

CONTROLE JURISDICIONAL NÃO JUDICIAL E JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

NON-JUDICIAL AND JUDICIAL JURISDICTIONAL CONTROL OF PUBLIC HEALTH POLICIES

Leonardo José Rodrigues Do Espírito Santo¹

Resumo

Trata-se de artigo que, valendo-se do método qualitativo exploratório por coleta de dados, tem por objetivo discutir o controle das políticas públicas de saúde sob o enfoque do controle jurisdicional da dispensação de tratamentos de saúde de alto custo pelo Sistema Único de Saúde, analisando tal questão a partir do ângulo da programação orçamentária, da efetivação das políticas públicas sociais de saúde e da competência constitucional dos órgãos de controle externo. Busca-se estabelecer parâmetros para a atuação judicial e, atendendo ao princípio da separação de poderes e a teoria das capacidades institucionais, conclui-se que somente a construção dialógica das ações de governo por meio de um processo objetivo de cooperação que deve incluir os dados concretos das demandas judiciais (o perfil das demandas judiciais na área da saúde pública, o impacto financeiro do cumprimento das demandas judiciais referentes à saúde pública no âmbito da União, do Distrito Federal, dos estados e dos municípios, as medidas tomadas para aperfeiçoar a atuação do Poder Judiciário nos processos relativos ao direito sanitário e à saúde pública, as ações do Ministério da Saúde e das Secretarias estaduais e municipais de saúde para conhecer e mitigar os efeitos negativos da judicialização da saúde) é capaz de trazer uma solução para o problema.

Palavras-Chave: Políticas públicas sociais de saúde. Orçamento programa. Tratamentos de saúde de alto custo. Tribunais de Contas. Controle judicial. Parâmetros.

Abstract

This is an article that, using the exploratory qualitative method for data collection, aims to discuss the control of public health policies from the perspective of jurisdictional control of the dispensation of high-cost health treatments by the Unified Health System, analyzing this issue from the angle of budget programming, the implementation of social public health policies and the constitutional competence of external control bodies. It seeks to establish parameters for judicial action and, taking into account the principle of separation of powers and the theory of institutional capacities, it is concluded that only the dialogical construction of government actions through an objective process of cooperation that must include data concrete aspects of legal demands (the profile of legal demands in the area of public health, the financial impact of complying with legal demands relating to public health within the Union, the Federal District, states and municipalities, the measures taken to improve performance of the Judiciary in processes related to sanitary law and public health, the actions of the Ministry of Health and the state and municipal health departments to understand and mitigate the negative effects of the judicialization of health) is capable of bringing a solution to the problem.

¹ Leonardo José Rodrigues do Espírito Santo, ljres3137@gmail.com, ORCID ID 000-0002-5728496X, mestrando em Direito Constitucional pela PUC-SP, Auditor de Controle Externo lotado na Procuradoria Jurídica do TCE-PA, Advogado.

Keywords: Social public health policies. Program budget. High cost health care. Courts of Accounts. Judicial control. Parameters.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais sociais de saúde são codificados financeiramente através da inserção de políticas públicas de saúde em programas orçamentários, cujo controle de efetividade é feito pelos Tribunais de Contas. No Estado Constitucional, subsiste o direito fundamental ao bom governo² ou boa administração, definidos a partir do conceito de justiça financeira e de sustentabilidade³ (direito às finanças públicas equilibradas) das presente e futuras gerações. O controle judicial de tais políticas públicas, principalmente nos casos de tratamento de saúde de alto custo financiados pelo Sistema Único de Saúde, deve ocorrer em situações excepcionais, em caso de política pública existente e, desde que, observados parâmetros de racionalidade e vise atender ao princípio do mínimo existencial.

As normas constitucionais que disciplinam a direito à saúde encontram-se dispostas nos artigos 23, inciso II (competência administrativa comum para formular políticas públicas); 24, inciso XII, e no art. 30, inciso II (competência legislativa concorrente para proteção e defesa da saúde) e, de maneira geral, estabelecem que cabe à União editar normas gerais, aos Estados, a suplementação das leis federais, e aos Municípios legislar sobre normas de interesse local.

Entretanto, o planejamento e a execução das políticas públicas de saúde são de competência comum dos três entes federados, devendo existir uma atuação baseada na cooperação com vista a promover o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Na seara infraconstitucional, a Lei nº 8.080/90 – Lei Orgânica da Saúde – prevê e define o Sistema Único de Saúde como conjuntos de ações e serviços de saúde neles incluídos os serviços privados contratados ou conveniados, regidos pelos princípios da universalidade, da subsidiariedade e da municipalização (BRASIL, 1990). Nesta estrutura normativa, compete ao ente federal prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional, com descentralização dos serviços e das ações de saúde para os municípios e atuação complementar dos Estados.

² Expressão usada por Moises Maciel (2020).

³ Expressão cunhada por Juarez Freitas (2019).

Muito embora, do ponto de vista normativo, tenhamos uma poderosa estrutura orgânica, o fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde vem sofrendo pesada intervenção do Poder judiciário mediante determinações à administração pública de custeio de fármacos.

Este artigo tem por objeto o exame do controle jurisdicional da disponibilização de tratamentos de saúde de alto custo pelo Sistema Único de Saúde, analisando tal questão a partir do ângulo da programação orçamentária e da efetivação das políticas públicas sociais de saúde.

Estudaremos o controle das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário, sob os aspectos da macrojustiça e da microjustiça, estabelecendo parâmetros racionais de julgamento e definindo os limites de atuação judicial, a partir das teorias das capacidades institucionais, da separação de poderes e do mínimo existencial.

Ao final, pretende-se responder as seguintes questões: a) quais os limites impostos ao exercido do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas de saúde, envolvendo tratamentos de alto custo? Qual a intersecção deste controle com o exercido pelos Tribunais de Contas? b) como estabelecer o equilíbrio entre o dever de promoção da saúde e a proteção a vida (direito individual à saúde) e o direito à política pública de saúde (direito coletivo à saúde)?

2 **CONTROLE JURISDICIONAL JUDICIAL⁴: DISFUNCIONALIDADE?**

A questão específica da dispensação gratuita de medicamentos de alto custo pelo Sistema Único de Saúde encontra-se disciplinada pela Portaria nº 3.916/98 do Ministério da Saúde que estabelece a matriz e toda a estrutura da Política Nacional de Medicamentos que integra a Política Nacional de Saúde, cabendo ao gestor federal, por meio do Ministério da Saúde, estabelecer normas e promover a assistência farmacêutica nas três esferas de poder, bem como elabora, atualizar e revisar a Relação Nacional de Medicamentos (BRASIL, 1998). Aos municípios coube garantir, prioritariamente, o acesso aos medicamentos voltados à atenção básica de saúde, além daqueles definidos no plano municipal de saúde. À União, ao Distrito Federal e aos Estados atribuiu-se a obrigação de aquisição e distribuição dos

⁴ Muito embora haja grande divergência na doutrina, a jurisdição também é exercida pelos Tribunais de Contas, existindo, inclusive, fora do Estado, como nas hipóteses de jurisdição paraestatal, jurisdição extraestatal, jurisdição comunitária, jurisdição arbitral, bem como podemos encontrá-la desvinculada da ideia de soberania, a exemplo da jurisdição consultiva (GONÇALVES, 2020, p. 119). Por esta razão, neste artigo, será feita a distinção entre jurisdição judicial, exercida pelo Poder Judiciário, e Jurisdição não judicial, exercida pelos Tribunais de Contas.

medicamentos de caráter excepcional, cabendo aos gestores estaduais a disponibilização de medicamentos para tratamento de patologias específicas, de alto custo que atinge número limitado de pacientes.

Existe, portanto, um modelo de cooperação financeira e técnica com repartição de atribuições regidas pelos princípios da descentralização administrativa, da subsidiariedade e da municipalização que orientam a articulação entre os três entes federativos na elaboração das listas de medicamentos definidas por cada um.

O problema começa quando, por meio de decisões judiciais, se busca dar efetividade a norma programática disposta no art. 196 da Constituição Federal que estabelece que o direito à saúde será implementado por meio de políticas sociais e econômicas. É que, por meio deste desenho institucional, traçado pelo poder constituinte originário, a implementação de tais políticas compete aos Poderes Legislativo e Executivo, sob controle financeiro e de resultados exercido pelos Tribunais de Contas, e não ao Poder Judiciário (BRASIL, 1988).

Surgiria, em caso da implementação do direito individual da saúde em detrimento do direito coletivo, por meio de decisão jurisdicional judicial, uma colisão de interesses jurídicos a ser resolvida, a partir da atribuição de normatividade aos princípios e da necessária distinção entre princípios (que abrigam um fundamento ou um valor) e regras (mandamentos definitivos). Neste caso, Barroso (2007) traz, com argumento relevante a ser debatido, a teoria da análise econômica do direito pela qual o benefício social auferido com a entrega singular de um medicamento de alto custo é bem menor que o resultado social angariado com um programa coletivo que trata da política pública de saúde e, por fim, esclarece que a questão envolve princípios e direitos fundamentais que por envolverem cláusulas gerais como a dignidade da pessoa humana, a vida e a saúde, comportam grande diversidade de sentidos e podem ser implementadas de forma diferentes, e, por isso, em caso de colisão devem ser resolvidos tendo como cenário prevalente a omissão ou comissão dos Poderes Públicos que afronta a Constituição.

E arremata:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades sócias e econômicas. Contudo, quando o Poder Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegiam aqueles que possuem acesso qualificado a justiça. Por isso, a possibilidade de o judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria a 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 (BARROSO, 2007, p. 27).

Nos debruçaremos, neste artigo, sobre os limites imposto ao exercido do controle do Poder Judiciário sobre as políticas públicas de saúde, envolvendo medicamentos de alto custo. E, conseqüentemente, qual a intersecção deste controle com o exercido pelos Tribunais de Contas.

Começaremos estabelecendo as diferenças fundamentais entre os instrumentos de controle:

a) O controle pelos Tribunais de Contas se dá pelo exercício da tutela jurisdicional e administrativa das finanças públicas, a partir de competências privativas, fixadas no art. 71 da Constituição Federal (BRASIL, 1988); a.1) o objeto do processo de controle é a tutela da gestão pública, e a jurisdição de contas se projeta sobre os atos financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais, sob os aspectos da legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade da gestão (tutela coletiva do orçamento, das finanças e dos resultados das políticas públicas que possuem conteúdo de concretização de direitos fundamentais); a.2) os instrumentos processuais de controle, tais como, a tomada e a prestação de contas, as auditorias, as inspeções, o acompanhamento e o levantamento, são específicos e especiais, manejados por um corpo auditorial multidisciplinar, concursado e especializado (critério da especialização funcional);

b) O controle judicial das políticas públicas ocorre por exceção, como meio de salvaguarda de direitos fundamentais, em casos de disfuncionalidade, sob a forma exclusiva de tutela jurisdicional, inserida na cláusula geral de competência judicial, prevista no art. 5, inciso XXXV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988); b.1) os instrumentos processuais utilizados são genéricos, como a ação civil pública⁵, as ações coletivas, a ação de descumprimento de preceitos fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade e de inconstitucionalidade por omissão, que visam a tutela de direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos (direitos metaindividuais ou transindividuais), ou a higidez das normas constitucionais; b.2) não existe órgão judicial ou corpo funcional do poder judiciário especializado no controle de políticas públicas.

A ações de controle de constitucionalidade estão no grupo das medidas de controle constitucional de políticas públicas, que engloba o controle concentrado (ou abstrato) e o

⁵ A Lei n. 7.347/1985, art. 1, não inclui as políticas públicas no rol de objetos da ação civil pública, de modo que somente por força da regra geral contida no inciso IV, podemos entender possível a sua tutela por meio deste instrumento (BRASIL, 1985).

controle difuso (ou no caso concreto). Neste campo, o objeto de sindicabilidade são as diretrizes fixadas pela Constituição para implementação das políticas sociais a partir do agir administrativo e legislativo. Cabe ao Poder Judiciário eliminar e corrigir incompatibilidades, em face de ações ou omissões provenientes dos outros Poderes, no que diz respeito à implementação de direitos fundamentais (CARVALHAES, 2019). O problema, segundo Andréia Schneider Carvalhaes (2019), é que a Constituição não delimita de forma específica como e qual programa deve ser implementado, principalmente no tocante à destinação dos recursos públicos, que envolve o quanto gastar, com que finalidade gastar, em que gastar e como gastar.

A situação, em caso de propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, por versar sobre inação do poder público quanto ao dever de legislar ou quanto a adoção de providência de índole administrativa que venha a prejudicar a efetividade do texto constitucional, é ainda mais complexa, porque o Poder Judiciário não pode assumir a função de legislador positivo, devendo apenas cientificar o poder público sobre a necessidade de adoção da providência de concretização do texto constitucional e ainda que a decisão possua natureza mandamental, a exemplo da fixação de prazo para cumprimento, não detém efeito concreto.

A ação civil pública é o principal instrumento de tutela coletiva, inserida no âmbito da macrojustiça e de ampla efetividade no controle de políticas públicas, fundada na proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, voltada à proteção dos direitos fundamentais. A esta, devemos somar outros microsistemas jurídicos, como o Estatuto de Defesa do Torcedor, o Estatuto do Idoso, a Lei de Violência Doméstica, a Lei do Mandado de Segurança, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Geral de Proteção de Dados e o Marcos Civil da Internet (CARVALHAES, 2019).

Muito embora as políticas sociais propriamente ditas não sejam o objeto da ação civil pública, mas sim os direitos transindividuais por ela abrangidos, havendo omissão ou ineficiência na gestão pública quanto à execução dos programas e ações governamentais, onde estão inseridas as atividades prestacionais do Estado, este instrumento de tutela coletiva, na defesa dos direitos metaindividuais, é hábil a legitimar o controle do Poder Judiciário na correção da execução da política pública (CARVALHAES, 2019) deficiente ou omissa.

O problema é que, o controle judicial só é possível e efetivo, conforme afirma Andreia Schneider Carvalhes (2019), se a política pública estiver institucionalizada normativamente, trazendo o programa, as diretrizes, as prioridades, as metas, os indicadores e os meios

financeiros para sua execução, pois são esses critérios que balizarão a atuação do Poder Judiciário. O ponto de partida, para que haja segurança jurídica, portanto, há de ser a política pública existente (prevista na lei orçamentária).

No mesmo sentido, Vanice do Valle (2009) leciona que prover um montante determinado de recurso financeiros via orçamento, pressupõe uma quantificação desses mesmos valores, que há de ser decorrente de um conhecimento prévio de qual seja a ação ou programa a ser desenvolvido. A atuação Judicial fica reduzida àquelas hipóteses em que os detalhes relacionados ao desenho e custo da política pública cogitada sejam conhecidos – e, portanto, não é possível, na hipótese de ausência total de política pública, alcançar, por meio de uma decisão judicial, justamente essa definição do curso da ação governamental a ser determinado à administração. Afinal, ainda que se pudesse cogitar de uma ordem de remanejamento de recursos não quantificados – tantos quantos sejam necessários – o resultado será uma carga de indeterminação tão alta no *decisum* que tendencialmente comprometerá sua própria observância.⁶

No que diz respeito à formulação das políticas públicas, não previstas normativamente nas leis orçamentárias, a decisão do Poder Judiciário deverá limitar-se à determinação (caráter mandamental) de inclusão da demanda social na pauta de debate do poder público para que os diversos atores sociais, inseridos no ciclo de formação das políticas públicas, definam seu conteúdo e estabeleçam a ação governamental a ser adotada.

Não está o órgão judicial autorizado a criar política pública, afastando de maneira unilateral todo o ciclo de formação da agenda de governo, e não lhe é permitido desconsiderar as regras constitucionais de elaboração orçamentária (processo legislativo) e de equilíbrio financeiro. Principalmente, estabelecer a inclusão de despesa ou determinar a abertura de créditos adicionais sem indicar a fonte de recurso, nem desconsiderar os riscos e as metas fiscais definidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias e o planejamento estratégico traçado no Plano Plurianual. Bem como, não pode ao determinar a execução de determinada despesa

⁶ Outra observação crítica, lançada por Andréia Schneider Cravhalhaes (2019, p. 119-120), é que a “preferência pela solução de demandas sociais que envolvam políticas públicas através da ordem judicial, em ações individuais ou coletivas, do simples remanejamento ou previsão futura de recursos, parece desconhecer a circunstância de que, uma vez que as dotações são limitadas, a destinação de valores a um programa ou ação, evidentemente significa a diminuição na mesma proporção, do montante destinado a outras atividades desenvolvidas pelo poder público. Equivale a dizer que uma atuação cuja inspiração original envolve o discurso da busca de concretização de uma justiça distributiva - a final, essa é a matriz teórica original da própria concepção dos direitos fundamentais de segunda dimensão – pode se converter, do ponto de vista concreto, numa inversão absoluta dessa lógica, consagrando uma espécie de direito à preferência em favor de um determinado jurisdicionado ou de uma área de atuação posta na pauta do controle, sem que a Constituição assegure, ou mesmo reconheça possível, o estabelecimento dessa mesma prioridade”.

pública afastar, indiretamente, a obrigação do gestor público prestar contas aos órgãos de controle externo, fundamento de qualquer Estado democrático e republicano.

Neste último caso, a decisão judicial ainda produziria um outro efeito jurídico, secundário e deletério: tornar inócua a regra constitucional constante do art. 71, inciso II⁷. Equivale a dizer, estamos diante de hipótese de exclusão da responsabilidade do administrador de recursos públicos, tendo em vista que a despesa executada resultou do cumprimento de decisão judicial, e o órgão judicial que determinou a execução da despesa, e que, portanto, do ponto de vista fático, é o responsável pelo gasto, não prestará contas dos recursos públicos despendidos.

Vou mais além, para chegar à hipótese de realização de auditoria operacional pelo Tribunal de Contas, onde venha-se a constatar que o cumprimento da decisão judicial produziu resultado antieconômico e que a despesa pública se mostrou ineficiente e ineficaz do ponto de vista de concretização dos resultados sociais almejados. Mais ainda, gerou grave distorção no equilíbrio orçamentário e financeiro das contas públicas, comprometendo, inclusive, o atingimento das metas previstas para outros programas e ações de governo de natureza igualmente social.

Nesta situação, tendo o gestor público executado fielmente a decisão judicial, não poderá ter suas contas desaprovadas, nem poderá sofrer sanções de natureza pecuniária, muito menos poderá o Tribunal de Contas cassar, *spont propria*, a decisão judicial ou responsabilizar, do ponto de vista do exercício do controle financeiro e orçamentário, o magistrado que proferiu a decisão.

Ainda que se avalie o resultado da execução da decisão judicial, voltamos ao problema inicial: Demonstrada a ineficiência da medida forçadamente implementada pelo administrador público e verificado que os resultados esperados com a implementação da política pública não foram alcançados, poderá este ser responsabilizado ou de alguma forma penalizado? A resposta continua sendo negativa. E, a conclusão será, inevitavelmente, que nem tudo que vem do Poder Judiciário é legítimo e que a avaliação realizada, quando positiva, apenas serve para diminuir seu *déficit* de representação política.

⁷ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (BRASIL, 1988).

Podemos definir, então, que a atuação judicial quanto ao controle de políticas públicas, especialmente as de saúde, estará sempre condicionada: a) ao mínimo existencial a ser garantido ao cidadão (art. 1º e art. 3º da CF); b) à razoabilidade na prestação individual social deduzida em juízo (art. 5º da CF); c) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas a prestação positiva reclamada (reserva do possível - teoria dos custos do direito) – art. 165 da CF (GRINOVER (2010)); d) a existência de política pública incluída em programação orçamentária pelo Poder Executivo e aprovada pelo Poder Legislativo ou prevista na Constituição Federal, cuja execução é obrigatória (art. 165, §10º e art. 167, inciso I, da CF); e) a impossibilidade de substituir a política pública inserida na agenda de governo pelo diversos atores sociais, por outra definida unilateralmente e de forma individual pelo Poder Judiciário (art. 196, art. 205, art. 211 e art. 230 da CF); f) ao respeito ao ciclo de formação das políticas pública; g) a universalidade das políticas públicas (art. 196, art. 205, art. 211 e art. 230 da CF); h) ao respeito à competência privativa do Poder Executivo de propor lei de natureza orçamentária, remanejar, transferir e transpor⁸ recurso e solicitar créditos adicionais, ao respeito às proibições de criar despesa sem a respectiva fonte de receita e de dar início a programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual (art. 167 da CF); i) ao devido processo legal orçamentário (art. 59 da CF); j) ao dever constitucional de prestar contas em razão da administração de recursos públicos (art. 71 da CF); l) aos ditames da lei de responsabilidade fiscal, mormente o planejamento, a responsabilidade e o equilíbrio das contas públicas e do orçamento (art. 163 da CF); m) aos valores constitucionais e à concretização do direito fundamental violado ou ameaçado⁹.

Barroso (2007) define alguns parâmetros para a atuação judicial em relação às ações individuais. Neste caso, o autor entende que a atuação jurisdicional judicial deve ficar restrita

⁸ Tramita no congresso nacional o projeto de lei 8.058/2014 que institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo poder judiciário que traz, inclusive, a possibilidade de o poder judiciário determinar a transposição de recurso orçamentários. Sem dúvida tal projeto será objeto de intensos debates e de medidas de controle de constitucionalidade em face da complexidade estrutural dos poderes, e do âmbito de competência privativa de cada um (BRASIL, 2014).

⁹ Vanice do Valle (2009) traz as seguintes indagações, quanta a **disfuncionalidade do controle do judiciário**, relacionadas: a) a ausência de *expertise* nas áreas técnicas que possam influir ou determinar políticas públicas, a demonstrar a fragilidade do poder judiciário para o seu controle; b) as relações de mútua referência e dependência das ações públicas, de modo que as políticas públicas somente podem ser compreendidas nas suas relações de coordenação e isso ampliará a prestação jurisdicional para além do objeto do pedido; c) ao fato da intervenção judicial ter que considerar a perspectiva temporal de concretização da política pública, uma vez que, se a pretensão de controle se dirigir a um momento determinado e a ação pública questionada não tiver gerado ainda os efeitos esperados, pode existir inadequada intervenção do Poder Judiciário que paralisa, reconfigura ou substitui a estratégia da ação governamental já traçada; d) a necessidade de continuidade da política pública quando se trata de programação orçamentária de execução continuada em face do caráter temporária da decisão judicial que determina a alocação de recursos.

“à dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos” (p. 29). Já nas ações coletivas, o autor compreende que o judiciário pode determinar a alteração das listas, desde que, em caso de inclusão de medicamento não previsto, este seja de comprovada eficácia, e não se trate de fármaco experimental ou alternativo; que se opte por substâncias disponíveis no Brasil; que a decisão judicial faça a escolha, quando possível, pelo medicamento genérico de menor custo; que o medicamento seja indispensável para a manutenção da vida; que o ente federativo sobre o qual recai a decisão judicial seja o responsável pela lista na qual se encontra o medicamento (BARROSO, 2007).

Não devemos esquecer que a realização dos direitos sociais, econômicos e culturais se caracteriza pela gradualidade de sua concretização. São direitos de eficácia progressiva, cujo planejamento e a implementação levados a efeito pelo Estado depende da existência de recursos financeiros, do grau de desenvolvimento e organização da sociedade e da própria administração. Em sentido contrário, também é verdadeiro que pesa sobre o Estado o dever de implementação desse núcleo essencial de direitos e o dever de promover o desenvolvimento da sociedade, estabelecendo e definindo as bases de sua consolidação.

Conforme entendeu o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento REsp 811608, em voto da lavra do Min. Luiz Fux, ainda que

a existência limitada de recursos financeiros seja um obstáculo fático, real e restritivo da atuação do Poder Público, não imuniza o administrador de adimplir os programas constitucionais vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, principalmente, quando verificada a destinação de recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação governamental, são menos prioritárias e de relevância inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais. (BRASIL, 2006, p. 06).

Não é permitido ao Poder Público através da atividade político-administrativa ou financeira que exerce, criar obstáculos ou mesmo dificuldades artificiais movidas por propósitos antijurídicos e imorais capazes de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das pessoas, de condições materiais mínimas de existência¹⁰.

O poder público se sujeita a duas diretrizes básicas quanto às políticas alocativas de recursos, a proibição de ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à implementação de direito fundamental e a vedação do retrocesso (princípio da não regressividade) que impede a adoção de políticas ou de regras normativas que piorem a situação dos direitos sociais.

¹⁰ De acordo com trecho do voto do Ministro Luiz Fux no REsp 811608/RS. (BRASIL, 2006).

Sem dúvida, o controle judicial de políticas públicas, como forma de implementação de direitos fundamentais é legítimo, e visa verificar se a tomada de decisão administrativa ou legislativa condiz com os objetivos constitucionais e com a promoção desses direitos, e deve buscar proporcionar eficiência mínima à concretização das metas sociais estabelecidas constitucionalmente, entretanto estará submetida a diversos parâmetros fixados na própria Constituição (CARVALHAES, 2019).

Encontramos na ADI 5595¹¹ proposta contra a Emenda Constitucional n. 86/2015 (BRASIL, 2015a) que estabeleceu nova forma de cálculo dos percentuais a serem aplicados anualmente pela União nas políticas e serviços públicos de saúde, um exemplo de decisão judicial, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, voltada a concretização de política pública, nos termos defendidos nesse trabalho.

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski votou¹² no seguinte sentido:

Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde (CR, arts. 5º, caput, 6º e 196 a 198, caput e § 1º); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva, na faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).

A Constituição Federal prevê, ao lado do direito subjetivo público à saúde, o dever estatal da sua consecução, cuja garantia pressupõe “políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (art. 196). Para alcançar tal finalidade, fontes de receita relativas à seguridade social (arts. 195 e 198, § 1º) e o dever de gasto mínimo nas ações e serviços públicos de saúde (arts. 167, IV e 198, §§ 2º e 3º) se conjugaram na garantia de financiamento estável e progressivo.

A dimensão objetiva do financiamento adequado do direito fundamental à saúde, segundo Heleno Taveira Torres, encontra-se fundada nas garantias

¹¹ O constituinte originário já havia indicado no então parágrafo único do art. 198 que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. Para que houvesse absoluta clareza a respeito de tal dever de custeio, o constituinte originário também cuidou de estabelecer regra de proporcionalidade provisória no art. 55 do ADCT, no intuito de assegurar que 30% (trinta por cento) do orçamento da seguridade social (art. 165, § 5º, III, da CF) fosse vertido à política pública de saúde. Não é sem razão que a destinação das contribuições sociais, tal como definida nos arts. 149, 194, parágrafo único, V e VI e 195, visa ao custeio da seguridade social (de cujo tripé substantivo a saúde participa) persiste constitucionalmente hígida.

¹² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>. Acesso em: 21 nov. 2021.

financeiras, assentadas constitucionalmente, de gasto mínimo e fontes próprias de receitas no bojo do orçamento da seguridade social.

Nesse contexto, como anota Ana Paula de Barcellos, “o constituinte originário não deixou ao livre alvedrio do legislador ordinário, isto é, da maioria episodicamente no poder, o estabelecimento das prioridades e nem muito menos quanto devem investir nas áreas de educação e saúde, principalmente. Ao contrário, vinculou-o desde logo às prioridades que previamente estabeleceu, indispensáveis ao alcance das metas propostas, e, mais que isso, ao quanto se deve investir nos respectivos setores, de modo a tornar até mesmo sindicáveis pelo poder judicial as respectivas políticas públicas à luz do princípio da eficiência a que se submete a administração pública.

Nesse cenário, executivo e legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional. (BRASIL, 2015b, p. 07)

Entretanto, o tema estudado não se esgota no controle da política pública com um todo, mas deve ser, também, analisado, do ponto de vista da tutela individual. Definidos os principais critérios do tema sobre o enfoque da macrojustiça, vamos ao exame de casos concretos em áreas temáticas da política pública de saúde, a partir do tipo de tutela proporcionada pela microjustiça, ou seja, da implementação individual de direitos fundamentais.

3 CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: PARÂMETROS

No âmbito das decisões judiciais individuais, por se tratar de tutela pontual (microjustiça), que visam atender necessidades imediatas dos jurisdicionados, os princípios da igualdade material e da universalidade das políticas públicas acabam vulnerados (FARIAS, 2015), e, globalmente, tais decisões impedem a otimização das políticas estatais quanto à promoção da saúde pública, gerando um conflito com a pauta administrativa do gestor público (BARROSO, 2007 apud FARIAS, 2015).

A situação na área de políticas públicas de saúde é disfuncional pela não utilização de critérios racionais, pelo Poder Judiciário, para decidir as demandas individuais, normalmente baseadas em uma deficiente fundamentação de proteção à vida ou de dignidade, sem maior preocupação com a viabilidade orçamentária do Estado, o que pode desequilibrar as fontes de custeio do sistema público de saúde (FARIAS, 2015).

Foram fixados, em julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 175, os seguintes parâmetros, que devem ser considerados pelo Poder Judiciário quando da avaliação de casos concretos, pelo Poder Judiciário: (a) a inexistência de tratamento ou procedimento, medicamento similar ou genérico, oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela Anvisa (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e; (d) a não configuração de tratamento experimental^{13,14}.

Carvalho Filho e Leão (2019) listam algumas decisões judiciais que definiram importantes parâmetro de julgamento: a) RE-RG 855.178 de relatoria do Min. Luiz Fux que fixa a tese do Tema de Repercussão Geral 793 e dispõe sobre a solidariedade dos entes federados nas demandas de saúde nas hipótese de competência constitucional comum; b) Embargos de Declaração no RE 1.657.156, Tema 106 da sistemática de recursos repetitivos, da relatoria do Min. Bendito Gonçalves, que trata dos medicamentos não padronizados pelo SUS, não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, do uso *off label* de fármacos e estabelece requisitos para sua concessão pelo Poder Judiciária; c) RE-RG 657.718 da relatoria originária do Min. Marco Aurélio que estabeleceu ser possível o fornecimento de medicamento não constante da lista do governo e sem registro sanitário se houve mora injustificável do órgão responsável para apreciar o pedido de registro, desde que atendidos os requisitos fixados pelo STF, tais como a existência de registro do medicamento por renomadas agencias de regulação no exterior, d) Agr. na SS 5.222 de relatoria da Min. Cármen Lúcia que definiu que “a condenação do Estado para fins de fornecimento de medicamento de alto custo não representa lesão à ordem pública apta a autorizar o deferimento de suspensão de segurança”; e) Recurso Extraordinário 566.471, de relatoria do Min. Marco Aurélio, que se encontra pautado para julgamento, com previsão para 2023¹⁵,

¹³ De acordo com decisão proferida no julgamento da Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175, pelo STF (BRASIL, 2010).

¹⁴ De acordo com decisão proferida no julgamento da Apelação/Remessa Necessária nº 5009243-74.2014.4.04.7102/RS, pelo TRF4 (BRASIL, 2016a).

¹⁵ Incluído no calendário de julgamento pela Presidente do STF, com data de julgamento previsto para 18/05/2023, conforme informação do sistema de andamento processual do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 26 jan. 2023.

cujas teses para fixação do Tema 06 de Repercussão geral encontram-se postas no seguinte sentido:

d.1) proposta do Min. Marco Aurélio:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil. (BRASIL, 2007, p. 16)

d.2) proposta do Min. Alexandre de Moraes:

Na hipótese de pleito judicial de medicamentos não previstos em listas oficiais e/ou Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT's), independentemente de seu alto custo, a tutela judicial será excepcional e exigirá previamente - inclusive da análise da tutela de urgência -, o cumprimento dos seguintes requisitos, para determinar o fornecimento ou ressarcimento pela União: (a) comprovação de hipossuficiência financeira do requerente para o custeio; (b) existência de laudo médico comprovando a necessidade do medicamento, elaborado pelo perito de confiança do magistrado e fundamentado na medicina baseada em evidências; (c) certificação, pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), tanto da inexistência de indeferimento da incorporação do medicamento pleiteado, quanto da inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (d) atestado emitido pelo CONITEC, que afirme a eficácia segurança e efetividade do medicamento para as diferentes fases evolutivas da doença ou do agravo à saúde do requerente, no prazo máximo de 180 dias. Atendidas essas exigências, não será necessária a análise do binômio custo-efetividade, por não se tratar de incorporação genérica do medicamento. (BRASIL, 2007, p. 01)

d.3) proposta do Min. Roberto Barroso:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema. Ademais, deve-se observar um parâmetro procedimental: a realização de diálogo interinstitucional entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde tanto para aferir a presença dos requisitos de dispensação do medicamento, quanto, no caso de deferimento judicial do

fármaco, para determinar que os órgãos competentes avaliem a possibilidade de sua incorporação no âmbito do SUS. (BRASIL, 2007, p. 03)

Deve-se, não existe qualquer dúvida, garantir a efetivação do direito ao mínimo existencial como parâmetro para atuação do Poder Judiciário e assegurar a utilização de critérios racionais para casos de disponibilização imediata de medicamentos e tratamentos de saúde, principalmente quando de alto custo, que sejam necessários para manter o indivíduo vivo¹⁶. O direito fundamental ao mínimo existencial está associado ao conceito de dignidade da pessoa humana (existência digna) através do fornecimento de recursos materiais mínimos, impondo uma postura positiva por parte do Estado, no sentido de garantir a manutenção das condições existenciais do ser humano (SARLET; ZOCKUN, 2016).

O cerne da questão, envolve, em matéria de saúde, o equilíbrio entre o dever de promoção da saúde e a proteção a vida (direito individual à saúde¹⁷) e o direito à política pública de saúde (direito coletivo à saúde). De onde se infere que deve preponderar o direito público subjetivo à existência da política pública, que seja capaz de implementar, proteger e concretizar o direito individual à saúde¹⁸ quer quanto ao fornecimento de tratamentos, quer ao fornecimento de medicamento, inclusive de alto custo.

Analisando o problema tanto sobre o ângulo da macrojustiça quanto da microjustiça, Vanice do Valle (2009) leciona que a questão se pôs, no âmbito do Supremo Tribunal, com a ADPF 45 que teve por objeto a redução de valores de receita pública que serviam de base de cálculo para os recursos orçamentários vinculados à saúde. A ação não chegou a ser julgada, e

¹⁶ Luciano Chaves Farias (2015) cita, ainda, alguns exemplos práticos de aplicação da teoria, em casos de microjustiça, como a determinação para fornecimento de medicamentos de comprovada eficácia, excluindo-se os experimentais ou alternativos, com preferência por medicamentos nacionais ou disponíveis no país, observados os programas de assistência farmacêutica do SUS, de modo a se dar prioridade a fármacos inclusos em lista de distribuição da rede pública, bem como a determinação para concessão de tratamentos com equipes médicas e em instalações hospitalares nacionais, quando há tratamento adequado no país.

¹⁷ Sobre o tema destaco a seguinte decisão do STJ: Processo civil. Fornecimento de medicamentos. Criança. Doença rara. Risco de vida. Ausência de registro na Anvisa. Situação excepcional devidamente justificada. Perícia médica do juízo. Possibilidade. Precedentes. No caso, o fornecimento dos fármacos não registrados na Anvisa foi autorizado pela Corte de origem, em razão das circunstâncias excepcionais dos autos, que envolve o tratamento de moléstia grave de criança, a inexistência de qualquer outro tratamento pelo SUS, a inviabilidade da realização de transplante de fígado, o fato de os medicamentos serem amplamente aprovados por agências reguladoras estrangeiras e pela comunidade científica internacional, além de sua comprovada eficácia em cerca de 90% dos casos. Com efeito, não se pode subjugar a sobrevivência de uma criança de pouco mais de 1 ano de idade à burocracia e ineficiência do aparelho estatal, impondo-se ao Judiciário uma postura proativa na concretização dos direitos mais basilares do ser humano, como o direito à vida. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2016b).

¹⁸ No mesmo sentido, Vanice do Valle (2009) sustenta que não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para proteção, promoção e reestabelecimento da saúde, independente de uma política pública de saúde que o concretize. Há sim, um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam e protejam, com base no dever constitucional imposto ao Estado de criá-las e implementá-las.

houve perda de objeto, porque o Poder Executivo apresentou nova proposta legislativa que superava a redução do gasto¹⁹. O acervo de decisões no STF, segundo a autora (VALLE, 2009), combina a análise individual e as pretensões de caráter mais amplo veiculados normalmente nos mecanismos de Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminar (SL) e Suspensão de Segurança (SS), o que denota o reconhecimento do necessário balanceamento ente universalização e financiamento, e o exame da inter-relação entre políticas públicas, com maior abertura dialógica da Corte, seja através de audiências públicas, seja através de procedimentos de admissão de *amicus curae*. A particularidade de caso (dimensão subjetiva dos direitos fundamentais) e sua inextensibilidade a outros casos é ponto presente nas decisões do Supremo Tribunal que vem optando pela proteção à dimensão objetiva dos direitos fundamentais²⁰.

O fato é que toda essa disfuncionalidade resultante do “descontrole” das políticas públicas pelo Poder Judiciário representou, na área de saúde, um expressivo avanço nos gastos com cumprimento de decisões judiciais, da ordem de R\$ 2,4 milhões em 2005, para R\$ 52 milhões em 2008 (PINTO, 2019), que apesar da tragédia orçamentária, pode representar um importante catalisador de mudanças da agenda de ação do poder público, através de um processo de construção de demandas sociais a partir do estudo analítico das pretensões deduzidas em juízo (VALLE, 2009). Além disso, a experiência vivida pela judicialização de políticas públicas demonstra que o objeto da medida jurisdicional deve ser a determinação de formulação da política pública, e não o efeito ou o produto desta, individualmente considerado (VALLE, 2009), que deve estar restrito às hipóteses, devidamente delimitadas, de atendimento ao direito à vida e ao acesso aos tratamentos de saúde (e de suporte à vida), dentro dos parâmetro técnico definidos neste artigo levando em conta o princípio do mínimo existencial.

¹⁹ Nas STA n. 91 e STA n. 185, se discutiu, respectivamente o tratamento para doentes renais crônicos em hemodiálise e transplantados, e, a realização de cirurgias de transgenitalização. Nos dois casos, destaca-se a importância de considerar-se os efeitos inter-relacionais de uma ordem judicial que tenha por objeto o remanejamento de verbas originalmente destinadas a outras políticas públicas de saúde e o risco do problema de alocação dos recursos públicos indispensáveis ao financiamento do Sistema Único de Saúde em âmbito nacional (VALLE, 2009).

²⁰ Para Vanice do Valle (2009, p. 139) “há uma dissintonia quando se comparam as decisões do STF e do STJ quanto ao aspecto inerentes ao financiamento de medidas individuais de tutela do direito à saúde (tutela individual de direitos fundamentais ou controle das políticas públicas?), que se agrava quando se considera o poder judiciário como um todo, particularmente no campo do fornecimento de medicamento onde já se registrou determinações de custeio de florais de *bach*, medicamentos para impotência ou mesmo alopecia. Também já houve decisões obrigando o poder pública a entregar medicamentos sem prazo pré-estabelecido que com o passar do tempo se tornam desnecessários, do ponto de vista do tratamento, e que passavam a abastecer um mercado negro de indústria de demandas, por vezes, com o objetivo de fornecimento de medicamentos não incluídos em listas oficiais”.

O Tribunal de Contas da União que já vinha alertando que as decisões judiciais na área da saúde estavam provocando a realocação emergencial de recursos da programação orçamentária com a consequente descontinuidade do tratamento de pacientes regulares das políticas públicas previstas nestes programas, além de ameaçar os gestores públicos pelo eventual descumprimento das decisões judiciais e levar os laboratórios a aumentar os preços de medicamentos na hipótese de aquisição emergencial, sem licitação, para o cumprimento das decisões judiciais²¹, desta vez, na auditoria operacional – TC 009.253/2015-7 – do tipo fiscalização de orientação centralizada (FOC) que teve por objeto a judicialização da saúde com a finalidade de “identificar o perfil, o volume e o impacto das ações judiciais na área da saúde, bem como investigar a atuação do ministério da saúde para mitigar seus efeitos nos orçamentos e no acesso dos usuários à assistência à saúde” (BRASIL, 2017, p. 13) constatou:

Predominância da litigância individual (procedimento comum ou juizado especial) em detrimento da judicialização coletiva. Em síntese, conclui-se que há, nos últimos anos, uma tendência de aumento gradual do número de processos individuais relativos à saúde pública no Brasil, majoritariamente na justiça estadual, com foco em fornecimento de medicamentos e tratamento médico-hospitalar, mediante forte atuação da advocacia privada e da Defensoria Pública, a depender do estado. O fornecimento de medicamentos, alguns sem registro no Sistema Único de Saúde, corresponde a 80% das ações.

Na União, observou-se o seguinte perfil: a) o número de ações judiciais federais é crescente e sua proporção por habitante é maior em estados das regiões Sul, Centro-Oeste e Sudeste; e b) os gastos federais com a judicialização são crescentes e concentram-se em três medicamentos que não fazem parte da RENAME, sendo que um deles não possui registro na Anvisa. A média nacional de processos judiciais recebidos pelo Ministério da Saúde (União) por cem mil habitantes dobrou de 3, em 2010, para 6, em 2014 (linha ‘Brasil’) e não há uma relação causal entre judicialização e subdesenvolvimento humano regional. Entretanto, aumento do número de processos é associado a um aumento no gasto público. Conforme dados apresentados pelo Ministério da Saúde, os valores gastos no cumprimento das decisões judiciais na área da saúde aumentaram mais de quatorze vezes nos últimos oito anos, passando de 70 milhões de reais em 2008 para mais de um bilhão de reais em 2015. Os dados coletados indicam que o impacto da judicialização da saúde é mais intenso no nível estadual que no federal, em relação ao número de processos judiciais (Poder Judiciário) e ao gasto total com itens judicializados (Poder Executivo). A judicialização da saúde

²¹ No ano de 2004, conforme TC 005.010/2004-2, Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário, “o TCU realizou auditoria de natureza operacional referente à Ação Assistência Financeira para Aquisição e Distribuição de Medicamentos Excepcionais, vinculada ao Programa Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos (TC 005.010/2004-2, Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário). A equipe daquela auditoria verificou o crescente número de demandas judiciais, em 2003 e 2004, referentes à medicamentos de dispensação excepcional. Constatou-se que a judicialização da saúde provocava a realocação emergencial de recursos do programa, descontinuava o tratamento de pacientes regulares do programa, ameaçava os gestores pelo eventual descumprimento das decisões judiciais e admitia que laboratórios aumentassem os preços de medicamentos na hipótese de aquisição emergencial, sem licitação, para o cumprimento das decisões judiciais”. (BRASIL, 2004, s/p)

também afeta as contas estaduais por meio dos bloqueios e sequestros judiciais. Nos municípios, observou-se que o gasto com a judicialização da saúde foi crescente de 2013 para 2014. Em alguns municípios, os registros com a judicialização apontam uma predominância dos gastos com medicamentos; em outros, a maior parte dos gastos refere-se a fraldas e itens alimentares.

O controle administrativo sobre as ações judiciais referentes à saúde é insuficiente no Ministério da Saúde e na maioria das secretarias de saúde selecionadas para análise. Por controle administrativo entendem-se: a) a existência de rotinas de coleta, processamento e análise de dados que permitam o dimensionamento da judicialização da saúde, de forma a subsidiar a tomada de decisão; e b) a existência de mecanismos de detecção de fraudes, mediante o cruzamento de dados para a identificação de padrões e inconsistências, permitindo a realização de investigações com ou sem a participação de órgãos de persecução criminal (polícia e Ministério Público) (BRASIL, 2017, p. 13).

Sem dúvida, somente o controle da política pública voltado ao fornecimento de informações à sua enunciação, pode transformar o Poder Judiciário em uma caixa de ressonância das necessidades sociais e, possibilitar, aos demais poderes, a partir destes dados concretos (número de demandas, tipos de pedidos e de medidas judiciais, conteúdo das decisões e características das ações judiciais etc.), a construção dialógica das ações de governo, ou se necessário a reconfiguração ou repriorização das existentes que deve se concretizar por meio de um processo objetivo de cooperação (VALLE, 2009).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após apresentar algumas das possíveis respostas, ao longo deste artigo, às principais indagações aos quais nos propomos examinar, podemos concluir que: a) o controle das políticas públicas de saúde está a cargo dos Tribunais de Contas; b) a tutela das necessidades sociais nas áreas de saúde deve atender ao direito fundamental do cidadão-contribuinte a uma tutela especial e especializada em finanças públicas, ao direito fundamental ao bom governo²² ou boa administração²³ e ao direito fundamental de sustentabilidade das presentes e futuras gerações; c) o controle das políticas públicas de saúde por parte do Poder Judiciário ocorre a partir dos parâmetro de macrojustiça e microjustiça e, tão-somente, será possível se a política pública estiver institucionalizada normativamente, trazendo o programa orçamentário, as diretrizes, as prioridades, as metas, os indicadores e os meios financeiros para sua execução; d) do ponto de vista da tutela individual (microjustiça), as decisões judiciais envolvendo tratamentos de saúde de alto custo devem observar às seguintes balizas: 1) inexistência de

²² Expressão usada por Moises Maciel (2020).

²³ Expressão cunhada por Juarez Freitas (2014).

tratamento ou medicamento, oferecido gratuitamente pelo SUS ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; 2) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; 3) a aprovação do medicamento pela Anvisa, dispensada em casos excepcionais; e; 4) a não configuração de tratamento experimental.

A tutela das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário deve ocorrer apenas em caso de ineficiência dos órgãos constitucionalmente responsáveis pela elaboração e controle de tais ações, sempre levando em conta o necessário equilíbrio entre o direito individual à proteção da saúde e o direito coletivo à política pública de saúde, devendo prevalecer o direito à efetivação do mínimo existencial de maneira a se assegurar a disponibilização imediata de tratamentos de saúde (principalmente, quando de alto custo) que sejam necessários para manter o indivíduo vivo.

Entretanto, este remendo emergencial resultante da atuação do Poder Judiciário, nos casos de políticas públicas insuficientes ou deficientes, serve de fundamento para atuação dos demais poderes, que deverão incluir na agenda de governo, posteriormente, na própria programação orçamentária e no planejamento de fiscalização dos órgãos de controle externo, as demandas sociais apresentadas em juízo, vinculados que estão, quanto às políticas alocativas de recursos, a proibição de ausência ou insuficiência de políticas públicas voltadas à implementação de direito fundamental e a vedação do retrocesso (princípio da não regressividade) que impede a adoção de políticas ou de regras normativas que piorem a situação dos direitos sociais de saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Belo Horizonte: **Fórum**, v. 9, n. 46, p. 31-61, nov./dez. 2007.

BRASIL. **Lei n. 7.347/1985, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347orig.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. **Lei 8080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a organização do SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 3.916, de 30 de Outubro de 1998**. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 out 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.673/2004-TCU-Plenário**. 27 de outubro de 2004. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/2004/Plenario/AC-2004-001673-LMR-PL.doc>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 811.608 - RS (2006/0012352-8)**. 2006. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2974395&num_registro=200600123528&data=20070604&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário – RE 566471**. Relator: Min. Marco Aurélio. 2007. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 26 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 175**. Relator: Gilmar Mendes, 17 de março de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 8.058, de 04 de novembro de 2014**. Institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=687758>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 86, de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica. Brasília, DF: Senado Federal, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 5595**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5056708>. Acesso em: 09 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/remessa necessária nº 5009243-74.2014.4.04.7102/rs**. Relator: Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, 10 de maio de 2016a. Disponível em:

https://www.trf4.jus.br/trf4/jurisprudencia/sumulas/sumula_98/50092437420144047102.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no Recurso Especial nº 1.502.239/PR**. Relatora: Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), 18 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1487066&tipo=0&nreg=201403175886&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160226&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 25 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1787/2017 – Plenário**. 16 de agosto de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1787%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:'Plen%C3%A1rio'/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0. Acesso em: 09 jan. 2023.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. **Decisão Judicial e Políticas Pública: limites controle e medidas judiciais**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos; LEÃO, Simone Leticia Severo e Souza Dabés. A concretização do direito à saúde pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Belém, v. 5, n. 2, P. 23-42, jul./dez. 2019.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo existencial: Um parâmetro para o controle judicial das políticas sociais de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**, 4. ed.; Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito**, v. 7, n. 7, 2010.

MACIEL, Moises. **Tribunais de Contas e o direito fundamental ao bom governo**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO, Élica Graziane. Uma estéril década de microjustiça da saúde no STF reclama novas respostas. **Consultor Jurídico**, [São Paulo], 21 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-21/contas-vista-esteril-decada-microjustica-saude-stf>. Acesso em: 16 dez. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i2.46594>.

VALLE, Vanice Regina Lírio. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

