

Manual de Apoio

DA FALTA DE EFETIVIDADE À JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA: DIREITO À SAÚDE, FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS E PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO JUDICIAL¹

Parecer s/n.^o - Luis Roberto Barroso

Fornecimento gratuito de medicamentos por decisão do Poder Judiciário. Importância da tutela dos direitos fundamentais. Ricos da judicialização excessiva. Sugestão de parâmetros e critérios.

Senhora Procuradora-Geral,

Encaminho a Vossa Excelência, sob a forma de estudo doutrinário, parecer relativo à questão objetivo e ementa acima.

LUIS ROBERTO MARROSO
Procurador do Estado

Sumário – Introdução; Apresentação do Tema; I. O fornecimento gratuito de medicamentos e a judicialização excessiva; Parte I - Algumas Premissas Doutrinárias; I. A doutrina da efetividade; II. A teoria dos princípios; III. Constitucionalismo, democracia e papel do Judiciário; IV. Conclusão acerca das premissas doutrinárias; Parte II – O Direito à Saúde no Brasil. Constituição, Legislação infraconstitucional e a Política de Distribuição de Medicamentos; I. Breve notícias históricas; II. O sistema normativo a partir da Constituição de 1988; III. A questão específica da distribuição de medicamentos; Parte III – Interferência do Poder Judiciário em Relação à saúde e ao Fornecimento Gratuito de Medicamentos. Limites Legítimos e Críticas; I. O espaço inequívoco de atuação judicial; II. Críticas à judicialização excessiva; Parte IV – Alguns Parâmetros para Racionalizar e Uniformizar a Atuação Judicial no Fornecimento de Medicamentos; I. Em relação às ações individuais; II. Em relação às ações coletivas; III. Em relação à legitimação passiva; Conclusão.

¹ Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O presente estudo baseou-se em pesquisas e debates desenvolvidos no âmbito do Instruivo Indias, dos quais participaram os Professores Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto. Sou grato a três estudiosos que me cederam versões originais de trabalhos seus ainda não publicados: Fátima Vieira Henriques, *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial - limites e possibilidades*, mimeografado, dissertação de mestrado, UERJ, 2007; Fábio César dos Santos Oliveira, "Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário", 2007, artigo inédito; e Rogério Gesta Leal, "A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional", 2007, artigo inédito.

Introdução Apresentação do Tema

I. O Fornecimento Gratuito de Medicamentos e a Judicialização Excessiva

1. Nos últimos anos, no Brasil, a Constituição conquistou, verdadeiramente, força normativa e efetividade. A jurisprudência acerca do direito à saúde e ao fornecimento de medicamentos é um exemplo emblemático do que se vem de afirmar. As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, mera convocação à atuação do Legislativo e do Executivo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais. Nesse ambiente, os direitos constitucionais em geral, e os direitos sociais em particular, converteram-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando tutela judicial específica. A intervenção do Poder Judiciário, mediante determinações à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos em uma variedade de hipóteses, procura realizar a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde.

2. O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e desfuncionalidade da prestação jurisdicional.

3. Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuismo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.

4. O estudo que se segue procura desenvolver uma reflexão teórica e prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas. Seu maior propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a elaboração de critérios e parâmetros que justifiquem e legitimem a atuação judicial no campo particular das políticas de distribuição de medicamentos. O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, "querer ser mais do que se é, é ser menos".

5. Aqui se chega ao ponto crucial do debate. Alguém poderia supor, a um primeiro

I. A Teoria dos Princípios

四

6. O reconhecimento de fórmula normativa é um dos temas constitucionais foi uma importante conquista do constitucionalismo contemporâneo. No Brasil, ela se desenrolou no âmbito de movimento sindical-acadêmico conhecido como "outubra brasileira" e efetividade. Tal movimento procurou não apenas elaborar as celebrações dogmáticas da constituição, como também superar as limitações críticas difundidas a normatividade. Na ação judicial, que se materializava em ações coletivas de desrespeito ao direito constitucional, a questão se concretizou como a necessidade de garantir a efetividade da norma. O reconhecimento fórmula normativa constitucional, como é entendido, é a medida que torna as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, deixando de lado a desordem da legislação.

A Doutoranda da Faculdade

Parte I - Algumas Premissas Doutriñartas

normatividade aos princípios e o reconhecimento da distinção qualitativa entre regras e princípios. A doutrina costuma compilar uma enorme variedade de critérios para estabelecer a diferença entre ambos⁸.

10. É quanto ao modo de aplicação que reside a principal distinção entre regra e princípio. Regras se aplicam na modalidade *tudo ou nada*: ocorrendo o fato descrito em seu relato ela deverá incidir, produzindo o efeito previsto⁹. Se não for aplicada à sua hipótese de incidência, a norma estará sendo violada. Não há maior margem para elaboração teórica ou valorização por parte do intérprete, ao qual caberá aplicar a regra mediante *subsunção*: enquadra-se o fato na norma e deduz-se uma conclusão objetiva. Por isso se diz que as regras são *mandados* ou *comandos definitivos*¹⁰: uma regra somente deixará de ser aplicada se outra regra a excepcionar ou se for inválida. Como consequência, os direitos nela fundados também serão definitivos¹¹.

11. Já os princípios abrigam um direito fundamental, um valor, um fim. Ocorre que, em uma ordem jurídica pluralista, a Constituição abriga princípios que apontam em direções diversas, gerando tensões e eventuais colisões entre eles. Estes entrelaçamentos podem ser de três tipos: a) colisão entre princípios constitucionais, como, e.g., a livre iniciativa *versus* a proteção do consumidor, na hipótese de se pretender tabelar o preço de determinado medicamento; b) colisão entre direitos fundamentais, como, e.g., o direito à vida e à saúde de uma pessoa *versus* o direito à vida e à saúde de outra pessoa, na hipótese de ambos necessitarem com urgência de transplante de determinado órgão, quando só exista um disponível; c) colisão entre direitos fundamentais e outros princípios constitucionais, como, e.g., o direito à saúde *versus* a separação de Poderes, no caso de determinadas opções legais ou administrativas acerca de tratamentos a serem oferecidos.

12. Como todas essas normas em rota de colisão têm a mesma hierarquia, não podem elas ser aplicadas na modalidade *tudo ou nada*, mas sim de acordo com a *dimensão de peso* que assumem na situação específica. Cabe à autoridade competente – que poderá ser o legislador ou o intérprete judicial – proceder à *ponderação* dos princípios e fatos relevantes, e não a subsunção do fato a uma regra determinada. Por

⁸ Por simplificação, é possível reduzir estes critérios a apenas três, que levam, em conta: a) o conteúdo da norma; b) a estrutura normativa; c) o modo de aplicação. Não será possível "avançar" em relação aos dois primeiros, salvo para registrar que princípios expressam valores, direitos fundamentais ou fins públicos, ao passo que regras são normalmente comandos objetivos, descriptivos de condutas. Sobre a aproximação entre direitos fundamentais e princípios, v. Roberto Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 82.

⁹ Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997, p. 24: "Regras são aplicadas de modo tudo-ou-nada. Se os fatos que a regra estipular ocorrerem, então a regra é válida, caso em que a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é, caso em que não contribuirá em nada para a decisão" (tradução livre).

¹⁰ Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 87 e 88: "[A]s regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma é ou bem uma regra ou um princípio. (...) Um conflito entre regras só pode ser解决ado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou declarando inválida, ao menos, uma das regras" (tradução livre). Para uma visão crítica sobre o ponto, v. Humberto Ávila, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 2003.

¹¹ Expondo a teoria dos princípios de Alexy, averbou Luís Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, mimeografado, 2005, p. 51: "O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou imponem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*".

isso se diz que princípios são *mandados de otimização*: devem ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese¹². Daí decorre que os direitos neles fundados são direitos *prima facie* – isto é, poderão ser exercidos em princípio e na medida do possível¹³.

13. Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valorização à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição¹⁴.

III. Constitucionalismo, Democracia e Papel do Poder Judiciário

14. A idéia de Estado democrático de direito, consagrada no art. 1º da Constituição brasileira¹⁵, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. *Constitucionalismo* significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de direito, *rule of law*, *Rechessstaat*). *Democracia*, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição. A compreensão desse ponto é decisiva para o equacionamento adequado da questão aqui tratada.

15. O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos¹⁶. Os direitos fundamentais incluem: a)

¹² Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997, p. 86: "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais senão também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos" (tradução livre).

¹³ As categorias da teoria dos princípios, que envolvem direitos *prima facie* e ponderação com outros direitos, princípios e fatos relevantes, aplicam-se, também, aos direitos sociais, que incluem o direito à saúde básica e, como decorrência, o direito à obtenção de certas categorias de medicamentos. Também aqui avulta a idéia de mínimo existencial para delinear a fundamentalidade material do direito e sua consequente exigibilidade. Para além desse núcleo essencial, os direitos sociais, inclusive o direito à saúde, sujeitam-se à ponderação com outros elementos fáticos e jurídicos, inclusive a reserva do possível e as regras orçamentárias. Sobre a aplicação da teoria dos princípios aos direitos sociais fundamentais, v. Robert Alexy, *Teoria de los derechos*, 1997, p. 482 e ss.

¹⁴ Sobre o ponto, v. Daniel Sartório, *A ponderação de interesses na Constituição*, 2000, p. 114: "É evidente, porém, que em uma democracia, a escolha dos valores e interesses prevalentes em cada caso deve, a princípio, ser da responsabilidade de autoridades cuja legitimidade repousa no voto popular. Por isso, o Judiciário tem, em linha geral, de acatar as ponderações de interesses realizadas pelo legislador, só as desconsiderando ou invalidando quando elas se revelarem manifestamente desarrazoadas ou quando contrariarem a pauta axiológica subjacente ao texto constitucional".

¹⁵ CP/88, art. 1º: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)".

138

L. Breve Nogier Historica

que deve ser aplicado na maior extensão possível, levando-se em conta os limites judiciais impostos por direitos humanos e constitucionais. O Judiciário deve ter imparcialidade, preservar o seu princípio essencial. O Juiz não deve ter preconceitos nem esterigma de qualquer natureza, seja social, étnica, religiosa, sexual, etc. Ele deve ser desapegado das crenças religiosas ou espirituais, devendo sempre agir com base no que é certo e justo, sem se deixar levar por interesses ou pressões externas.

V. Conclusão Acerca das Premissas Doutrimartas

18. Sempre que a Constituição define um direito fundamental ele se torna exigível, inclusive mediante ação judicial. Pode ocorrer de um direito fundamental desrespeitado com outros direitos fundamentais ou primitivos constitucionais, situações

17. Como visto, constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais, saudade, segurança, etc.

E democracia, sem dúvida é popular e governa todo o mundo. Mas pode se encontrar de a maioria política vulnerável a minorias. Quando isso ocorre, cabe ao judiciário agir. Ele não deve ser ambíguo, e nessa dualidade presente no Brasil constitucional democrático agiu com firmeza quando a Constituição foi violada. Quando se trata de um direito fundamental, é preciso respeitá-lo, seja a do constituinte, seja a da privacidade.

previdência.

21. Ao longo do regime militar, os antigos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAPs) foram unificados, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. Todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde²⁴. No entanto, grande contingente da população brasileira, que não integrava o mercado de trabalho formal, continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública.

I. O Sistema Normativo a Partir da Constituição de 1988

22. Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do "movimento sanitarista" foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde²⁵.

II.1. A repartição de competências e a Lei do SUS

23. Do ponto de vista federativo, a Constituição atribuiu competência para *legislar* sobre proteção e defesa da saúde *concorrentemente* à União, aos Estados e aos Municípios (CF/88, art. 24, XII, e 30, II). À União cabe o estabelecimento de normas gerais (art. 24, § 1º); aos Estados, suplementar a legislação federal (art. 24, § 2º); e aos Municípios, legislar sobre os assuntos de interesse local, podendo igualmente suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber (art. 30, I e II)²⁶. No que tange ao aspecto *administrativo* (i.e., à possibilidade de formular e executar políticas

²⁴ Assim concebido, o sistema possuía diversos problemas. Por ter priorizado a medicina curativa, o modelo foi incapaz de solucionar os principais problemas de saúde coletiva, como as endemias, as epidemias, além de não ser capaz de melhorar significativamente os indicadores de saúde (mortalidade infantil, expectativa de vida, por exemplo). Tais problemas foram sendo agravados em decorrência de inúmeros fatores, como o aumento constante dos custos da medicina curativa, centrada na atenção médica-hospitalar de complexidade crescente; a diminuição do crescimento econômico, com a respectiva repercussão na arrecadação do sistema previdenciário; a incapacidade do sistema em atender a uma população cada vez maior de marginalizados, que, sem carteira assinada e contribuição previdenciária, se viam excluídos do sistema; os desvios de verba do sistema previdenciário para cobrir despesas de outros setores e para a realização de obras por parte do governo federal; o não repasse pela União de recursos do Tesouro Nacional para o sistema previdenciário, cujo financiamento era trípartite (empregador, empregado e União).

²⁵ O Sistema Único de Saúde é instituído no artigo 198 da Constituição: "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único". Tal sistema deve ser "descentralizado" e deve prover "atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais". O texto constitucional demonstra claro compromisso com o Estado de bem-estar social, individualizando-se no cenário do constitucionalismo internacional por positivar o direito à saúde, bem como o sistema incumbido de sua garantia, em termos os mais abrangentes.

²⁶ V. Sueli Gondolfi Dallari, Competência municipal em matéria de saúde, *Revista de direito público* 92:173, 1989.

públicas de saúde), a Constituição atribuiu *competência comum* à União, aos Estados e aos Municípios (art. 23, II). Os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde²⁷.

24. Como todas as esferas de governo são competentes, impõe-se que haja *cooperação* entre elas, tendo em vista o "equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional" (CF/88, art. 23, parágrafo único). 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.

25. Logo após a entrada em vigor da Constituição Federal, em setembro de 1990, foi aprovada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90). A lei estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento. O SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta. A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar. Entre as principais atribuições do SUS, está a "formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção" (art. 6º, VI).

26. A Lei nº 8.080/90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais vale destacar o da universalidade – por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis – e o da subsidiariedade e da municipalização²⁸, que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos Municípios na execução das políticas de saúde em geral, e de distribuição de medicamentos em particular (art. 7º, I e IX).

27. A Lei nº 8.080/90 procurou ainda definir o que cabe a cada um dos entes federativos na matéria. A direção nacional do SUS, atribuiu a competência de "prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional" (art. 16, XIII), devendo "promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal" (art. 16, XV). A direção estadual do SUS, a Lei nº 8.080/90, em seu art. 17, atribuiu as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico e financeiro, e de executar supletivamente ações e serviços de saúde. Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde (art. 18, I e III).

28. Como se observa, Estados e União Federal somente devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprindo eventuais ausências dos Municípios. Trata-se de decorrência do princípio da *descentralização administrativa*. Como antes ressaltado, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de *subsidiariedade* e de *municipalização*²⁹. A mesma

²⁷ No âmbito da União, a direção do SUS ficará a cargo do Ministério da Saúde; nos Estados e no Distrito Federal, das Secretarias de Saúde ou de órgãos equivalentes; na esfera dos Municípios, da Secretaria de Saúde local ou de qualquer entidade correspondente (Lei nº 8.080/90, art. 9º).

²⁸ V. Marcos Masetti Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: Emerson Garcia (coord.), *A efetividade dos direitos sociais*, 2004, p. 213.

31. A União em parceria com o Instituto Federal de São Paulo e o Instituto Federal de São Paulo, ao gerir o estadiu de medicina e enfermagem, promoverá a formação de profissionais que reúne todos os critérios de competência e competência definidos no artigo 27 da Lei nº 13.211, de 5 de junho de 2007³⁶.

II. A questão específica da distribuição de medicamentos

adquiridos diretamente pelo Estado, particularmente os de distribuição em caráter excepcional. No caso específico do Estado do Rio de Janeiro, a Secretaria de Estado de Saúde criou Comitê Técnico Operacional, com as funções de adquirir, armazenar e distribuir os medicamentos de competência estadual (Resolução SES nº 2.471, de 20 de julho de 2004)³⁷. Além disso, criou também o Colegiado Gestor da Política Estadual de Medicamentos e Assistência Farmacêutica (Resolução SES nº 2.600, de 2 de dezembro de 2004)³⁸, que tem a função de auxiliar a Secretaria de Estado na gestão da Assistência Farmacêutica. Acrescenta-se ainda que o Governo Estadual possui um programa de assistência farmacêutica denominado *Farmácia Popular*, que fornece remédios à população a preços módicos³⁹.

32. Como se pode perceber da narrativa empreendida, não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omisso - ao menos do ponto de vista normativo - no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas - presume-se - considerando as possibilidades financeiras existentes. Apesar das reflexões teóricas e a descrição do quadro normativo, levadas a cabo nos capítulos anteriores, impõe-se agora a análise crítica do papel desempenhado pela jurisprudência para, na sequência, procurar desenvolver alguns parâmetros objetivos capazes de dar racionalidade e disciplina adequada à questão.

Parte III – Interferência do Poder Judiciário em Relação à Saúde e ao Fornecimento Gratuito de Medicamentos. Limites Legítimos e Crítica

I. O Espaço Inequívoco de Atuação Judicial

33. O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros

³⁷ Considerando a necessidade de contínuo abastecimento de medicamentos dos programas de assistência farmacêutica e a necessidade de padronizar os procedimentos administrativos adotados por todos os setores da Secretaria de Saúde, a citada resolução constituiu Comitê com as seguintes atribuições: (i) elaborar os procedimentos operacionais padronizados, para cada etapa do fluxo de aquisição, armazenamento e distribuição de medicamentos; (ii) analisar e avaliar os processos de aquisição de medicamentos em tramitação; (iii) elaborar cronograma de entrega de medicamentos; (iv) elaborar cronograma de pagamento para os fornecedores de medicamentos; (v) elaborar relatório de situação sobre abastecimento de medicamentos no prazo de 07 (sete) dias; e (vi) apresentar relatório com as medidas adotadas no prazo de 15 (quinze) dias.

³⁸ O Colegiado possui como objetivo formular políticas para o setor que envolvem um conjunto de iniciativas voltadas à promoção, proteção e efetivação da saúde. Segundo o art. 4º da Resolução, "os trabalhos do Colegiado gestor deverão englobar como eixo estratégico as diretrizes estabelecidas no item 5.3 da Portaria GM/MS nº 3.916/98 e em outros que forem considerados importantes para a melhoria do sistema de gestão, propondo, inclusive, medidas que julgar necessárias, encaminhando-as ao Secretário de Saúde para deliberação".

³⁹ Dados obtidos através do endereço: <http://www.ivb.rj.gov.br/principal.asp>: "Todas as farmácias vendem 48 medicamentos e mais as fraldas descartáveis (tamanhos M e G). Os medicamentos são produzidos pelo próprio IVB, Laboratório Farmacêutico da Marinha, IQUEGO (Indústria Química de Goiás), Lafape (Laboratório Farmacêutico do Estado de Pernambuco) e FUNED (Fundação Ezequiel Dias, de Minas Gerais). Tudo a R\$ 1. As fraldas são também para deficientes (de qualquer idade). Os medicamentos estão entre os mais consumidos pela terceira idade. São para hipertensão, cardiopatias, problemas de nervos, depressão, glaucoma e osteoporose entre outras. Para comprar na Farmácia Popular, é preciso ter 60 anos ou mais, apresentar receta médica da rede pública e com o nome genérico do medicamento e, ainda, morar nas regiões" (Acesso em 28 ago. 07).

casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas⁴⁰.

34. Pois bem. O controle jurisdicional em matéria de entrega de medicamentos deve ter por fundamento - como todo controle jurisdicional - uma norma jurídica, fruto da deliberação democrática. Assim, se uma política pública, ou qualquer decisão nessa matéria, é determinada de forma específica pela Constituição ou por leis válidas, a ação administrativa correspondente poderá ser objeto de controle jurisdicional como parte do natural ofício do magistrado de aplicar a lei. Também será legítima a utilização de fundamentos morais ou técnicos, quando seja possível formular um jústo de certo/errado em face das decisões dos poderes públicos. Não é dessas hipóteses que se está cuidando aqui.

35. O tema versado no presente estudo envolve princípios e direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Disso resultam duas consequências relevantes. A primeira: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização. Em segundo lugar, podem eles entrar em rota de colisão entre si. A extração de deveres jurídicos a partir de normas dessa natureza e estrutura deve ter como cenário principal as hipóteses de omissão dos Poderes Públicos ou de ação que contravinda a Constituição. Ou, ainda, de não atendimento do mínimo existencial.

36. Ressalvadas as hipóteses acima, a atividade judicial deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Em suma: onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

II. Críticas à Judicialização Excessiva

37. A normatividade e a efetividade das disposições constitucionais estabeleceram novos patamares para o constitucionalismo no Brasil e propiciaram uma *virada jurisprudencial*⁴¹ que é celebrada como uma importante conquista. Em muitas situações envolvendo direitos sociais, direito à saúde e mesmo fornecimento de medicamentos, o Judiciário poderá e deverá intervir. Tal constatação, todavia, não torna tal intervenção imune a objeções diversas, sobretudo quando excessivamente invasiva da deliberação dos outros Poderes. De fato, existe um conjunto variado de críticas ao ativismo judicial nessa matéria, algumas delas dotadas de seriedade e consistência. Faz-se no presente tópico um breve levantamento de algumas dessas críticas, sem a preocupação de endossá-las ou infirmá-las. O propósito aqui é oferecer uma visão plural do tema, antes da apresentação dos parâmetros propostos no capítulo seguinte.

38. A primeira e mais frequente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apóia na

⁴⁰ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito constitucional brasileiro*, *Interesse Público* 19:51, 2003.

⁴¹ J. I. Gomes Canoilo, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 2003, p. 26, faz referência à "viragem jurisprudencial", observando: "As decisões dos tribunais constitucionais passaram a considerar-se como um novo modo de praticar o direito constitucional – daí o nome de *moderno direito constitucional*".

R. Dir. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (63), 2008

"My José Gomes Cananéia, Dilema cultural e moral em autorreformas e regras de Constituição, 2001, p. 946." "As inúmeras discussões sobre justiciabilidade de programas políticos e a complexidade dos programas de governo, nem é possível, nem é desejável, tornar a discussão de questões de direitos humanos e de direitos civis e políticos para todos os cidadãos brasileiros um problema de direitos humanos ou de direitos civis e políticos para todos os cidadãos brasileiros. O que importa é que o direito à vida, à liberdade, à segurança, à dignidade humana e ao respeito à dignidade humana é um direito fundamental que deve ser garantido a todos os cidadãos brasileiros, independentemente de sua raça, cor, gênero, religião, orientação sexual, origem étnica, nível socioeconômico,所在地, 宗教信仰, 性取向, 种族, 性别, 收入水平, 地理位置等。"

42. Mais recentemente, vem se tornando recorrente a abertura de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocaam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de aendamentos dos gabinetes, algem de mudanças, de alterações estruturais e administrativas que, muitas vezes, recebem o nome de "reformas". Quando há alguma decisão judicial determinando a realização de procedimentos que alteram a estrutura administrativa, social e médica das organizações, é comum que sejam feitas regras regulamentares para que o resultado da decisão seja respeitado. Tais decisões privaram a Administração da capacidade de prever a demanda de serviços de saúde, para serem atendidas, e estabeleceram que a um paciente que o recebeu regularmente, para ser atendido, é só ligar que deve ser feita uma regra que garante que o paciente não terá mais direito ao tratamento de progresso, desestimulando a utilização de medicamentos prescritos. Quando a legislação, frequentemente determinada por uma decisão judicial, determina que a estrutura administrativa deve ser alterada, é comum que sejam feitas regras regulamentares para que o resultado da decisão seja respeitado.

“José Gomes Canhoto, Diretor construcional e reitor da Construtepro, 2001, p. 196, “as finanças não se podem manter com construções sociais, nem é possível desvincular os recursos da economia, bút que juntamente os recursos públicos e privados que integram o setor, devem ser usados para investimentos que, somando-se ao setor privado, geram mais empregos e mais renda para o país”.

42. Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objécto de que as ecclésias em particular de medicamentos provocaam a desorganização da administração pública. São comuns, por exemplo, programas de elaborações integrais do ambiente social e ambientais que visam a melhoria das condições de vida das populações. Tais decretos privaram a Administração de capacidade de obter a decisão favorável. Isto é, ao litigante individual que a um paciente que o recorre a regulamentar, para entregar-l-o ao Ministério da Saúde, desatendendo suas solicitações.

concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações, que passam de cidades São Paulo e, caberia ao povo lotar-las, diretrizmente ou por meio de suas representanças eleitorais. O resultado é que a maioria das cidades paulistas é, hoje, uma concentração de riquezas, com um desequilíbrio social que se reflete na desigualdade entre os bairros mais ricos e os mais pobres.

de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

43. No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública⁵¹, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável⁵². Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico⁵³. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde⁵⁴. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoia numa

⁵⁰Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37: 113, 2003, sintetiza a crítica da seguinte forma: “Um viés da crítica que se traga ao interventionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impondo a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência”.

⁵¹Como esclarece Marcos Maselli Gouvêa, O direito ao fornecimento estatal de medicamentos, *Revista forense* 37: 108, 2003. “Em tese, seria possível aventar uma infinidade de medidas que contribuiriam para a melhoria das condições de saúde da população, decorrendo das a necessidade de se precisar que meios de valorização da saúde poderiam ser postulados judicialmente. Um grupo de cidadãos poderia advogar que a ação do Estado, na área de saúde, fosse máxima, fornecendo tudo o quanto, ainda remotamente, pudesse satisfazer tal interesse; outros poderiam enfatizar o cuidado com práticas preventivas, concordando com o fornecimento, pelo Estado, de vacinas de última geração, de eficácia ainda não comprovada; um terceiro grupo poderia pretender que o Estado desse impulso a uma política de saúde calcada na medicina alternativa, ou ao subsídio aos planos privados de saúde. Existe, enfim, um leque infinito de estratégias possíveis, o que aparentemente tornaria inviável sindicarem-se prestações positivas, nessa seara, sem que o constituinte ou o legislador elegesse uma delas”.

⁵²Varun Gauri, Social Rights and Economics: Claims to Health Care and Education in Developing Countries, *World Development* 32 (3): 465, 2004.

⁵³Dados disponíveis em: http://www.planejamento.rj.gov.br/OrcamentoRJ/2007_LOA.pdf. Acesso em 22 out. 2007.

⁵⁴Segundo Arthur Bragança de Vasconcellos Weintraub, Direito à saúde no Brasil e princípios da segurança social, *Revista de direito social* 20:58, 2005: “O atendimento integral é fruto da universalidade objetiva, sendo que a prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, é oriunda da razoabilidade. Como diria São Jerônimo, *santa simplicitas*: é melhor prevenir que remediar. E remediar faz mais sentido quando se trata de saúde. Previnam-se as doenças, mantendo-se o atendimento para os já enfermos. Tal prevenção envolve um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social. (...) Estas diretrizes [as do art. 200 da CF/88] confirmam o alcance de um conceito amplo de saúde, associado com o equilíbrio físico, o psicológico e o social, o meio ambiente de trabalho e a saúde do trabalhador, v. g., são interesses difusos, pois causam impacto social. A vigilância sanitária e epidemiológica também é prioridade. Temos visto recentemente o governo investir mais em referendos do que no controle da febre aftosa ou da gripe aviária. São questões intrínsecas à saúde, que deveriam ser essência da atuação estatal”. V. também: Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p. 19: “Certas prestações, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do postulante que ajuizasse ação neste sentido, poderiam canalizar tal aporte de recursos que se tornaria impossível estendê-las a outras pessoas, com evidente prejuízo ao princípio igualitário”.

abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios⁵⁵.

44. As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecê-los seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média⁵⁶.

45. Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apoia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública⁵⁷. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração

⁵⁵Nesse sentido, v. TJRJ, j. 20 set. 1994, Apelação Civil 1994.001.01749, Rel Des. Carpêna Amorim.

⁵⁶Como sustenta Lúcia Léa Guimarães Tavares, O fornecimento de medicamentos pelo Estado, *Revista de direito da Procuradoria-Geral* 55:109-10, 2002: “Uma última questão restaria a ser discutida, tendo em vista que as decisões judiciais não são ‘seletivas’ no que se refere à definição dos medicamentos que devem ser fornecidos. É comum que alguns magistrados determinem a entrega de remédios inexistentes no país, que devem ser importados, às vezes muito dispendiosos. Em geral, não são sensíveis aos argumentos de sua inexistência ou de seu alto custo, firmes na posição de que recursos existem, mas são mal aplicados pelo Poder Executivo. Não posso, nem quero, entrar no mérito de questão do desperdício dos recursos públicos, desperdício este que, lamentavelmente, não é privilégio do Poder Executivo. Mas não há dúvida de que os recursos são escassos e sua divisão e apropriação por alguns segmentos – mais politizados e articulados – pode ser feita em detrimento de outras áreas da saúde pública, politicamente menos organizadas e, por isto, com acesso mais difícil ao Poder Judiciário”.

⁵⁷É o que explica Marcos Maselli Gouvêa, O controle judicial das omissões administrativas, 2003, p.22-3: “O princípio da separação de poderes compreende, portanto, uma vertente polifuncionalista que não se pode desprezar, sob pena de restringir-se a soberania popular. Afora esta componente, a separação de poderes traduz-se numa consideração técnico-operacional. O Legislativo e principalmente o Executivo acham-se aparelhados de órgãos técnicos capazes de assessorá-los na solução de problemas mais complexos, em especial daqueles campos que geram implicações macropolíticas, afetando diversos campos de atuação do poder público. O Poder judiciário, por sua vez, não dispõe de iguais subsídios; a análise que faz do caso concreto tende a perder de vista possíveis implicações fáticas e políticas da sentença, razão pela qual os problemas de maior complexidade – incluindo a implementação de direitos prestacionais – devem ser reservados ao administrador público. Aos empecilhos normativo-estruturais, financeiros e políticos listados acima são somados os obstáculos processuais. Ao passo em que os direitos liberais há séculos já se encontram consagrados nos ordenamentos e na jurisprudência dos mais diversos países, apenas no século XX passou-se a reservar maior atenção aos direitos prestacionais. Existe uma notável discrepância entre a complexidade e a eficiência dos remédios jurídicos destinados à salvaguarda dos direitos liberais (*habeas corpus*, mandado de segurança) e a completa ausência de instrumentos específicos de tutela dos direitos prestacionais. Não existe ainda, com pertinência a estas situações jurídicas, a vasta produção doutrinária e os precedentes jurisprudenciais que amoldam, encorpam, os direitos de primeira geração”.

Parámetros: a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas. Um dos fundamentos para o primário patrimônio proposto acima, como referido, é a presunção - legítima, considerando a separação de Poderes - de que os Poderes são independentes entre si. Isso implica que cada Poder deve ser julgado judicialmente, por natureza, não é solução ou interincompatibilidade dos mesmos. Essa presunção, por sua vez, é resultado das estruturas constitucionais, dos recursos disponibilizados e da eficácia das medidas judiciais. Embora não seja julgável refazer as escolhas dos demais Poderes, é importante não julgar a mesma questão de forma idêntica.

Assim, a impossibilidade de decisões judiciais que determinam a ligação entre indivíduos baseia-se naqueles por certo abusos.

[.Em Relação às Agções Colaborativas](#)

III. Em Redação às Ações Individuais

Parte IV - Algunos Parámetros para Recomendar e Utilizar la Autogas

1. Em que tipo de ações intermediárias

L'UNIVERSITÀ - REGISTRAZIONE DI PIAZZA E DOCUMENTAZIONE - Cognacq-Jay

[Cíal no Formecimento de Medicamente](#)

Parte IV - Alguns Parâmetros para Radionálizade Unilateralizada a Altura de 50 m.d.t.

Pfundesche

88-11170-A

<http://www.sciencedirect.com>

Digitized by srujanika@gmail.com

a concessão de medicamentos não constantes das listas não impede que as próprias listas sejam discutidas judicialmente. O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão do determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos *erga omnes* no limite territorial da jurisdição de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade de alocações orçamentárias⁶². As razões para esse parâmetro são as seguintes.

52. *Em primeiro lugar*, a discussão coletiva ou abstrata exigirá naturalmente um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los. Será possível ter uma idéia mais realista de quais as dimensões da necessidade (e.g., qual o custo médio, por mês, do atendimento de todas as pessoas que se qualificam como usuárias daquele medicamento) e qual a quantidade de recursos disponível como um todo.

53. *Em segundo lugar*, é comum a afirmação de que, preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *micro-justiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macro-justiça*⁶³. Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças. Lembre-se ainda, como já se referiu, que a própria Constituição estabelece percentuais mínimos de recursos que devem ser investidos em determinadas áreas: é o que se passa com educação, saúde (CF/88, arts. 198, § 2º, e 212) e com a vinculação das receitas das contribuições sociais ao custeio da segurança social. Nesse caso, o controle em abstrato – da alocação orçamentária de tais recursos às finalidades impostas pela Constituição – torna-se substancialmente mais simples.

54. *Em terceiro lugar*, e como parece evidente, a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade produzirá efeitos *erga omnes*, nos termos definidos pela legislação, preservando a igualdade e universalidade no atendimento da população. Ademais, nessa hipótese, a atuação do Judiciário não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal. Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente. Do ponto de vista da defesa do Estado em ações judiciais, essa solução igualmente barateia e racionaliza o uso dos recursos humanos e físicos da Procuradoria-Geral do Estado.

55. No contexto dessas demandas, em que se venha a discutir a alteração das listas,

⁶²Isto, é claro, dependeria de uma revisão mais abrangente da tradicional jurisprudência do STF, restritiva ao controle em abstrato das leis orçamentárias. Como exemplo dessa linha interpretativa, v. STF, DJU 16 mar. 2007, ADI 3.652/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: "Limites na elaboração das propostas orçamentárias (Art. 41): inviabilidade do exame, no controle abstrato, dado que é norma de efeito concreto, carente da necessária generalidade e abstração, que se limita a fixar os percentuais das propostas orçamentárias, relativos a despesas de pessoal, para o ano de 2006, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público: precedentes".

⁶³Richard A. Posner, *Economic analysis of law*, 1992; Gustavo Amaral, *Direito, escassez & escolha - Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões iráticas*, 2001; e Flávio Galdino, *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*, 2005.

é possível cogitar ainda de outros parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões na matéria. Confiram-se.

a) **O Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos.**

56. Um dos aspectos elementares a serem considerados pelo Judiciário ao discutir a alteração das listas elaboradas pelo Poder Público envolve, por evidente, a *comprovada eficácia das substâncias*. Nesse sentido, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça suspendeu liminar em ação civil pública que obrigava o Estado a distribuir *Interferon Pergilado* ao invés do *Interferon Comum*, este já fornecido gratuitamente. O Tribunal entendeu que o novo medicamento, além de possuir custo desproporcionalmente mais elevado que o comum, não possuía eficácia comprovada. Entendeu ainda que o Judiciário não poderia se basear em opiniões médicas minoritárias ou em casos isolados de eficácia do tratamento⁶⁴. No mesmo sentido, não se justifica decisão que determina a entrega de substâncias como o composto vitamínico "cogumelo do sol", que se insiram em terapias alternativas de discutível eficácia⁶⁵.

b) **O Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil.**

57. A inclusão de um novo medicamento ou mesmo tratamento médico nas listas a que se vinculam os Poderes Públicos deve privilegiar, sempre que possível, medicamentos disponíveis no mercado nacional e estabelecimentos situados no Brasil, dando preferência àquelas conveniados ao SUS⁶⁶. Trata-se de decorrência da necessidade de se harmonizar a garantia do direito à saúde com o princípio constitucional do acesso universal e igualitário. Nesse sentido, embora em demanda individual, o Ministro Cezar Peluso, no RE 411.557/DF, admitiu a possibilidade do exame dos fatos e provas, de modo a verificar se seria possível a substituição do tratamento no exterior por um similar no país, o que apenas não ocorreu por se tratar de recurso extraordinário⁶⁷.

c) **O Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo.**

58. Pelas mesmas razões referidas acima, os medicamentos devem ser preferencialmente genéricos ou de menor custo. O medicamento genérico, nos termos da legislação em vigor (Lei nº 6.360/76, com a redação da Lei nº 9.787/99), é aquele similar ao produto de referência ou inovador, com ele intercambiável, geralmente produzido após a expiração da proteção patentária, com comprovada eficácia, segurança e qualidade.

d) **O Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a**

⁶⁴STJ, DJU 5 abr. 2004, AgRg-Pet 1.996/SP, Rel. Min. Nilson Naves.

⁶⁵Como esclarece Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito Público* 12:68-9 , 2006: "o Poder Judiciário não necessita ficar vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitaria que o Estado seja a compelido a custear medicamentos ou tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e até mesmo, anféticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros".

⁶⁶Ricardo Seibel de Freitas Lima, Direito à saúde e critérios de aplicação, *Direito público* 12:66, 2006.

⁶⁷STF, DJU 26 out. 2004, RE 411.557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

Estado e do Município, incluindo alternativas com o mesmo princípio ativo. Os entendimentos visam ainda à adoção de intimação por meio eletrônico. Pelo Tribunal de Justiça os entendimentos têm sido conduzidos pelo Desembargador Antônio Siqueira, tendo sido realizadas reuniões nos dias 12 e 24 de setembro. Na primeira das reuniões foi entregue, pela área de informática do TJRJ, o "documento de Visão" em anexo. Posteriormente foi realizada uma reunião com representantes da área de informática dos entes envolvidos (também objeto de relato em anexo) estando o assunto aguardando a conclusão do software *par parte do SESDEC*.

9. Assim, entendemos convenientes a autuação de processo administrativo, tendo como objetivo o registro e o acompanhamento do desenvolvimento das referidas ações.

A Assessoria do Gabinete, para a referida autuação, devendo ser extraída cópia do estudo em anexo para registro na documentação. Após, voltem.

Rio de Janeiro, 1º de fevereiro de 2008.

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS
Subprocurador-Geral do Estado

PROCURADORIA TRIBUTÁRIA

Parceria nº 2/2007 – LAMGS - Luis Alberto Miranda Garcia de Souza

Processo nº E-04/401.668/07 - ICMS - DIFERIMENTO.

Lei estadual nº 5.037, de 6 de junho de 2007, arts. 3º e 5º. Revogação do art. 17, § 5º, da Lei estadual nº 2.657/96, no qual se previa a competência do Poder Executivo para submeter operações e prestações ao regime de diferimento. Análise dos efeitos da nova lei.

Senhora Procuradora-Geral:

1. A consulta

Trata-se de examinar os efeitos da Lei estadual nº 5.037, de 6 de junho de 2007, por meio da qual foi suprimido o § 5º do art. 17 da Lei estadual nº 2.657/96. O dispositivo revogado tinha a seguinte redação:

"Art. 17.....
§ 5º – É facultado ao Poder Executivo submeter ao regime de diferimento operações e prestações, estabelecendo o momento em que deva ocorrer o lançamento e pagamento do imposto e atribuindo a responsabilidade, por substituição, a qualquer contribuinte vinculado ao momento final do diferimento".

Diante de tal inovação legislativa, formula o Sr. Superintendente de Tributação seis quesitos, todos demandando uma análise dos efeitos da nova lei (publicada no D.O. de 11-6-2007) sobre diversas situações hoje existentes. São os seguintes os quesitos apresentados às fls. 2/3 (aqui com adaptações-textuais):

(1º) Qual o alcance dos arts. 3º e 5º da Lei estadual nº 5.037/07 em relação aos atos materiais praticados pelos sujeitos passivos, entre 1º-1-2007 e 10-6-2007, com fundamento em decreto do Poder Executivo que submetia operações e prestações ao regime de diferimento?

(2º) Qual o alcance dos arts. 3º e 5º da Lei estadual nº 5.037/07 em relação aos atos normativos concessivos de regimes de diferimento já editados pelo Chefe do Poder Executivo em data anterior a 11-6-2007 (data de publicação da Lei nº 5.037/07)? Pede-se ainda seja indicado o atual fundamento de validade desses atos normativos concessivos de diferimento.

(3º) Qual o alcance dos arts. 3º e 5º da Lei estadual nº 5.037/07 em relação aos atos da Chefia do Poder Executivo, editados em data anterior a 11-6-2007, mediante os quais foram concedidos diferimentos especificamente a determinados sujeitos passivos, com ou sem prazo certo?

(4º) Qual o alcance dos arts. 3º e 5º da Lei estadual nº 5.037/07 em relação aos decretos genéricos e abstratos, já eficazes no

