, como há de ser, pelo Judiciário em todo o país. Com efeito, tem-se ajuizado demandas inconsequentes em face dos entes públicos, em litisconsórcio passivo que os Tribunais insistem em visualizar como unitário.

Noutro giro, a repartição de atribuições entre os entes federativos em matéria de saúde é composta por um complexo de normas que traçam a malha de deveres estatais, à luz do que foi delegado pelo constituinte ao legislador. Em atenção às necessidades sociais, os critérios de oportunidade e conveniência, que pautam as funções legislativa e executiva, são norteados pela universalidade e pela integralidade do atendimento⁵ e incitados pela cogente aplicação mínima de recursos.⁶

Nesse passo, não parece haver omissão inconstitucional a exigir a atividade judicante no sentido de determinar aos entes públicos a prestação excepcional de assistência à saúde. Aliás, distingue-se o núcleo duro dos direitos fundamentais e o âmbito das políticas públicas em razão da obrigação inafastável que deriva daquele, em contrapartida à discricionariedade destas.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855178 RG/SE*. Relator Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁵ BRASIL. *Lei nº 8.080/90*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

⁶ BRASIL, op. cit., nota 2

Vale lembrar também que não há direitos absolutos. Todos eles podem ser ponderados, senão em face apenas da disponibilidade patrimonial da Administração Pública, em face de direitos individuais e coletivos de idêntica envergadura. Estes igualmente assegurados mediante ações e serviços de saúde estabelecidos pelo Poder competente.

Desse modo, não haveria falar em insuficiências qualitativa nem quantitativa do SUS quando respeitado o modelo constitucional de implementação do direito à saúde, cuja existência e amplitude decorrem da própria Constituição. No entanto, o assunto não é pacífico nos Tribunais Superiores.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, dois recursos extraordinários acerca do tema aguardam julgamento. O primeiro tem natureza repetitiva e trata do “dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo”.⁷ O segundo diz respeito à possibilidade de se obrigar o Estado a fornecer medicamento sem registro da ANVISA.⁸

Por outro lado, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça organizou e sedimentou critérios explícitos para se determinar quando há obrigação do Estado de fornecer fármacos não padronizados no SUS. Aqueles, já implicitamente utilizados nas decisões, são a comprovação da ineficácia das alternativas terapêuticas padronizadas, a insuficiência financeira do demandante e o registro do medicamento na ANVISA⁹.

O conteúdo dessa decisão é mais amplo do que as matérias submetidas a julgamento no Supremo Tribunal Federal, pelo que não há falar em prejudicialidade entre elas. Assim sendo, acredita-se ter se privilegiado a segurança jurídica, enquanto instrumento de isonomia entre os jurisdicionados, mediante parâmetros extralegais e cegos à viabilidade econômico-operacional do sistema único de saúde inaugurado pela Constituição.

No entanto, a despeito dessa trágica escolha, infelizmente não se exauriram as controvérsias sobre o tema. Como se passa a expor, no âmbito do Rio de Janeiro, amparadas pela independência funcional da magistratura, diversas decisões expõem os jurisdicionados à insegurança jurídica que circunda o direito à saúde.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

⁸ *Ibidem*.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

3. A INSEGURANÇA JURÍDICA NO RIO DE JANEIRO

Como premissa deste estudo, não se põe em xeque a função concretista do Judiciário no seara dos direitos de segunda geração, notadamente, da saúde. No entanto, repisa-se que a atuação atípica e de inegável cunho político-ideológico da magistratura somente encontra amparo jurídico na omissão inconstitucional do Legislativo.

Em matéria de saúde, Canotilho não se ilude com a concepção programática daqueles direitos, tal qual difundida. Nada obstante, também não prega sua aplicabilidade imediata. Por seu turno, defende que os deveres estatais devem se consubstanciar em “medidas concretas e determinadas e não em promessas vagas e abstratas”¹⁰.

Com esses esclarecimentos, há se questionar se, de fato e de direito, existe omissão inconstitucional em matéria de saúde, em especial, no âmbito do Rio de Janeiro. Consequentemente, exige-se o aprofundamento na análise da legislação pertinente.

A Política Nacional de Medicamentos e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica são dispostas na Portaria de Consolidação nº 2/GM/MS, de 8 de setembro de 2017, e na Resolução nº 338/CNS/MS, de 6 de maio de 2004, respectivamente. As normas de financiamento dessas Políticas ficam a cargo da Portaria MS-GM nº 204, de 29 de janeiro de 2004.

Nesse cenário, a diretriz do SUS é promover a oferta inteligente de medicamentos pautada em critérios científicos com vistas à realização do melhor conceito jurídico possível para o que se entende por integralidade. Estabeleceram-se três frentes de ação, às quais se convencionou chamar de Componentes Básico, Estratégico e Especializado.

O primeiro é regulado pela Portaria GM-MS nº 1.555, de 30 de julho de 2013 e a ele incumbe a aquisição de fármacos voltados a patologias consideradas comuns. O segundo tem por escopo o tratamento de doenças endêmicas. Já o terceiro, regulado pela Portaria GM-MS nº 1.554, de 30 de julho de 2013, se presta ao atendimento de doenças raras ou de baixa prevalência.

No Rio de Janeiro, a Deliberação CIB-RJ nº 1.589, de 9 de fevereiro de 2012, estabelece o elenco de medicamentos disponíveis no âmbito do estado e define a Relação Estadual de Medicamentos Essenciais. A Deliberação CIB-RJ nº 2.661, de 26 de dezembro de 2013, dispõe sobre as normas de financiamento e de execução do Componente Básico em sede estadual. Em acréscimo, a Resolução SMS nº 2.177, de 19 de agosto de 2013, definiu o conjunto de medicamentos da rede municipal de saúde.

¹⁰ CANOTILHO, apud MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe. *Gestão Pública e Direito Municipal*. Tendências e Desafios. São Paulo. Saraiva, 2016, p.391.

Em estando as normas regionais e locais em consonância com a legislação nacional e, sobretudo, com a lógica constitucional do Sistema Único de Saúde, não se vislumbra o vício que legitima o Judiciário a se imiscuir na seara das políticas públicas. A saber, a omissão legislativa inconstitucional.

Sobre tema, Alvaro Luiz de A. S. Ciarlini¹¹ assevera que:

a intervenção do Poder Judiciário, mesmo que embasada no argumento de defesa de um específico direito fundamental, contraria o fundamento central do nosso sistema federativa ‘de cooperação’, justamente sua natureza descentralizada e autônoma, mas coordenada e legitimamente justificada pelo imperativo de obtenção da máxima eficácia de seus meios.

A despeito das relevantes considerações levantadas, o Judiciário estadual – e também o federal, diga-se de passagem – insistem em impor a solidariedade dos entes federativos em matéria de saúde. Além disso, também estendem as obrigações destes além daquele minucioso arranjo normativo.

Neste estudo, não se há questionar o acerto dessa interpretação, haja vista a independência da magistratura, enquanto prerrogativa constitucional que busca a justa compreensão do Direito no caso concreto. O que não se pode tolerar é a desvirtuação desse atributo funcional de modo a se instaurar um quadro em que indivíduos em situações idênticas recebam tratamentos distintos. Esse panorama fomenta o caráter lotérico do Judiciário nacional, que repercute em termos macroeconômicos internacionais e que deve ser rechaçado.

Ciente dessa patologia, o Código de Processo Civil de 2015 buscou harmonizar a jurisprudência ao criar instrumentos vinculantes, de observância obrigatória por juízes e tribunais, em seu art. 927. Excluiu-se desse rol, no entanto, as súmulas dos tribunais de segunda instância, em que pese tratá-los como meio importante de uniformização da jurisprudência, a fim de torná-la estável, íntegra e coerente¹².

Entretanto, não há sentido em se formular um entendimento expreso acerca de um tema e em se divulgá-lo em meio oficial senão para vincular ou, ao menos, obrigar a consideração de sua existência. Isso sob a pena de se reformar a decisão contrária a ele ou que deixe de fundamentar as razões de sua inaplicabilidade¹³.

¹¹ Ibid., p. 401.

¹² BRASIL. *Código de Processo Civil*, de 16 de março de 2015. Dispõe em seu art. 926 que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” e, em seu §1º, que “na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mar. 2019.

¹³ Esse entendimento se extrai com facilidade do art. 489, §1º, VI do Código de Processo Civil, quando o enunciado, a jurisprudência ou o precedente seja invocado pela parte. Sem prejuízo, ainda que não o seja, a

Sob essa premissa, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o Aviso Conjunto nº 12/2017, cujos dois primeiros enunciados em matéria de saúde tratam da legitimidade passiva dos entes federativos nos casos em que a medicação requerida está ou não padronizada no Sistema Único de Saúde¹⁴.

Segundo o entendimento aparentemente dominante, quando a demanda judicial versar sobre prestação padronizada e atribuída a determinado ente federativo, a ação deve ser ajuizada em face do ente respectivo. Em sentido contrário, não havendo padronização, a ação poderia ser ajuizada em face de qualquer um deles. Acrescente-se que, naquele caso, diferente deste, não há falar em solidariedade.

Posto isso, a insegurança jurídica é flagrante, na medida em que tanto há entendimentos de Tribunais Superiores no sentido da solidariedade entre os entes, quanto há orientações regionais expressas pela prevalência das atribuições do SUS. Todos de natureza não vinculante, mas de observância recomendável.

O problema se agrava em razão do Termo de Cooperação de Natureza Convencional nº 001/2016 firmado entre o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro. Neste acordo, o ente municipal se comprometeu a assumir a gestão de dois hospitais estaduais, ao passo que o ente estadual se obrigou ao fornecimento de certos fármacos, até então, não padronizados.

Com efeito, ressurgem a dúvida quanto à legitimidade passiva desses entes para figurarem em demanda por medicamentos, sobretudo aqueles inseridos no referido Termo, cujo caráter vinculante entre as partes não se nega. Desse modo, o Estado do Rio de Janeiro não pode se furtar de prestar aquilo com o que se comprometeu.

As decisões judiciais, porém, vão aos mais diversos sentidos. Há juízos entendendo pela inexistência de solidariedade, em prestígio à orientação regional. Outros, por sua vez, não

interpretação em sentido contrário do inciso V implica que, se o magistrado não pode se valer da mera existência de um precedente ou enunciado de súmula para fundamentar uma decisão sem adequá-lo ao caso concreto, também não pode ignorar sua existência sem expor as razões que afastam a sua incidência.

¹⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. *Aviso Conjunto nº 12/2017*. Assim dispõe: “ENUNCIADOS EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA. 1. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo padronizado pelo Sistema Único de Saúde, deve a ação ser ajuizada em face do ente vinculado ao seu fornecimento em conformidade com a política pública existente e as atribuições administrativas fixadas, não havendo que se falar em solidariedade entre os entes federativos nesse caso. 2. Em se tratando de pedido de fornecimento de medicamento, tratamento ou insumo não padronizado pelo Sistema Único de Saúde, pode a ação ser proposta em face de qualquer ente público, já que solidários, impondo-se, entretanto, a comprovação da efetiva necessidade do medicamento, tratamento ou insumo reclamado, bem como a ineficácia daqueles padronizados pelo Sistema Único de Saúde para a doença, dadas as condições do reclamante e seu histórico clínico.” Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/18972/aviso-conjunto-tj-cojes-15-2017-fazendario.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

apenas acolhem a legitimidade passiva de todos os entes federativos, como extraem da Constituição uma solidariedade entre eles.

Nessa segunda vertente, há, ainda, quem entenda pela responsabilidade irrestrita ao fornecimento de qualquer fármaco pleiteado, desde que adequado ao tratamento da patologia apresentada, mesmo que não explicitado na petição inicial. É o que o estado costuma combater por constituir um título executivo judicial genérico.

O que causa maior espécie é um conjunto de decisões que acolhe a orientação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro para reconhecer a legitimidade passiva de todos os entes, mas negam sua solidariedade. Em assim fazendo, aplicam-se os enunciados do Aviso Conjunto nº 12/2017 em parte e de maneira contraditória.

Não fosse o bastante, inova-se no ordenamento jurídico estabelecer que, em não havendo solidariedade, por expressa determinação dos enunciados, haveria se falar em subsidiariedade. Trata-se de inferência que não encontra amparo no ordenamento jurídico, tampouco nos fundamentos das próprias decisões que a aplicam.

Esse é cenário jurídico do Rio de Janeiro, que se arrisca a dizer que reproduz o de todo o Brasil. O pretexto é concretizar um direito fundamental à saúde à mingua de suficiente regulamentação. Contudo, com amparo nas prerrogativas funcionais da magistratura, inaugurou-se um quadro de insegurança jurídica que mais prejudica do que soluciona o suposto problema.

A questão extrapola o mero manejo dos direitos fundamentais pela via judicial. Relaciona-se com o próprio exercício da magistratura, com o desapego aos precedentes não vinculantes e com o arbítrio de um livre convencimento motivado. Aos profissionais da área jurídica e aos jurisdicionados, resta torcer pela sorte na loteria judiciária.

CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que a Constituição estendeu demasiadamente o rol de direitos fundamentais e que a inexistência de deveres jurídicos a eles correlatos enraizou um impasse anacrônico que põe em xeque a eficácia do direito à saúde. Sobretudo em vista dos trinta anos da atual Constituição da República, não se justifica a incongruência em matéria de saúde entre o Direito e a Política no Brasil.

Certo é que panorama atual peca pela insegurança, que decorre da incongruência sistêmica outrora analisada. Não se olvida que a Constituição da República delineou um

sistema claro e coeso de atuação coordenada das funções de poder, que tem sido paulatinamente desvirtuado pelos próprios agentes públicos incumbidos de sua manutenção.

Por sua vez, os Tribunais Superiores são reiteradamente instados a se manifestarem sobre situações que aviltam os direitos fundamentais. Nesse cenário ainda que excedam legitimamente seu âmbito natural de atuação para dar concretude a eles, não fulminam a insegurança jurídica que paira sobre os direitos sociais, em especial, sobre a extensão do direito à saúde.

Isso porque o ativismo judicial praticado nas relações de saúde está em dissonância com o sistema constitucional de realização de políticas públicas. Ao extrapolar o permissivo constitucional que legitima sua função atípica, juízes e tribunais instauram um quadro de insegurança jurídica e econômica, cujo pretexto de realização da micro justiça, não justifica o abandono da macro justiça constitucional.

Em conclusão, haja vista a existência de um modelo constitucional de implementação de políticas públicas e caminhos democraticamente legítimos para sua concretização, entende-se que a dissonância de decisões aqui referida ofusca o modelo constitucional e prejudica a análise do problema e a propositura de soluções duradouras.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Alex Muniz. *Direito constitucional positivo*. 2. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

_____. *Direito administrativo positivo*. 4. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.640, 26 de março de 2018*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13640.htm>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Voto-vista: Ministra Assusete Magalhães. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7/inteiro-teor-574252509>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 855178 RG/SE*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628839/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-855178-pe-pernambuco-0005840-1120094058500/inteiro-teor-311628848?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 566.471/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 657.718/MG*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE657718.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1.657.156/RJ*. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2016/11/RECURSO-ESPECIAL-N%C2%BA-1.657.156-RJ-DECIS%C3%83O-AFETA%C3%87%C3%83O-SUSPENS%C3%83O-DOS-PROCESSOS-QUE-TRATEM-DE-FORNECIMENTO-DE-MEDICAMENTOS-N%C3%83O-INCORPORADOS-NO-SUS.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2019.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha [et al.]. *Direitos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MARTINS FILHOS, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; CARNEIRO, Rafael Araripe. *Gestão pública e direito municipal: tendências e desafios*. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Paulo. *Manual do advogado público: atuação nos âmbitos cível, administrativo, constitucional e trabalhista*. Salvador: Jus Podium, 2018.