

CONTROLE JUDICIAL ORÇAMENTÁRIO E A RECOMENDAÇÃO CNJ Nº. 31/2010: REFLEXOS TEÓRICOS EM FACE DO PRINCÍPIO REPUBLICANO E DA IGUALDADE

Joyce Kelly Batista Xavier
Graduanda do 6º semestre em Direito pela UESC,
Campus Soane Nazaré de Andrade, Ilhéus, Bahia
joycegbibahia@gmail.com

Pedro Germano dos Anjos
Professor Assistente da UESC (DCJUR),
Mestre em Direito Público pela UFBA.
Campus Soane Nazaré de Andrade, Ilhéus, Bahia
pganjos@uesc.br

RESUMO

Trata do fenômeno da judicialização da saúde em razão da ineficiência das políticas públicas no cenário brasileiro. Explicita a preocupação do Conselho Nacional de Justiça ao editar a Recomendação nº. 31 de 2010 para fornecer medidas que auxiliem a atuação judicante dos tribunais regionais, a fim de que se garanta decisões judiciais mais equânimes e justas. Analisa os eventuais reflexos e aplicações dos princípios Republicano e da Igualdade na interpretação dos magistrados em face das inúmeras demandas judiciais, haja vista a necessidade do acesso universal e igualitário do direito fundamental à saúde. Não obstante as estatísticas acerca do crescente número de determinações judiciais que versam sobre a saúde, reforça, sobremaneira, o papel indispensável do órgão censório na criação de políticas judiciárias gradativamente consoantes e pautadas nos princípios constitucionais.

Palavras-chaves: Judicialização da Saúde. Conselho Nacional de Justiça. Republicanismo e Igualdade.

ABSTRACT

This article debates the judicialization of health facing inefficiency of public policies in Brazilian scenario. It aims to explain the concern of the National Council of Justice (CNJ) when editing the recommendation n. 31 in 2010, providing measures that help the judicial activities of the regional courts, in order to ensure more equitable and fair judgments. Parses any reflexes and applications of Republican principles and equal in the interpretation of the magistrates in the face of numerous lawsuits, given the need for universal and equal access to the fundamental right to health. Despite the statistics about the increasing number of judicial determinations relating to health strengthens, particularly, the indispensable role of censorship in the creation of judicial policies gradually consonants and based on constitutional principles.

Keywords: Judicialization of Health. National Council of Justice. Republicanism and Equality.

INTRODUÇÃO

Objeto de debates e questionamentos nos últimos anos, é indiscutível citar que a judicialização da saúde se tornou um dos grandes temas nos tribunais e conselhos de justiça do nosso país. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi reconhecido e garantido ao cidadão brasileiro um rol de direitos fundamentais. Todavia, quase trinta anos da promulgação, observa-se a ineficácia normativa diante da fragilidade do sistema de saúde público. A persecução dos objetivos constitucionais evidenciados principalmente no artigo 196, que garante o direito ao acesso universal e integral à saúde, encontra muitas dificuldades e deficiências no que tange a sua concretização e ampliação. Tal complexidade se explica em parte pelo caráter programático das normas constitucionais, isto é, normas de eficácia limitada em razão da ineficiência da gestão governamental e da própria alocação de recursos.

Em contrapartida, o cidadão que se vê resguardado de prerrogativas e garantias individuais não pode ficar à mercê da ineficiência do Poder Público, especialmente do Poder Executivo e Legislativo no que toca à promoção e efetivação de políticas públicas, mormente diante da prioridade orçamentária que se deve conferir às questões de saúde pública.

Por consequência, toca ao Poder Judiciário a tarefa de realizar tais políticas mediante seu poder decisório quando invocado, vez que representa (ou deve representar, conforme princípios do NCPC) a *ultima ratio* na solução dos conflitos que envolvem milhões de brasileiros sem acesso a medicamentos pela rede pública de saúde. Destarte, tem havido justamente um crescimento exponencial de demandas judiciais em busca da dispensação de remédios, o que segundo o Tribunal de Contas da União (TCU) representou cerca de 1.346,931 (um milhão, trezentos e quarenta e seis mil, novecentos e trinta e um) processos somente em 2016.

Em vista disso, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), já preocupado com esse cenário de “direito à saúde” versus “reflexos no controle orçamentário”, publicou a Recomendação nº. 31 de 2010, para estabelecer requisitos e procedimentos a fim de organizar e arrefecer eventual ânimo ativista e solipsista do Poder Judiciário na matéria (STRECK, 2010). E é exatamente a inquietude desse problema que justifica a investigação de que modo os princípios republicano e democrático podem ser afetados por decisões judiciais de controle orçamentário e o papel que a Recomendação do CNJ pode ter nessa questão.

A presente investigação possui base eminentemente bibliográfica, aliada a uma vasta pesquisa documental, que explorará o cabimento da Recomendação do CNJ perante os

princípios democrático e republicano, além de possuir como pressuposto o método hipotético-dedutivo ao julgar a garantia versus omissão do Estado em relação aos direitos a prestações fáticas.

Deste modo, ao tentar transportar para a realidade local, é possível observar no cenário de reivindicações que chegam à diligência pública, à luz dos princípios da isonomia, igualdade e democracia, de que forma o protagonismo judicial tem agido para atender à universalidade proposta pelo art. 196, sopesando direitos individuais e coletivos. Isso, pois principalmente a dispensação de medicamentos de alto custo pode afetar o fornecimento de outros serviços no próprio sistema de saúde, além de nem sempre conseguir atender a tempo todas as pretensões em virtude do longo período na fila de espera. Investigar-se-á, então, se o ativismo judicial nesse âmbito é capaz de causar um significativo vilipêndio ao direito da coletividade, vez que ao garantir individualmente o direito de um cidadão dificulta o acesso de uma coletividade que muitas vezes é refreada pelos obstáculos ao próprio acesso ao órgão jurisdicional e, primordialmente, por retirar desta o beneficiamento de políticas governamentais de saúde que atinjam a todos.

Há de se convir, igualmente, que os recursos disponíveis são limitados e, ao se privilegiar o acesso à saúde a determinados indivíduos, essas ações refletem no planejamento orçamentário. Tal fato se demonstra nos dados fornecidos pelo próprio TCU, em que se observa um salto de valor da rubrica de “cumprimento de demandas judiciais para aquisição de medicamentos” de setenta milhões de reais em 2008 para um bilhão em 2015.

Pretende-se, por isso, traçar um panorama a respeito da utilização da Recomendação do CNJ pelo Judiciário, ensejando constatar os reflexos e impactos na sua prática decisória e, neste ínterim, indicar a mencionada recomendação como ferramenta efetiva da proteção e resguardo do princípio da igualdade e da separação dos poderes da República tendo em vista de uma litigância responsável.

1. O Conselho Nacional de Justiça e seu papel enquanto órgão do Poder Judiciário

É inegável o papel essencial do Poder Judiciário enquanto instrumento de efetivação e concretização da justiça no Brasil tendo em vista a separação de poderes. Todavia, desde a promulgação da Carta Magna em 1988, muito se discutia a respeito de sua atuação obscura e deficiente em relação às demandas e anseios sociais.

Essa preocupação fomentou a busca por uma reestruturação e modificação da magistratura, a começar pela sua base, aspirando-se a uma reforma que corrigisse os defeitos provenientes de um sistema judiciário eminentemente corporativista, isolado socialmente, que comprometia o célere e perfeito andamento da máquina jurisdicional. Afinal, como bem salienta Ana Paula de Barcellos (2018:467), assim como os demais poderes, o Judiciário por meio da sua força política interfere decisivamente na vida dos indivíduos e, enquanto tal, deve legitimar-se democraticamente, uma vez que atua como garantidor da própria democracia e dos direitos fundamentais.

Foi graças à Emenda Constitucional nº. 45, publicada em 14 de junho de 2004, popularmente conhecida como “Reforma do Judiciário”, que se pôde afirmar o início de uma nova era para o sistema judiciário brasileiro e, talvez, o maior símbolo desta mudança tenha sido a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão este que nasceu com a função precípua de estabelecer um planejamento estratégico do poder jurisdicional. A previsão deste Conselho foi inserida no art. 92, inciso I-A, da Constituição Federal, situando-se apenas abaixo do Supremo Tribunal Federal, o que, para André Ramos Tavares, talvez pretendeu significar sua artificial importância:

Seu mister seria, então, o de vigiar, tal e qual uma sentinela. O axioma que embasa essa criação é bastante conhecido: a eficiência de determinado poder, bem como a sua lisura, é mais facilmente obtida por meio da existência de um órgão fiscalizador. Afinal, o sentimento de impunidade, inexoravelmente, gera a acomodação e, pior, o sentimento de total liberdade, ou melhor, de arbitrariedade. (2017: 976)

Assim, o CNJ constituiu-se como verdadeiro órgão interno do Poder Judiciário, que consiste basicamente no controle e fiscalização da atuação administrativa, financeira e disciplinar do poder judiciário, sem, todavia, exercer a função jurisdicional, como preceitua o caput do art. 183-A, da Constituição Federal. Dada sua importância, foi-lhe atribuído no texto constitucional um rol de competências que visa a uma maior eficiência na prestação dos serviços jurisdicionais e à promoção de políticas judiciárias, melhor explicitado nos seguintes incisos:

[...] § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, **podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências**; [...] VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa [grifo nosso]. (BRASIL, 1988)

Como já foi destacado, a competência do CNJ limita-se ao controle dos atos dos magistrados e sua estruturação interna, contudo, com a sua criação, levantaram-se divergências e polêmicas acerca da sua constitucionalidade, principalmente no que tange a sua possível violação ao princípio da separação dos poderes. Tal questionamento foi resolvido em Ação Direta de Inconstitucionalidade que versava sobre a compatibilidade da EC nº. 45/2004 com o texto constitucional acerca da criação do CNJ. A Suprema Corte, por fim, decidiu pela constitucionalidade do Conselho, firmada da seguinte forma:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Emenda Constitucional nº. 45/2004. Poder Judiciário. Conselho Nacional de Justiça. Instituição e disciplina. Natureza meramente administrativa. Órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura. Constitucionalidade reconhecida. Separação e independência dos Poderes. História, significado e alcance concreto do princípio. Ofensa a cláusula constitucional imutável (cláusula pétrea). **Inexistência. Subsistência do núcleo político do princípio, mediante preservação da função jurisdicional, típica do Judiciário, e das condições materiais do seu exercício imparcial e independente.** Precedentes e súmula 649. Inaplicabilidade ao caso. Interpretação dos arts. 2º e 60, § 4º, III, da CF. Ação julgada improcedente. Votos vencidos. São constitucionais as normas que, introduzidas pela Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, instituem e disciplinam o Conselho Nacional de Justiça, como órgão administrativo do Poder Judiciário nacional. 3. PODER JUDICIÁRIO. Caráter nacional. Regime orgânico unitário. Controle administrativo, financeiro e disciplinar. Órgão interno ou externo. Conselho de Justiça. Criação por Estado-membro. Inadmissibilidade. Falta de competência constitucional. **Os Estados-membros carecem de competência constitucional para instituir, como órgão interno ou externo do Judiciário, conselho destinado ao controle da atividade administrativa, financeira ou disciplinar da respectiva Justiça.** [grifos nossos]

Uma vez superadas tais controvérsias, deve-se dar ênfase ao que Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco (BRANCO; MENDES, 2016: 950) denominaram de “grande significado institucional” da competência que abrange a edição e expedição de atos regulamentares do Conselho – e que, também, levantam sérios debates. Se o grande objetivo da Emenda nº. 45/2005 foi dar uma nova roupagem ao Poder Judiciário, isto é, criando mecanismos para tornar mais transparente a atividade prestacional do órgão, nada mais justo que a uniformização por ele criada, mediante atos, regulamentos e recomendações, alcancem a todos que o integram, observados os limites constitucionais. Além disso, não restam dúvidas que o poder normativo que lhe foi conferido decorre da própria Constituição, enquanto sua fonte primária.

Inclusive, o Poder Normativo em comento, encontra respaldo no Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça, *ipsis litteris*: “Art. 102. O Plenário poderá, por maioria

absoluta, editar atos normativos, mediante Resoluções, Instruções ou Enunciados Administrativos e, ainda, Recomendações”. Desse modo, como o objeto de estudo em questão é a edição de Recomendações que auxiliam os magistrados nas decisões judiciais que versam sobre o acesso à saúde, em especial, a Recomendação nº. 31 de 2010, não se pode olvidar da sua evidente missão constitucional diante as necessidades sociais e estruturais, embora haja fatores que ainda repercutam sobre a sua legitimidade.

Ademais, não se pode desprestigiar a jurisdição censória exercida pelo CNJ, expressão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, para explicar a atuação do órgão na correção de matéria, disciplinar ou administrativa, voltada à apuração de responsabilidade dos magistrados, incluindo a aplicação de sanções administrativas. Essa atuação, frisa-se, está caucada no princípio da subsidiariedade, que legitima a competência do CNJ em realizar referidas correções, haja vista seu papel harmonizador de prerrogativas antagônicas.

2. A Recomendação nº. 31/2010 do Conselho Nacional de Justiça

Tem-se percebido nos últimos anos a preocupação que os Tribunais e instâncias superiores vêm atribuindo ao fornecimento de medicamentos pela via judicial e os seus consequentes reflexos no Poder Público. Com base nessa figura ativista do Poder Judiciário diante das demandas sociais, direcionada à saúde, especialmente, e o significativo papel do Conselho Nacional de Justiça na reestruturação da organização interna do Judiciário, foi editada a Recomendação nº. 31, em março de 2009, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, a fim de que se orientasse a atuação dos magistrados diante das ações judiciais cujo objeto era assistência à saúde.

Em um primeiro momento, faz-se mister destacar que desde a promulgação da Magna Carta de 1988, e sua cartilha de direitos sociais, não se tem obtido a necessária efetividade, até porque a estrutura tripartite de Poderes tem encontrado uma série de dificuldades para sua concretização. O próprio Conselho Nacional de Justiça explica, através de Pesquisa publicada em 2015, que durante muito tempo a atuação de juízes nessa matéria esteve condicionada a um juízo de convencimento pessoal. Isto é, não era possível observar uma padronização dos limites e dos critérios das decisões, tampouco visualizava-se uma discussão desenvolvida acerca de questões específicas de saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015:10).

Assim, em razão de um despreparo institucionalizado no próprio Poder, bem como a falta de assistência específica sobre o tema, os juízes viam-se compelidos a decidir sem

critérios gerais, resultando (diga-se, sem grandes surpresas) numa explosiva ampliação das demandas judiciais a fim de se efetivar esse direito.

Todavia, como já foi explicitado, o CNJ, dada sua relevância para preservação e promoção do bom funcionamento do serviço jurisdicional, despertou-se para o problema que vinha ganhando contornos cada vez mais expressivos e assim resolveu sistematizar a atuação judicial de forma mais abrangente. Justamente nessa atribuição de criador de políticas judiciárias (MASSON,2016: 902) o CNJ fomentou a discussão sobre o acesso à saúde pelas vias judiciais na Recomendação nº. 31/2010 na qual é possível observar o cuidado com a relevância do tema e a criação de diretrizes para decisão, impostas a todos os magistrados.

Para tanto, veio considerar não somente a importância que a assistência à saúde possui para garantia de uma vida digna aos cidadãos brasileiros, bem como o elevado número de demandas envolvendo o tema que tramitam nos tribunais judiciários de todo o país e, conseqüentemente, os significativos custos aos órgãos públicos decorrentes dessas ações judiciais.

Como resultado da análise das razões expostas, o CNJ propôs medidas que facilitam o desempenho dos magistrados na dispensação de medicamentos, de modo a assegurar o direito à saúde e a sua prestação igualitária, conjuntamente. Com base nisso, recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que celebrem convênios para apoio técnico e procurem orientar, através das corregedorias, os juizes vinculados a tomarem uma série de medidas e limitações, de modo a agirem de forma cautelosa e planejada.

A princípio, a Recomendação demonstra em seu bojo a necessidade de uma atuação judicial menos isolada e cada vez mais interdisciplinar com as outras áreas profissionais e mais consentânea com o princípio da divisão dos poderes.

Nesse aspecto, promove junto aos Tribunais acima identificados a utilização, através da realização de convênios até dezembro de 2010, de apoio médico e farmacêutico, responsável por fornecer informações específicas das questões clínicas porventura apresentadas em juízo, tanto quanto uma consulta prévia dos gestores públicos responsáveis pelo fomento e fornecimento da assistência à saúde na localidade (item I, a).

As demais medidas, previstas no item I, b, tentam resolver (embora de forma bastante lacunosa) o problema da prestação judicial solipsista, diante da insuficiência no acesso à saúde, enquanto reflexo da dignidade do indivíduo, e a sua conseqüente demanda ao Judiciário. Tais medidas tentam condensar soluções para uma questão que há muito se debate: até que ponto a prestação jurisdicional, na qualidade de concretizadora de direitos individuais

e sociais, afeta negativamente a coletividade? É possível conjecturar tal situação através da explanação do Ministro Luís Roberto Barroso:

Mais recentemente, vem-se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade 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 (2009: 25).

Desse modo, é possível analisar que a Recomendação em discussão vem, pontualmente, para tentar amenizar as eventuais inobservâncias ao princípio da igualdade, sem, contudo, desrespeitar o acesso universal à saúde insculpido no art. 196 da Constituição Federal.

Pois, como preceitua José Afonso da Silva, o que se deseja “é uma igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores poéticos que o homem possa desenvolver” (2005: 213). Assim, ao adotar parâmetros cada vez mais padronizados baseados em critérios científicos e legítimos, é concebível que se produza uma atuação judicial progressivamente mais neutra e democrática.

Em contrapartida, não se pode esperar que medidas como essas sejam as únicas implementadas para efetivar o acesso e direito à saúde. Deve-se ter em mente, acima de tudo - embora relevante seja o papel desta política judiciária na consagração de um direito fundamental -, sobreleva-se, sem ressalvas, que os outros dois Poderes – embora investidos distintamente em suas funções – são tão quanto responsáveis pela concretização e guarnição desse direito.

Dentre as medidas aplicáveis aos magistrados, pois, o CNJ recomenda então exigir relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata, na instrução das demandas; bem como busquem evitar o provimento de fármacos que ainda não possuem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

É imprescindível, portanto, o reconhecimento desta medida oferecida pelo Conselho à atuação dos magistrados e operadores do direito de todo o país, a fim de que haja presteza e

qualidade no acesso aos meios de saúde. Assim, em razão da harmonização intentada pelo CNJ, faz-se necessária, de agora em diante traçar o seu papel e sua adequação aos princípios constitucionais republicano e da igualdade, tendo em vista o acesso a um sistema de saúde universal e igualitário.

3. Princípios e regras: República e Igualdade

Visto como o CNJ tentou regular o tema, pode-se observar como muitos princípios jurídicos extremamente afetados pelas decisões judiciais cujo objeto é o controle de políticas públicas de saúde, principalmente a dispensação de medicamentos. Entre eles, podem ser afetados diretamente o direito fundamental à Vida, à dignidade humana, à saúde, à igualdade (AMARAL, 2001) mas também, e indiretamente, princípios de organização dos Poderes e da Administração Pública, do planejamento constitucional orçamentário (ANJOS, 2010) e, ainda, outros direitos por exclusão, afetados por decisões que não os prestigiem (como o conjunto de direitos que deixará de ser implementado pelo remanejamento de recursos imposto de forma unilateral e imprevisível).

Da análise sobre a realidade, percebe-se que podem haver violações graves a dois desses princípios, quais sejam, o republicano e da igualdade. Nesse trabalho, eles serão primeiro analisados conforme a natureza (se regras ou princípios) para depois identificarmos os graus de cumprimento e violações havidas na prática de judicialização de políticas públicas.

Sobre a diferença entre regras e princípios, Ronald Dworkin salienta que os juízes detêm um grande poder político e, o que se discute e preocupa, principalmente os juristas, é saber até que ponto esse poder é justificado, seja em geral ou em casos específicos (DWORKIN, 2002: 8). A questão da justificação dos critérios de escolha e das decisões é importante, pois, implica, sobretudo, na dimensão da extensão da autoridade judicial.

Com vistas de, num primeiro momento, compreender a extensão desse poder conferido à figura do juiz e, como no caso em tela discute-se o cumprimento do direito fundamental à saúde, ora individual, ora coletivamente concedido, necessária se faz a análise da estrutura dos direitos fundamentais sobre o prisma da distinção entre regras e princípios.

Para Robert Alexy, essa diferenciação é indispensável na solução de conflitos centrais da dogmática dos direitos fundamentais, uma vez que auxilia na elucidação dos seus efeitos perante terceiros, bem como implica no ponto de partida para resposta à pergunta acerca da

possibilidade, restrições e limites da sua racionalidade na esfera dos direitos fundamentais (ALEXY, 2008: 193).

Nesse sentido, destaca-se, preliminarmente, que tanto regras quanto princípios são normas, porquanto ambas expressam o que deve ser, ou seja, tratam-se de duas espécies de normas. Por isso, o ponto primordial nessa análise é realçado quando se compreende que os princípios ordenam que algo seja realizado na maior e melhor forma possível dentro da universalidade de possibilidades existentes, fática e juridicamente. Em razão disto, Alexy denomina-os como mandamentos de otimização, dado o seu caráter gradual de satisfação (ALEXY, 2008: 196).

Em contrapartida, as regras diferenciam-se dos princípios, pois “não admitem” que lhes sejam atribuídos graus de concretização. Assim, são normas que versam e impõem determinações no âmbito do que é possível na realidade fática e jurídica. Em outras palavras, o conteúdo por ela ordenado deve ser realizado e satisfeito integralmente – nem mais, nem menos. Esse raciocínio traduz, portanto, que a distinção entre essas normas é eminentemente qualitativa.

Por conseguinte, num eventual conflito de regras, Robert Alexy menciona que a solução só poderá ser encontrada se inserida, em umas das regras, uma cláusula de exceção que elida o confronto, ou, dada a sua impossibilidade, que haja a declaração de uma delas como inválida. Contudo, o mesmo método não se aplica à colisão entre princípios, em que um princípio deverá ceder em relação ao outro, de modo que, sob determinadas circunstâncias, um princípio terá precedência em face do outro, o que, entretanto, não impede que em outras condições este venha a ser o precedido (ALEXY, 2008: 141).

Por esse raciocínio, infere-se que a relação de antinomia de princípios (colisão) e regras (conflito), ocorre a primeira na dimensão do peso, ao passo que a segunda, no âmbito da validade. Tal entendimento, inclusive, é corroborado por Dworkin:

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia (2002: 42).

Portanto, por não gozarem de prioridade irrestrita numa situação de tensão, recorre-se ao sopesamento dos interesses conflitantes a fim de que se defina qual deles detém o maior peso no caso concreto. É o caso, por exemplo, da obrigação do magistrado de prestar ao jurisdicionado (direito individual) o acesso de determinado medicamento pelas vias judiciais,

em contraponto ao direito daqueles tantos outros indivíduos que dependem de políticas públicas eficazes que resguardem um tratamento de saúde de qualidade (direito coletivo). Ao se efetuar o exame dessas duas situações, isoladamente, é notória a contradição a elas implícita. Aqui, percebe-se que o direito individual à saúde, restringe de algum modo o direito à saúde de uma coletividade, derivado do princípio constitucional da igualdade.

Não obstante esse confronto, deve-se ter em vista o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada de um princípio em relação ao outro. Essa pode ser a grande utilidade da Recomendação nº 31 do CNJ enquanto “fixadora de critérios”, para que no caso concreto se realize em maior grau o direito à saúde sem, contudo, eliminar o direito à isonomia.

Uma vez estabelecida a diferenciação entre regras e princípios, a fim de facilitar a compreensão sobre a amplitude da proteção e limitação aos direitos fundamentais, faz-se mister proceder a uma análise mais particular sobre os princípios republicano e da igualdade, em observância ao cumprimento da Recomendação do CNJ.

O princípio republicano, insculpido no art. 1º da Constituição Federal, pode ser considerado como princípio-matriz constitucional, do qual decorrem e se desenvolvem todos os demais princípios fundamentais. Por ser a forma de governo adotada pelo Brasil, aponta Ana Paula de Barcellos (2018: 145) que a noção de Republicanismo implica na restrição do poder absolutista, a existência de um governo justo e exercício do poder político direcionado para o bem da coletividade. Em suma:

Decorrem do sentido amplo de república, e.g., e igualdade de todos, a soberania popular, a liberdade individual e política, o Estado de Direito e a separação de Poderes. Ao lado desses princípios gerais, a república como forma de governo oposta à monarquia agrega outros três, instrumentais para a realização da igualdade e da soberania popular: a representatividade ou eletividade, a periodicidade dos mandatos e a responsabilidade política. (BARCELLOS, 2018: 145)

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet (2017: 315) assinala que, conforme Gomes Canotilho, mais do que uma forma democrática de governo, a forma republicana representa, acima de tudo, uma estrutura político-organizatória que assegura as liberdades fundamentais, bem como protege o controle pelo poder. E, acrescenta, ainda, que, devido sua condição de princípio geral e estruturante, fazendo uma alusão à denominação de Alexy, atua a República como um mandado de otimização, pois intenta-se, a partir dela, realizar o melhor equilíbrio possível entre liberdade e ordem na concretização do bem comum. Por fim, não se deve

esquecer da função interpretativa que lhe é inerente, como bem aponta Barcellos (2018: 147-8):

É ele que informa ao intérprete os valores que serviram de fundamento para as decisões básicas do constituinte originário, bem como os fins por ele buscados, que deverão constituir o norte teleológico da atividade interpretativa. Essa função se evidencia quando, entre várias exegeses possíveis do texto constitucional, ou mesmo da norma infraconstitucional, o intérprete deverá adotar aquela que melhor prestigie o conteúdo do princípio republicano.

Como foi demonstrado, o princípio republicano, devido ao seu caráter basilar, institui o princípio da igualdade como postulado básico da organização política e jurídica, de forma que os poderes devem traduzir-se em vantagens e encargos igualitários a todos (Cunha Jr., 2012: 546). O princípio da igualdade detém, assim, uma importância tão elevada para o ordenamento jurídico, que lhe são conferidas diversas referências no decorrer do texto constitucional, consagrando, reiteradamente, a sua característica de direito fundamental (SILVA, 2005).

[...] **todos são iguais perante a lei**, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito** à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade” [grifos nossos] (BRASIL, 1988).

É possível observar da análise do disposto no art. 5º o reconhecimento da igualdade formal pelo ordenamento pátrio, assim direcionado à atuação dos poderes públicos na criação e aplicação de normas despidas de critérios discriminatórios e distintivos. Todavia, com o passar do tempo, como bem acentua Nathalia MASSON (2016: 227), a igualdade formalmente reconhecida, adquiriu, paralelamente, um caráter substancial, ou seja, foi-lhe dado um sentido material embasado na fórmula aristotélica que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. De forma sucinta, explicita Alexy:

Nesse embate entre a norma que preconiza um tratamento igual e a norma que estabelece um tratamento desigual, tem-se, como consequência, a possibilidade de compreender o enunciado geral de igualdade como um princípio da igualdade, que *prima facie* impõe um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos (ALEXY, 2008: 411).

Feitas tais considerações, deve-se atentar para a dupla dimensão que esse direito compreende: uma objetiva e outra subjetiva. De acordo com Sarlet (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017: 625-6), a dimensão objetiva está atrelada ao seu papel de princípio

estruturante do Estado Constitucional frente ao Estado Democrático e Social de Direito, ao proibir discriminações, como também impor sua punição.

De outro modo, o caráter subjetivo da Igualdade desempenha-se como fundamento de posições individuais e coletivas que tem por objeto, no aspecto negativo, a proibição de abordagens destoantes do princípio e, sob o prisma positivo, opera como fundamento de direitos decorrentes a prestações, assim estabelecidas mediante o acesso igualitário às prestações - seja de bens, serviços, políticas públicas – oferecidos pelo Poder Público.

Voltando-se, assim, à análise da discussão sobre a judicialização do acesso à saúde é possível perceber que a extensão do benefício – no caso, a dispensação do medicamento – a quem não o recebeu e que, de igual modo, deveria tê-lo recebido, enseja, não somente no problema de um Poder Judiciário que adquire a feição de legislador executivo, tal como poderá incidir na afetação de outros princípios e direitos fundamentais (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Portanto, devido à forte carga argumentativa em favor da igualdade jurídica que, neste contexto, reflete no direito universal e igualitário à saúde, previsto no art. 196 da CF, só poderia dar lugar à igualdade fática e, conseqüentemente, a uma “discriminação” – lê-se aqui igualdade material – , que, nesse sentido, abrange à situação do indivíduo que recorre ao Judiciário a fim de obter determinado medicamento, consoante ALEXY, se houver razões suficientes e adequadas para tal, já que para ele:

Sempre relevante é o princípio da igualdade jurídica, pois todo tratamento jurídico desigual para o fomento de uma igualdade fática é uma restrição à realização do princípio da igualdade jurídica [...] Há uma carga argumentativa a favor da igualdade jurídica; a favor da igualdade fática, não. (ALEXY, 2008: 423-426)

Por esses motivos que se procederá, na próxima seção, ao estudo da Recomendação do CNJ, de 2010, a fim de que se aponte se os critérios e sugestões por ela propostos vieram a funcionar como motivos e argumentos nas decisões judiciais que, eventualmente, tenham concedido ou negado a dispensação de fármacos e, como resultado, se fora alcançada a proteção e efetivação ao princípio constitucional da igualdade, ora derivado do republicano.

4. A recomendação do CNJ na garantia da isonomia das decisões judiciais

Da análise do art. 196 da Constituição Federal, qual seja, a proposição segundo a qual o direito à saúde deve ser garantido “**mediante políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao **acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação**” [grifos nossos], logo se constata um caráter eminentemente programático. Deixa-se a cargo, predominantemente, dos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente, a criação de leis que versem sobre a matéria, e o planejamento e implementação de políticas públicas, na concreta e real efetivação do dispositivo.

Não obstante a competência desses Poderes delimitada no texto constitucional, demonstrou-se até aqui que a previsão constitucional não fora suficiente para a realização da garantia do direito à saúde, o que levou o Poder Judiciário, ora invocado pelas demandas individuais, a efetivá-lo por meio de decisões judiciais.

Nesse contexto, não se pode olvidar que o ativismo por vezes empregado pelo Judiciário levanta críticas em torno da sua dissonância com as políticas públicas previamente estabelecidas pela Administração Pública, associado ao fato de que, na intenção de reduzir evidentes desigualdades sociais e econômicas, por vezes cumpre em acentuá-las, como bem expõe Luís Roberto Barroso:

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 conhecerem 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. (2009: 47)

Logo, faz-se fundamental a análise da Recomendação nº. 31, do Conselho Nacional de Justiça, para demonstrar de que modo ela vem atuando na defesa do acesso à saúde, sem deixar de observar, no entanto, a garantia ao princípio da igualdade constitucionalmente previsto.

Primeiramente, deve-se ater que a isonomia prevista na Constituição não só abrange o direito material, como também incide na esfera processual. Ao serem observadas as diretrizes fornecidas para a atividade jurisdicional, é possível que se exarem decisões, cujas situações versem sobre temas complexos – como é o caso da saúde -, cada vez mais uniformes,

propiciando, assim, a criação de precedentes fortes e legítimos para as futuras atuações judiciais.

Ao recomendar que sejam celebrados convênios com equipes técnicas compostas por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados, evidencia-se a preocupação na formação de juízos de escolha progressivamente motivados e pautados em critérios técnicos especializados, aproximando as decisões dos fundamentos científicos, em detrimento de decisões meramente jurídicas e principiológica – o que, de fato, o distancia da igualdade perseguida. Afinal, só será possível conceder o fornecimento de medicamentos ou tratamentos, se for possível identificar com o máximo grau de certeza possível, a sua imprescindibilidade para a saúde do beneficiário, ideal realizável, desse modo, mediante a cooperação interdisciplinar.

Além disso, ao procurar instruir as referentes ações judiciais com uma série de relatórios médicos e laudos técnicos devidamente pormenorizados, fornece-se ao magistrado uma visão global do litígio ora levantado, sendo possível, por exemplo, estabelecer critérios de relevância, necessidade, urgência e prioridade diante da grande demanda de ações porventura ajuizadas.

A recomendação para que se colha a manifestação, primeiramente, dos gestores públicos acerca das tutelas de urgência – via de regra, concedidas – contribui para que os magistrados tenham ciência da realidade orçamentária disponível à concretização dessas ações pela via judicial. Principalmente quando implica na realocação de valores originalmente destinados a políticas públicas sanitárias para as referidas ações individuais. Assim, o parecer prévio desses gestores, possibilita que sejam os magistrados providos de maiores informações a respeito da tutela e da sua viabilidade econômica e fática.

Por esses motivos, não há dúvidas de que a Recomendação nº.31 revela-se um verdadeiro avanço em questão de política judiciária. As medidas e sugestões nela propostas traduzem em efetivos mecanismos e parâmetros para atuação judicante de tribunais, atendendo, sobremaneira, ao direito fundamental à saúde concomitantemente ao princípio da igualdade.

Um grande avanço já implementado por setenta por cento dos Tribunais de Justiça do País foi a criação de Núcleos de Apoio Técnico (NAT) ou “Câmara Técnica”, composta por profissionais de Medicina, Farmácia e Serviço Social, entre outros. “O trabalho dos NATs só é realizado se o órgão for procurado pelo juiz, que encaminha, então, cópia da petição inicial e dos documentos ao núcleo.” (CNJ SERVIÇO, 2016: *online*).

Tal órgão pode auxiliar na execução de decisões, simplificação do atendimento de demandas na Defensoria Pública e na celebração de acordos, “além de contribuir na produção de provas, ao participar em audiências e emitir pareceres.” A utilidade do NAT já foi constatada *in loco*: pesquisa do CNJ apontou queda da judicialização contra Municípios após a instalação dos NATs(CNJ SERVIÇO, 2016: *online*).

Ainda há, contudo, grandes desafios na sua implementação. De acordo com os dados do Acórdão nº. 1.787/2017 (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2017: *online*), em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), entre o período de 2008 a 2015, os gastos com a aquisição de medicamentos e insumos médicos pelas vias judiciais saltaram de R\$ 70 milhões para R\$ 1 bilhão, correspondendo a um aumento de mais de 1.300%. A título de comparação, o mesmo órgão divulgou que entre 2010 e 2015, mais de R\$ 2,7 bilhões foram gastos nas compras de medicamentos determinados judicialmente, sendo 54% desse valor na aquisição de apenas três medicamentos. Assim, salienta-se no Acórdão que:

A judicialização da saúde não é um programa governamental nem uma política pública, mas um fenômeno que ocorre na intersecção entre o sistema de justiça e o sistema de saúde. Determinadas necessidades de saúde ingressam no sistema judiciário como pedidos e saem dele como ordens judiciais, dirigidas aos gestores de saúde para fornecimento de ações e serviços de saúde, caso o litigante obtenha sucesso.

Tal situação, contudo, não se justifica pela ineficiência da mencionada Recomendação, nem da posterior de nº. 36. Em verdade, através dessa auditoria, foi possível constatar que as ações tomadas pelos entes públicos para redução dos impactos da judicialização no orçamento foram eminentemente insuficientes e ineficazes, tanto no Ministério da Saúde, quanto na maioria das secretarias de saúde, impedindo um dimensionamento dessa judicialização para subsidiar as eventuais tomadas de decisões pelos magistrados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dada a importância de arrefecer o ânimo solipsista do Poder Judiciário em face das inúmeras ações individuais de saúde ajuizadas nos tribunais de todo o Brasil – fenômeno este denominado de judicialização da saúde –, atentou-se o órgão censório deste poder pela implementação de estratégias e mecanismos capazes de amenizar os impactos dessa atuação

judicial tendo em vista uma prestação judicial igualitária e universal, ora decorrente do texto constitucional.

Assim, a Recomendação nº.31 de 2010 e posteriormente a de nº. 36, foram editadas para estabelecer critérios aos magistrados dos tribunais brasileiros na formação do seu juízo de escolha, notadamente consoante ao que propõe Alexy, já que, no caso concreto, deve-se sopesar os interesses em confronto, intentando-se sempre pela realização em maior grau dos direitos fundamentais.

Desse modo, percebeu-se que a louvável atuação do Conselho Nacional de Justiça na aplicação de referida política judiciária ainda não alcançou os resultados almejados pela atividade judicante após sua implementação. Com base nos dados já divulgados pelo Tribunal de Contas e demais pesquisas realizadas pelo próprio Conselho, revela-se, ainda, a presença tímida e incipiente da Recomendação enquanto ferramenta de auxílio na tomada de decisões judiciais, principalmente no sentido de garantir a devida separação de poderes e o acesso igualitário e eficaz ao direito à saúde.

É imperioso, portanto, para que se alcance o acesso universo e igualitário à saúde, que a ação judicial se torne, cada vez mais, controlada, multidisciplinar, e, sobretudo, transparente e dialógica, no sentido de considerar o impacto orçamentário e o impacto negativo em relação a outros direitos fundamentais, aos princípios republicanos e a igualdade, devendo ser condicionada a critérios regulatórios e legais.

REFERÊNCIAS

ADI 3367, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2005, DJ 17-03-2006 PP-00004 EMENTA VOL-02225-01 PP-00182 REPUBLICAÇÃO: DJ 22-09-2006 PP-00029. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 set. 2018.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 627p.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 256p.

ANJOS, Pedro Germano dos. *Controle jurisdicional do orçamento: planejamento orçamentário e diálogo constitucional no cumprimento dos direitos fundamentais a prestações fáticas*. Dissertação (Mestrado em Direito) – UFBA. Salvador, 2010, 250p.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni. (Coord.). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

AUMENTAM os gastos públicos com judicialização da saúde. Tribunal de Contas da União, 2017. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br>>. Acesso em: 16 set. 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 730p.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: *Jurisprudência mineira*. Belo Horizonte, v. 60, n. 188, p. 35-50, jan/mar., 2009.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CNJ Serviço: Juízes contam com opinião médica para ações de saúde. CNJ Notícias, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias>>. Acesso em: 20 set. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. Atos normativos de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. 1360p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. 1298p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1655p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1668p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005. 924p.

STF - MS: 28801 DF - DISTRITO FEDERAL 9929646-90.2010.0.01.0000, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 27/04/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1309p.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU. Acórdão: 1.787/2017-TCU – Plenário. Data da sessão: 16/8/2017. Relator: Ministro Bruno Dantas. TC: 009.253/2015-7. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br>>. Acesso em: 23 set. 2018.