

NÚCLEOS DE ASSESSORIA TÉCNICA E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: CONSTITUCIONAIS OU INCONSTITUCIONAIS?*

Siddharta Legale Ferreira**

Aline Matias da Costa***

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo o estudo dos núcleos de assessoria técnica (NATS), órgãos inseridos dentro dos tribunais de justiça, com o fim de auxiliar os magistrados nas decisões envolvendo prestações de medicamentos. Serão observados o crescente processo de judicialização da saúde e o quanto essa tem atingido o Poder Judiciário e o Poder Executivo; a conseqüente busca por caminhos para a diminuição desse fenômeno através de diálogos institucionais e a criação de órgãos que viabilizem uma interface de consenso entre esses Poderes.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização. Núcleos de assessoria técnica. Diálogos constitucionais.

Introdução

Sob a vigência da Constituição de 1988, por motivos variados, observou-se uma intensa judicialização das relações sociais. Não foi diferente com as relações envolvendo cidadãos e o Estado, pacientes e médicos, entre segurados e os planos de saúde. Essa judicialização põe em evidência a necessidade de efetivar o direito à saúde, cerne de um modelo de Estado Democrático e Social de Direito. A redemocratização, somada ao catálogo amplo de direitos e o fortalecimento do controle de constitucionalidade, fez com que se deixasse de ver os mandamentos constitucionais dos arts. 6º e 196 como meras normas programáticas ou promessas insinceras para se ampliar a sua normatividade judicialmente, especialmente nos casos em que estivessem em risco a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial.

O cenário, então, muda radicalmente: de uma falta de efetividade para uma judicialização, que, se não é excessiva, pelo menos carrega alguns efeitos colaterais que precisam ser remediados, como a falta de preparo técnico dos juizes para lidar com demandas por medicamentos, cujas propriedades terapêuticas não raro desconhecem, e por tratamentos em hospitais que vivenciam situações que dificilmente podem ser reduzidas a termo em um processo judicial. Essas circunstâncias, segundo entendemos, têm exigido estratégias que não esperem que o juiz seja um “juiz-Hércules”¹ (DWORKIN, 2007), conhecedor do Direito, da Ética e da Filosofia, ou um “juiz-Hipócrates”, sabedor dos bálsamos da medicina moderna. É difícil para um juiz com inúmeros processos e

* Enviado em 28/8, aprovado em 5/12/2012, aceito em 18/3/2013.

** Mestre em Direito Constitucional - Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF); Professor Substituto do Departamento de Direito Público - Universidade Federal Fluminense; Professor do Curso de Especialização em Direito da Administração Pública (CEDAP-UFF); Professor Substituto da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: siddhartalegale@yahoo.com.br.

*** Bacharel em Direito - Universidade Federal Fluminense. Faculdade de Direito, Graduação. Niterói, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: aline_matias@ibest.com.br.

sem o conhecimento técnico para tanto superar o que alguns autores vêm chamando uma visão de uma “microjustiça” (BARCELLOS, 2006, 17-54) ou uma visão de túnel, ou seja: compreender aquela demanda por um medicamento ou um tratamento como um problema institucional, o que faz com que ele acabe por ignorar os efeitos sistêmicos de sua decisão.

É preciso dar respostas institucionais, pragmáticas e técnicas para problemas igualmente técnicos e práticos da vida. É preciso uma preparação para o diálogo entre as diversas instituições como uma forma de garantir mecanismos capazes de atender tais demandas em tempo hábil e dentro do respeito de princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana, acesso à justiça e imparcialidade do juízo, em concomitância com uma menor onerosidade ao Estado, com o fim de não inviabilizar a concretização de outras ações de saúde pública.

Com essa preocupação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 31/2010, a qual teve como fundamento as constatações da Audiência Pública nº4 realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27/4/2009, ocasião em que foram ouvidos 50 especialistas na matéria e foi instituído um grupo de trabalho para realizar estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde. Nessa audiência, recomendou-se aos tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores de direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas envolvendo o direito à saúde. Em iniciativa pioneira e que tem servido de inspiração aos demais tribunais do país, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), em parceria com a Secretaria de Estado de Saúde e Defesa Civil, criou o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT).

Toda inovação tem o mérito de procurar resolver dilemas em aberto para problemas que antes se pensava sem uma solução. Com ela, novos dilemas e desafios também vêm à tona. No caso do NAT do Rio de Janeiro, por exemplo, o corpo técnico funciona dentro do Tribunal de Justiça em contato direto com os juízes e são oriundos da Secretaria de Estado. Se, de um lado, propicia-se mais rapidez para efetivar o direito fundamental à saúde; por outro, seria possível questionar se o fato de um dos principais demandados nas questões de saúde, o Estado, tiver um corpo técnico próprio para apresentar pareceres no interior no Judiciário não comprometeria o princípio da igualdade, o contraditório e a ampla defesa quando comparado ao cidadão enfermo que bate as portas do Judiciário à procura dos médicos, remédios e tratamentos que não encontrou nos hospitais públicos.

Em outros termos, o NAT do TJ-RJ é constitucional? Esse é o problema fundamental que guiou a formulação do presente trabalho. Para enfrentá-lo, foi realizada uma pesquisa empírica, ou seja, visitou-se o referido NAT e foram entrevistados alguns funcionários e obtidos alguns pareceres, ainda não disponíveis na internet, que serviram de fundamentos para o presente estudo. Usar metodologia desse tipo ainda é pouco usual no âmbito do Direito (VERONESE et al., 2010, p. 1-13), o que é, a um só tempo,

compreensível e desafiador tendo em vista a carência, para não dizer, a ausência de bibliografia especificamente sobre esse ponto.

O plano de trabalho desenvolvido foi o seguinte: em primeiro lugar, aborda-se o NAT de uma perspectiva descritiva, considerando-se que conhecer e divulgar uma iniciativa tão recente quanto pioneira é importante. Em seguida, passa-se à fase de análise crítica dessa experiência a partir da teoria dos diálogos constitucionais entre as diversas instituições jurídicas.

1 Núcleos de assessoria técnica (NATs) do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Este item pretende explicar o funcionamento desses órgãos recentemente inseridos no ordenamento jurídico brasileiro, os núcleos de assessoria técnica, que funcionam no âmbito do Poder Judiciário para auxiliar os magistrados nas demandas envolvendo a questão da saúde, ressaltando-se a experiência pioneira do Rio de Janeiro. Para tanto, será percorrido o seguinte roteiro: a) finalidade; b) fundamentos jurídicos; c) funcionalidade; d) críticas e controvérsias.

O primeiro núcleo de assessoria técnica foi idealizado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e teve o início de suas atividades em fevereiro de 2009 nas 9ª e 10ª varas de fazenda pública. Em outubro do mesmo ano, o TJ-RJ assinou convênio com a Secretária de Saúde do Estado e Defesa Civil, estendendo os serviços do núcleo para todas as varas de fazenda pública da capital e para as 20 câmaras cíveis do tribunal.

Os núcleos estão interligados à Secretaria Estadual de Saúde, fato que possibilita a análise imediata das listas de medicamentos disponíveis em estoque para concretização do pedido requerido. A equipe é multidisciplinar, composta por funcionários administrativos responsáveis pelas rotinas do núcleo; farmacêuticos; nutricionistas; e enfermeiros, além de uma coordenação formada por farmacêuticos e médicos. Esses profissionais devem emitir pareceres isentos de quaisquer critérios que não se relacionem ao binômio “necessidade/utilidade”, visto que não devem ser considerados aspectos como laboratório, fabricante, entre outros pontos distintos dos critérios de atendimento da necessidade do cidadão em questão, eficácia no tratamento e menor custo diante do benefício pretendido.

Os processos que chegam ao NAT são cadastrados no banco de dados e distribuídos aos profissionais da equipe para que estes possam analisar os casos e proferir o parecer técnico. Em seguida, a avaliação é enviada à coordenação para revisão, que, caso considere necessário, propõe alterações no texto. A última etapa é o retorno do parecer para o cartório ou para a secretaria do juiz que o encaminhou. Caso o medicamento em questão exista na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e se encontre disponível, o paciente é prontamente orientado a se encaminhar até o local onde se encontra o medicamento e a retirá-lo, sem necessitar que sua demanda se perpetue.

1.1 Finalidade do NAT

Os núcleos têm como finalidade o auxílio aos magistrados no julgamento das demandas envolvendo prestações relacionadas ao direito à saúde, viabilizando a disponibilidade de um conhecimento técnico para o respaldo de uma decisão mais segura. Contudo, mesmo sendo esse o objetivo primeiro dos núcleos, não podemos deixar de visualizar outras finalidades, como: a) melhor atendimento do cidadão, que pode vir a ter sua pendência resolvida em até 48 horas, deixando assim de percorrer todo o trâmite normal do judiciário; ou b) ainda a capacidade de diminuir o inchaço do Judiciário, uma vez que adota uma espécie de filtro.

Faz-se, ainda, necessário observar que os núcleos não tomam o lugar do magistrado nem vinculam sua decisão, pois somente o magistrado, nos casos em que o medicamento ou tratamento não estiverem disponíveis em lista do SUS, poderá concedê-lo ou não, mesmo diante de parecer expedido pelo NAT, que demonstre a procedência ou improcedência da prestação em questão. Logo, perde força a crítica de que o NAT violaria os princípios constitucionais como imparcialidade do juízo, acesso a justiça e garantia de um juiz natural. Quanto ao contraditório e à igualdade em juízo, o tema ainda exige uma ponderação mais pausada, a ser realizada no momento oportuno do texto. O parecer não substitui a atuação do juiz: apenas pode ampliar ou inclinar seu olhar sobre a situação.

1.2 Fundamentos jurídicos para criação dos núcleos de assistência técnica

Os núcleos são resultado da busca por meios mais eficientes de assegurar a solução de demandas envolvendo assistência à saúde. Visando a esse fim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 31/2010, a qual teve como fundamento as constatações da Audiência Pública nº 4, realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 27/4/2009, ocasião em que foram ouvidos vários especialistas na matéria e foi instituída a criação do grupo de trabalho para realizar estudos e propor medidas que visem a aperfeiçoar a prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde.

A preocupação com a criação de órgão para apoio técnico do magistrado ficou registrada logo nas primeiras falas realizadas na sessão de abertura da Audiência Pública, como pode ser observado na fala do Secretário de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, Sr. Alberto Beltrame: “Quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário - como há em alguns Estados - assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc*, sem conflito de interesses e sem relação com a assistência e prescrição aos pacientes” (BRASIL, 2009).

Além dessa preocupação, foram considerados também os seguintes pontos, com o fim de propor soluções: a) o fornecimento de prestações de saúde; b) a carência de informações clínicas prestadas aos magistrados a respeito dos problemas de saúde enfrentados pelos autores dessas demandas; c) a necessidade de prévia aprovação pela Agência

Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) dos medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil, conforme disposto pelo art. 12 da Lei nº 6.360/76 c/c Lei nº 9.782/99, as quais visam a garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou contra aqueles que possam ser prejudiciais aos pacientes; d) as reivindicações dos gestores para que fossem ouvidos antes da concessão de provimentos judiciais de urgência e a necessidade de prestigiar sua capacidade gerencial; e) as políticas públicas existentes e a organização do sistema público; f) a indicação de formulação de grupo de trabalho criado pela Portaria nº 650/2009, do ministro presidente do Conselho Nacional de Justiça.

Baseado em tais considerações, o CNJ instituiu a Recomendação nº 31, que, entre outras medidas, orientava os tribunais de justiça dos estados e os tribunais regionais federais a celebrar convênios para apoio técnico, compostos por médicos e farmacêuticos, até dezembro de 2010. Após o advento dessa recomendação, o CNJ expediu a Resolução nº 107/2010, pela qual, considerando o elevado número e a ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como o forte impacto dessas questões sobre o orçamento público, ficou instituído o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.

Demonstrando ainda o constante estado de preocupação da Justiça com a necessidade de elaboração de meios capazes de atenuar o inchaço do Judiciário e o tempo de resposta ao cidadão, o CNJ, em 12/7/2011, expediu a Recomendação nº 36, na qual abordou a questão dos planos de saúde, mas ratificou a urgente criação de meios para auxílio na formação de um juízo de valor e também na elaboração de outros caminhos para resolução desses conflitos, sugerindo até mesmo uma mediação com possível busca de solução amigável. Caminho que pode nos parece um pouco utópico, na qual o juiz faz o papel de garantidor da execução das necessidades, sendo mesmo o “guardião das promessas” (GARAPON, 2001), mas que já foi adotado com sucesso pela Defensoria Pública de São Paulo, que tem conseguido resolver percentual considerável de suas lides dessa natureza em mediação extrajudicial.

É com fulcro nessas orientações do CNJ e no estabelecimento de diretrizes voltadas para o caminho dos convênios que surge o aparato legal para o desenvolvimento dos núcleos de assessoria técnica nos tribunais e varas do estado do Rio de Janeiro.

1.3 Funcionalidade do Trabalho Desenvolvido pelos NATs

Os núcleos de assessoria técnica têm desempenhado papel significativo na esfera judiciária: os números de pareceres emitidos têm aumentado a cada ano. Segundo estudos e reportagens, desde sua implementação em 2009, o total estimado foi de 987 pareceres produzidos naquele ano; em 2010, de 1.448 pareceres; e para os anos de 2011 e 2012, a expectativa é que esse número aumente. Vejamos de acordo com estudo anterior realizado por Pedro Henrique Di Masi Palheiro com base nos anos de 2009 e 2010, quais eram os itens mais requeridos:

Itens mais pleiteados em 2009	Itens mais pleiteados em 2010
insulinas especiais	insulinas especiais
calcitriol injetável	omeprazol
fraldas	ácido acetilsalicílico 100mg
etanercepte	clonazepam
fórmula alimentar de aminoácidos	insulinas nph e regular

Tabela 1: Relação de medicamentos mais solicitados nos anos de 2009 e 2010 perante o NAT - TJ-RJ (PALHEIRO, 2011)

Em nossa visita ao Núcleo e entrevista aos seus profissionais, identificamos os itens mais pleiteados nos anos de 2011 e 2012 até o momento.

Itens mais pleiteados em 2011	Itens mais pleiteados em 2012
insulinas especiais	insulinas especiais
tiofan	cinacalcet
bosentana	neocate
medicamentos oncológicos	
neocate	

Tabela 2: Relação de medicamentos mais solicitados nos anos de 2011 e 2012 perante o NAT - TJ-RJ

Pedro Henrique Di Masi Palheiro, subsecretário jurídico e corregedor da Secretaria do Estado de Saúde, realizou uma pesquisa de alguns casos abordados pelo NAT do TJ-RJ, a partir da qual é possível perceber como os núcleos desempenham o papel de filtro, visto que muitas são as ocasiões em que o cidadão busca o Judiciário sem que haja sequer a necessidade do medicamento pleiteado, ou ainda casos nos quais a análise técnica comprova que o medicamento indicado não atende ao tratamento da patologia em questão.

No primeiro caso, a autora, portadora de Doença de Crohn, uma doença inflamatória intestinal, solicitou o medicamento mesalazina 400mg, já estando cadastrada no Componente Especializado de Assistência Farmacêutica (CEAF), que consiste em um tipo de estratégia de acesso a medicamentos no SUS para garantir a integralidade e continuidade de tratamento, cujos protocolos estão definidos pelo Ministério da Saúde. Tais pacientes geralmente portam doenças que, não sendo tratadas podem causar sofrimento de grande potencial e até o óbito. Nesse caso foi verificado o estoque do SUS e observado seu estado irregular, ou seja: sua incapacidade de atendimento, sendo determinado pela justiça o bloqueio de verbas públicas para a aquisição imediata do medicamento citado.

No segundo caso, temos a autora portadora de osteoporose, que buscou o Judiciário para ter acesso a diversos medicamentos, num total de nove diferentes medicamentos, dos quais cinco não apresentam indicação terapêutica aprovada para o tratamento de tal doença. Nesse caso, o juiz determinou que fosse concedida a antecipação de tutela apenas para os medicamentos aprovados para o tratamento da patologia.

O terceiro caso expõe uma situação muito interessante: a autora, portadora de lúpus eritematoso sistêmico, síndrome de Sjogren, tireodite de Hashimoto e doença pulmonar obstrutiva crônica, solicitou medicamentos para doença de Parkinson, hipertensão arterial sistêmica, infecção urinária, incontinência urinária, obesidade mórbida, entre outras patologias que não estão ligadas às apresentadas à inicial. Deve ser observado que a impetrante vinha solicitando e adquirindo (quer seja por sequestro de valores quer por entrega de um dos entes federativos) os medicamentos cloridrato de sibutramina 15mg, desde 12/2005, e orlistat (Xenical), desde 10/2006, medicamentos não utilizados de forma contínua - fato que explicita um possível desvio desses medicamentos. Analisados tais pedidos pelo núcleo de assessoria técnica e verificadas as irregularidades, ficou decidido pelo juiz a solicitação de perícia médica, a qual a parte não compareceu.

Note-se que essas situações costumavam ser até então não raro expostas ao juiz, para que sozinho e sem nenhum apoio técnico decidisse - o que pode levar a um uso desnecessário de recursos financeiros, que deixam de atender a uma maioria para financiar um benefício voltado a um único cidadão, o qual não se encontra verdadeiramente necessitado daquele benefício, provocando um desequilíbrio do orçamento estatal. Assim, a ação do NAT nos casos de real necessidade torna satisfatória a busca pela justiça e consolida um estado de bem-estar não só para aquele cidadão, mas também para coletividade que fica protegida do desvio indevido dos recursos escassos do orçamento público.

Para os idealizadores do NAT, sua experiência tem sido tão positiva que em 2012 tivemos a implantação da mesma estrutura no 1º ao 10º juizados especiais federal do Rio de Janeiro e na 15ª a 23ª varas federais do Rio de Janeiro, já tendo emitido cerca de 400 pareceres técnicos segundo o disposto por Marcela Calfo, Coordenadora jurídica do NAT, em reportagem (MANHÃES, 2012). É importante enfatizar que esse núcleo, segundo a coordenadora, não analisa casos de urgência relativos a internação ou transferência de leitos, mas tão somente insumos, medicamentos ou tratamentos médicos eletivos.

Ratificando a posição dos entusiastas do NAT, é apresentada a seguir jurisprudência em que sua atuação foi determinante para impedir a utilização indevida do erário público, visto que o estado do Rio de Janeiro procedeu à apelação para que fossem fornecidos ao demandante somente os medicamentos dispostos pelo parecer do NAT. Na apelação, decidiu-se que seria inadmissível a imposição de obstáculos ao direito à saúde, como um exame pericial além do receituário médico oficial, o que já bastaria para aferir a necessidade de continuar o tratamento e medicamentos necessários para o portador de diabetes mellitus - e apenas os prescritos nos autos -, segundo o parecer técnico do NAT².

1.4 Críticas e controvérsias

Uma instituição não é aprimorada apenas com reconhecimento e elogios merecidos. Também a análise crítica desempenha um papel fundamental na construção de instituições melhores. Em contraponto a essa visão de necessária expansão de algo positivo aos magistrados e ao cidadão, começam a surgir as primeiras críticas contra os NAT, que podem ser resumidas em dois eixos: a) o núcleo funcionaria como um aparato do governo, violando o contraditório e a ampla defesa; e b) o que deveria tornar o atendimento mais célere se colocaria como uma barreira de morosidade para o acesso do cidadão ao Judiciário.

Em primeiro lugar, há também quem questione a forma de organização do NAT, fato que ocorre, por exemplo, no Mato Grosso, local em que a ligação do NAT com a Secretaria do Estado de Saúde é tida como uma deturpação do idealizado pelo CNJ. Segundo notícia veiculada pelo sítio eletrônico da Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso, concedida por André Luiz Prieto, defensor público geral, “essa deturpação impediria uma isenção na confecção dos pareceres, fazendo com que esses percam seu valor” (SECRETARIA DE SAÚDE DE MATO GROSSO, 2011). Outra passagem em que o defensor comenta a questão da (im)parcialidade do órgão merece destaque:

O NAT no Estado é formado por equipe de médicos e farmacêuticos ligados a Secretaria Estadual de Saúde. Fugiria das normas do CNJ que prevê a participação de representantes do Ministério Público Estadual, de especialistas da sociedade civil organizada e ainda da Defensoria Pública.

O NAT dificilmente irá elaborar pareceres que colaborem para decisões judiciais de forma isenta. O cenário descrito pressupõe possibilidade de o Estado ter domínio sobre os pareceres, que podem beneficiar o governo em relação às ações na Justiça contra o Estado, na área da saúde.

“No Código de Processo Civil está que o juiz tem que agir de forma independente”, reforçou o defensor público-geral do Estado, André Luiz Prieto, ao frisar o cenário que, para ele, vai na contramão da isonomia da Justiça sobre ações interpostas pela população contra o Estado, na área da saúde. Pietro assegura embasamento jurídico para questionar a composição do Núcleo de Apoio Técnico (NAT).

“O NAT está restrito entre o governo e o Judiciário”, afirmou ao destacar que, da forma com que foi instituído, o núcleo não daria direito ao contraditório. O defensor foi mais além ao reafirmar a posição do órgão, de colaborar na defesa das causas do cidadão, principalmente da classe carente que precisa da Defensoria Pública para garantir o ingresso de ações na Justiça. (SECRETARIA DE SAÚDE DE MATO GROSSO, 2011, grifo nosso)

Em segundo lugar, além dessa visão crítica pessimista de que o NAT seria um aparato do governo pensado para reduzir o número de demandas pela imposição de pareceres tendenciosos e restringindo o Direito ao contraditório, imparcialidade e a manutenção da ampla defesa do juízo, há também a necessidade de se refletir se adicionar mais instância e exigir a prolação de um parecer em demandas como a de saúde não violariam a razoável duração do processo e a própria isonomia. Diante dessa possível crítica, faz-se necessário não apenas exigir que o magistrado observe o parecer do NAT,

mas, especialmente nos casos de negativa dos medicamentos com esse fundamento, que o magistrado dê a oportunidade de a parte se manifestar sobre ele, conforme já foi decidido no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob pena de restar violado o princípio da ampla defesa³.

É a agilidade do deferimento do parecer e a impossibilidade de ter o medicamento negado sem a parte ser ouvida que esvaziará tal crítica e não simplesmente considerações em abstrato sobre a defesa de interesses escusos de um governo qualquer. As críticas construtivas são pertinentes e devem estimular o aprimoramento do NAT e não a rejeitar sua formulação. Seguindo essa linha de pensamento, talvez se devesse pensar em duas sugestões: a) a criação de um quadro plural de servidores, composto não apenas por médicos e técnicos das Secretarias do Estado, mas também por um corpo técnico independente que integrasse o próprio tribunal, tal como ocorre no NAT do Tribunal de Justiça do Piauí; e b) desvinculação formal do NAT da Secretaria de Saúde dos estados e vinculação ao Tribunal de Justiça em que estiverem instalados, com o objetivo de preservar uma autonomia maior, o que afastaria a instabilidade sentida pelo defensor público geral do Mato Grosso, diante da possibilidade de ingerência dos gestores dessas secretarias.

1.5 Breve notícia da criação dos NATs em outros tribunais estaduais

A experiência da incorporação dos núcleos de assessoria técnica no TJ-RJ tem se espalhado pelos diversos estados da Federação, o que vem a atender a Resolução nº 31 do CNJ. Deste modo, podemos encontrar atualmente o NAT nos estados do Paraná (13/3/2012), Espírito Santo (21/9/2011), Pernambuco (9/11/2011) e Piauí (7/2/2012). Em geral, a estrutura e finalidade do NAT parecem semelhantes às do Tribunal do Rio de Janeiro abordadas anteriormente. Dizemos “parecem”, porque ainda existe pouca informação a respeito, e o acesso a elas ainda é difícil, o que obrigou a recorrer a fontes jornalistas, bem como a pesquisa empírica no próprio NAT do Rio de Janeiro, como uma forma de obter mais informações por meio de uma visita e entrevista com pessoas relacionadas ao mesmo.

Chama atenção a experiência do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, com os núcleos de atendimento técnico, porque a sua composição prevê não apenas funcionários da Secretaria de Saúde do Estado do Piauí, mas do Departamento de Saúde do próprio Tribunal de Justiça e de conselhos e associações de trabalhadores da área de saúde. Enfatizamos que esse modelo talvez represente uma saída razoável à crítica de violação à isonomia e ao contraditório, bem como forneça uma maior lastro de legitimidade democrática às decisões de juízes que não são eleitos e acabam por tomar decisões que influenciam as políticas públicas no campo da saúde.

Percebe-se, com isso, um movimento crescente dos tribunais de justiça dos estados, na busca de uma uniformização da forma de trabalhar com as questões de saúde. Certamente, quando Ronald Dworkin engendrou a figura do “juiz-Hércules” (DWORKIN, 2007; BOTELHO, 2008) não tinha em mente a figura de um juiz num rincão do interior do

estado do Piauí a ter que decidir sobre questões dramáticas, envolvendo o direito à saúde e à própria vida. Detentor de todos os conhecimentos ou não, a dependência do magistrado, nas situações aqui trabalhadas, de uma forma de pensar dialógica e preocupada com as capacidades e desenhos das instituições com as quais dialoga é mais apropriada do que simplesmente apostar em idealizações irrealizáveis (SUNSTEIN; VERMULE, 2002).

Além dos NATs, a questão da saúde tem movimentado outros tipos de ações com o fim de promover um diálogo entre instituições e melhor resolver tais demandas. Serão observados alguns exemplos dessas outras iniciativas, somente com o fim de demonstrar o quão urgente vem se tornando a busca por soluções para a judicialização da saúde.

Uma dessas iniciativas é o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas da Saúde (Cirads), fundado por um acordo de cooperação técnica celebrado entre a Procuradoria da União no Estado do Rio Grande do Norte (PU/RN); a Defensoria Pública da União no Estado do Rio Grande do Norte (DPU/RN); a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte (PGE/RN); a Procuradoria-Geral de Natal (PGMN/RN); a Secretaria de Estado da Saúde Pública (Sesap/RN); e a Secretaria Municipal de Saúde de Natal (SMS/Natal), em 22/7/2009. Tal acordo recebeu, já em 2010, termo aditivo para inclusão da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Norte.

O Cirads visa a atuar tanto na solução de conflitos pela via administrativa antes que estes cheguem ao Judiciário, fato que reduziria a judicialização, quanto em demandas que já alcançaram a esfera judicial, o que se dará por meio de uma conciliação. Outra vertente do convênio é a atuação frente as autoridades na busca de melhoria das políticas realizadas para o aprimoramento do SUS, que serão sugeridas em propostas pelo Cirads com base em suas experiências perante o cidadão.

Em Ribeirão Preto (SP), foi instituída uma comissão multidisciplinar, chamada Comissão de Análise de Solicitações Especiais (GANDIN, 2008), cuja atribuição é emitir parecer nos pedidos de ações judiciais enviadas pelo Ministério Público Estadual, com o objetivo de fornecer subsídios para as decisões.

Em Minas Gerais, no ano de 2010, foi realizada reunião pela desembargadora Márcia Milanez, do tribunal de justiça do estado (TJ-MG) para iniciar os trabalhos do Comitê de Suporte Técnico-Consultivo às Decisões Judiciais na área de saúde. A iniciativa partiu da Assessoria da Gestão de Inovação (Agin) do TJ-MG. Esse comitê guarda similaridades com o modelo do NAT, visto que seu fim também é auxiliar os magistrados em suas decisões, e sua criação segue o pressuposto pelo CNJ.

Outra experiência muito similar ao NAT é a utilizada pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, denominada de Câmara Técnica em Saúde, que também surge para atender às demandas do Judiciário e tem seu fundamento nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça e nas propostas elaboradas no Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. Seu modelo também está pautado em um convênio com a Secretaria de Saúde do Estado; e suas diferenças com relação aos NATs vigentes em alguns outros Estados são, além do nome escolhido, o número de funcionários e o fato de haver, dentre seus funcionários, dois farmacêuticos e um servidor do Tribunal de Justiça. Com a missão de

subsidiar a justiça estadual do Mato Grosso do Sul com informações técnicas nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e tratamentos clínicos e/ou cirúrgicos em face do Sistema Único de Saúde (SUS).

O estado do Espírito Santo, antes da adesão ao NAT, em 2011, criou em 2007, o Fórum Intersetorial Permanente de Assistência Farmacêutica do Espírito Santo (fipafes), resultado do Decreto nº 1956-R. Nesse fórum, atuavam em conjunto membros do Poder Executivo Estadual (Sesa); Poder Judiciário; Ministério Público; Poder Executivo Municipal, na figura do Conselho de Secretários Municipais de Saúde do Espírito Santo; membros do controle social. Esse fórum almejou a criação da farmácia cidadã, que proporcionaria um melhor atendimento daqueles que fazem uso de medicamentos fornecidos pelo Governo do Estado, a fim de diminuir as demandas judiciais.

Essas são algumas iniciativas, entre tantas outras, que vêm sendo registradas no caminho em busca da racionalização da judicialização da saúde por meio do diálogo entre diversas instituições, uma vez que é sabido que a busca se firma em mecanismos para a redução desse processo; pois, por ser resultado de décadas de mudanças políticas pouco eficientes, que arrastavam aspectos do modelo anterior a cada novo passo, fica atualmente um tanto distante uma solução definitiva, o que não deve afastar o enfrentamento da problemática criada pela judicialização excessiva.

2 Diálogos constitucionais como forma de mitigar efeitos colaterais da judicialização da saúde

A ideia de diálogos constitucionais para mitigar os efeitos colaterais da judicialização de políticas no contexto brasileiro tem surgido como uma proposta recente de um caminho para diminuir o crescimento desse mecanismo de transferência de atuação para o Judiciário das políticas que deveriam ser implementadas pelos demais poderes. Todavia, como disposto por Ingo Sarlet (2009), não existe o objetivo de um afastamento do Poder Judiciário da apreciação de tais demandas, restando somente o intuito de redução de efeitos colaterais possíveis e pertinentes aos casos de excessos. O presente item, portanto, tem por objetivo: a) explicar teoricamente em que consiste a teoria dos diálogos constitucionais; b) afirmar o NAT como catalisador do diálogo entre Administração Pública e Judiciário; e c) propor aprimoramentos à estrutura do NAT.

2.1 Premissas teóricas

A judicialização de políticas públicas tem se tornado tema constante desde o advento da Constituição de 1988, que aparece como resultado de um longo período de atuação de um regime opressor, apresentando, como já ocorrido em outros países após movimentos “autocráticos”, a necessidade de positivação de um amplo rol de direitos sociais, fato que será concretizado nessa carta (BRANDÃO, 2012, p. 4). As constituições anteriores não permitiram esse processo de judicialização, por perpetuarem em sua

maioria um modelo de hipertrofia do Poder Executivo (BRANDÃO, 2012, p. 115-116). Tal hipertrofia baseava-se na colocação da figura do chefe do executivo no ápice da forma de organização dos poderes, não viabilizando aos demais poderes uma independência real para atuação na conjuntura do Estado.

A Constituição de 1988 e o chamado neoconstitucionalismo, fundado na busca pelo cidadão dos direitos dispostos no corpo constitucional, juntamente com fatores políticos, promoveram o fomento da busca pelo Judiciário como caminho para a concretização dos direitos fundamentais dispostos pelo legislador na Constituição, o que fez surgir a chamada expansão global do Poder Judiciário, que traz no seu bojo a judicialização das políticas e o ativismo judicial. Segundo Rodrigo Brandão (2012, p. 66), três tipos de condições foram determinantes para a judicialização das políticas.

As *condições políticas* relacionam-se à democracia e ao pluralismo político. Isso porque a democracia está fortemente vinculada à expansão do Poder Judiciário, na medida em que tende a aumentar a incerteza eleitoral e a fomentar uma maior fragmentação partidária, o que estimula o desejo de uma constitucionalização com o intuito de limitar o poder do grupo vencedor. Por conseguinte, o Poder Judiciário apresenta papel relevante na aplicação de uma maior lisura ao processo eleitoral. O federalismo (divisão vertical) e a separação entre os poderes (divisão horizontal) provocam um maior fracionamento do exercício do poder político, promovendo frequentes conflitos que exigem uma maior atuação do Poder Judiciário. Por fim, a ineficiência e a perda de confiança do povo nos políticos e nas instituições majoritárias tendem a fazer com que o povo gradativamente deixe de confiar nas políticas, passando a recorrer ao Judiciário em busca da imposição de medidas que lhe garantam seus direitos.

As *condições institucionais* relacionam-se à ampliação do catálogo de direito fundamentais na Constituição de 1988 e à expansão do controle de constitucionalidade. A ampliação do acesso à jurisdição constitucional culminou na tendência à judicialização da política e da vida (BRANDÃO, 2012, p. 78). No caso brasileiro, o art. 103, que expandiu o rol dos legitimados à proposição de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), por exemplo, estimula que, ainda que virtualmente, toda questão política relevante transforme-se em questão judicial. Somando-se isso à criação e difusão da figura do *amicus curiae*, pela Lei nº 9.868/1999, e das audiências públicas, não é difícil constatar o fenômeno.

Nesse período, difundem-se *condições interpretativas* que favorecem o fenômeno, notadamente a chamada “reconstrução da doutrina brasileira da efetividade”. Segundo essa doutrina, o foco da Constituição deve ser o plano da eficácia social, “que consiste na aferição da real produção dos seus efeitos no mundo dos fatos” (BRANDÃO, 2012, p. 134). Logo, a norma constitucional passaria a ser aplicada pelo Judiciário, deixando de ser prioritariamente um documento político para instrumentalizar decisões no âmbito desse poder, principalmente no que concerne aos seus princípios. Quanto ao chamado “ativismo judicial”, passa a ser vislumbrada essa atitude de ação do Poder Judiciário sempre que os demais poderes, de alguma forma, deixarem de atuar diante

de determinadas situações. O ativismo judicial trará ao Judiciário uma dimensão de legislador positivo, com a adoção de soluções normativas concretizadoras e sentenças aditivas (BRANDÃO, 2012, p. 144).

Dentro do escopo do ativismo judicial, o ponto interessante para a temática em questão reside na imposição de medidas concretas ao Poder Legislativo e/ou ao Poder Executivo. Nesse ponto, visualiza-se a tomada de posição do STF em favor da efetivação dos chamados direitos sociais, como o direito à saúde, que estavam no corpo da Constituição como normas de eficácia limitada de caráter programático, dependendo, assim, de legislação para serem concretizados. Na postura adotada pelo STF, de força normativa imperativa, é cabível a exigência imediata da atuação dos demais poderes, em especial do Poder Executivo, para a concretização desses direitos.

Tem-se como exemplo dessa política ativista do STF, o AI nº 7.344 AgR, 2ª Turma, relatora: ministra Ellen Gracie, DJ 20/8/2010, utilizado como embasamento teórico em decisão proferida na Apelação nº CNJ 0022253-66.2007.4.02.5101, que assim dispõe:

É papel do Poder Judiciário delimitar o núcleo duro dos direitos fundamentais, apontado quais produtos ou serviços de saúde são essências. Nesse contexto, o direito à saúde é judicialmente exigível da Administração, não apenas por omissão administrativa (em que o dever de prestação está previsto em lei), mas também por omissão legislativa sempre que a essencialidade da prestação (mínimo existencial) estiver demonstrada. Porém, com efeito, o fenômeno da judicialização da saúde pública nem sempre diz respeito a jurisdição constitucional, porque grande parte dos conflitos referentes à oferta de produtos ou serviços de saúde se relaciona com a efetivação, pela Administração, de políticas de saúde já existentes em Lei. (BRASIL, 2010)

As condições para judicialização, somadas a uma visão do Judiciário como legislador positivo - o ativismo judicial -, possibilitaram a judicialização excessiva atualmente vivenciada pelo Judiciário brasileiro. A visão de uma supremacia do Poder Judiciário, fomentada ao longo das duas últimas décadas no Brasil, e o direcionamento das demandas de cunho social para a atuação judicial tiveram importância e relevante papel para a sociedade, não devendo ser desconsiderados para implementação de um modelo democrático. Pode-se conceber, até certo ponto, a judicialização e o ativismo judicial como os primeiros recursos para a efetivação de um Estado realmente democrático, voltado para a diminuição das diferenças sociais, na medida em que, ao tentarem levar ao indivíduo um mínimo de direitos sociais, podem viabilizar sua progressiva inserção na sociedade, possibilitando-lhe a construção de uma vida melhor.

De qualquer forma, críticas à desorganização financeira e administrativa têm sido lançadas à atuação excessiva dos juizes em matéria de saúde, e tem se pensado em parâmetros para um ponderação mais racional (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002). Ao lado de estratégias argumentativas como as pensadas recentemente pela doutrina, acreditamos que é preciso se pensar em estratégias institucionais para aprimorar as decisões em matéria de saúde; e o NAT é uma importante estratégia nesse sentido. Como dito, uma estratégia, mas não a única: é preciso concebê-lo dentro de uma mudança de mentalidade

das instituições para o diálogo interinstitucional e para o debate público. Tanto é assim que até mesmo as procuradorias dos estados têm criado unidades especializadas em saúde, como no Rio de Janeiro e no Rio Grande do Sul (LEGALE FERREIRA, 2012).

Desse pensamento, surge a ideia dos diálogos constitucionais como meio para diminuir não só os efeitos colaterais do ativismo judicial, como da própria judicialização. Caberá aos diálogos, como conversa ou como deliberação (TREMBLAY, 2005), realizados pelas esferas dos poderes constitucionais e por seus órgãos, tentar extinguir uma ideia pouco construtiva de que um poder deve ter a prerrogativa de dar a última palavra em detrimento dos demais. Na perspectiva dos diálogos, essa última palavra passa a gozar de um aspecto provisório, podendo ser atualizada sempre que houver controvérsia robusta por parte de outro poder. Os diálogos constitucionais tenderão a ser um mecanismo de diminuição dos efeitos do processo de judicialização de todos aqueles direitos pertinentes ao rol dos direitos sociais que vêm sendo recorrentemente cobrados na esfera judicial.

Assim, ao se abordarem os diálogos, será observado seu cabimento não só para as demandas de saúde, que é o escopo desse trabalho, mas também para aquelas que buscam exigir dos demais poderes prestações na área de educação ou moradia, entre outras. Para a fundamentação dessa estrutura dialógica, será utilizado o princípio da separação dos poderes em sua acepção de “freios e contrapesos”, outra possibilidade que o constituinte de 1988 viabilizou efetivamente. A adoção dessa filosofia de separação de poderes, voltada a uma lógica de coparticipação, tende a instituir melhores mecanismos para a adoção das políticas sociais, retirando de um poder a obrigação solitária e a responsabilidade de, sozinho, atender às demandas sociais.

Deve ficar claro que o objetivo não é limitar a atuação do Judiciário, mas permitir que sua experiência no âmbito de tais demandas abra possibilidades para uma melhor regulamentação das futuras práticas exercidas pelo gestor. Tal regulamentação deve ser mais do que parâmetros voltados para balizar a atuação do magistrado no momento do julgamento de tais demandas. Deve provir do Legislativo, em consequência de trocas dialógicas previamente realizadas, para ser inserida nas esferas administrativas do Executivo como norte a uma atuação de forma mais adequada.

2.2 Os diálogos e a interface entre a Administração Pública, o NAT e o Judiciário

Dentro dessa conjuntura dialógica, os núcleos de assessoria técnica surgem como uma estrutura inserida no âmbito do Poder Judiciário, com o objetivo de viabilizar uma interface mínima entre a atuação do Judiciário e do gestor público. Sua análise técnica dos pedidos inseridos nas demandas não só serve com instrumental ao juiz para concretização de um maior conhecimento de algo que não é comum a sua formação, mas aparece ainda como uma instância de defesa da própria Administração Pública, que passa, por intermédio do NAT, a ter a possibilidade de melhor verificar a necessidade dos pedidos, antes de uma mera entrega vazia de fundamentos.

Pode-se então associar a ação do NAT no ponto intermediário dessas situações como uma resposta à preocupação apresentada por Ingo Sarlet, na ocasião da Audiência Pública de Saúde, com a necessidade de se evitarem os extremos, seja meramente rejeitar, por considerar o direito à saúde uma norma programática, seja deferir tudo com um mero “pediu-levou” (SARLET, 2009).

O NAT, mais do que parâmetros para balizar as decisões dos magistrados, informa, instrumentaliza, evitando o processo vivido nos primórdios da judicialização da saúde, período em que, muitas vezes, os juízes de 1º grau, por falta de real conhecimento da necessidade apresentada pelo demandante, entregavam a prestação por temer um dano maior.

O parecer do NAT funda-se na observação do pedido realizado pelo demandante, que figura, na maioria dos casos, assessorado pela Defensoria Pública. Juntamente com o pedido, são analisados outros critérios, como os esclarecimentos do laudo médico quanto à necessidade e também a própria proveniência do laudo, sendo aquele proveniente da rede pública de saúde, dentro de certa medida, mais bem aceito por gozar de uma maior presunção de legitimidade diante da Administração Pública.

Ao emitir seu parecer, o NAT confere uma possibilidade de defesa da Administração Pública, fato que promove um sentimento dúplice com relação ao seu papel, uma vez que por apresentar-se vinculado à Secretaria do Estado de Saúde pode fomentar um sentimento de descrédito ao demandante que tiver seu pedido desaconselhado pelo parecer do NAT. Em contraponto, sua atuação tende a proteger a coletividade de gastos infundados impostos à Administração Pública. Contudo, não é essa defesa da Administração Pública o seu objetivo maior, visto que tem, como orientação, resguardar sua imparcialidade na análise da questão.

Esse mesmo parecer, ao comprovar a necessidade do demandante, viabilizará ao Poder Judiciário exigir a prestação da Administração Pública, abrindo uma porta de contato entre os dois poderes e diminuindo a possibilidade da banalização de pedidos inúteis, que só atribulariam o erário público.

Com foco nessa questão dos diálogos entre os poderes, ilustra-se o trabalho desenvolvido no NAT com situação enfrentada pela juíza da 4ª Vara de Fazenda Pública do TJ-RJ. A juíza apreciou demanda, na qual o pedido consistia em medicamento para doença pulmonar obstrutiva crônica. Na situação em questão, o polo ativo já havia procurado as esferas administrativas do SUS para obter o remédio. Entretanto, teve o pedido negado, com a justificativa de que o remédio não atendia a seu tratamento. Ao apreciar o pedido, o NAT pronunciou-se em parecer, demonstrando que o remédio estava voltado para o tratamento da patologia em questão. No entanto, mesmo estando na lista do SUS, não era obtido pelo paciente, por tal lista não contemplar a doença como tratável com aquele medicamento, restando consignado apenas para o tratamento da asma. Ao paciente, restou buscar na Justiça o direito ao medicamento, fato que comprova o quanto uma dificuldade de atuação do gestor pode contribuir para a judicialização, bem como de que maneira o suporte técnico do NAT auxilia na detecção de desatualizações na lista do SUS, que, pelo diálogo com a Justiça, pode ser melhorada, respeitando-se, obviamente, as orientações da Anvisa.

A juíza, demonstrando a vertente ativista do Judiciário, marcou uma audiência especial, mecanismo que vem utilizando em determinados casos, solicitando para tal audiência um representante da Administração Pública. Com base no parecer, que demonstrou o caráter intermediador da ação judicial perante a Administração, requereu que fosse dado o remédio ao paciente e também que fosse realizada a inclusão de tal doença no rol das atendidas pelo medicamento em questão. Essa situação não precisará se repetir caso a *expertise* adquirida com essa troca dialógica entre essas instituições se estabeleça em uma mudança concreta na lista disposta pelo SUS. Note-se que essa postura aberta ao diálogo converte o caso concreto em um mecanismo para se pensar do ponto de vista institucional e solucionar o problema não apenas daquele paciente que depende do medicamento, mas também de outros que se encontrem em idêntica situação.

2.3 Três propostas para aprimoramento do NAT

Os núcleos de assessoria ainda estão sendo estabelecidos em outros estados da Federação; e, mesmo sendo sua experiência algo bastante recente, ao terem hoje apenas quatro anos de atuação, têm agregado muitos benefícios. Esse pequeno transcurso de tempo já permitiu que fossem tecidas sugestões para aprimoramento e expansão do NAT. A partir das experiências levantadas sobre os NATs, é possível sugerir três propostas para aperfeiçoar ainda mais as funções, desse núcleo, de cooperação com o Judiciário e com a Administração Pública: a) virtualização e interiorização dos NATs; b) incorporação de novas tecnologias; c) revisão periódica das lista do SUS.

O NAT do Estado do Rio de Janeiro está limitado à capital. Por não atender ainda às demandas do interior, resta às demais comarcas a ação única do juiz, que diante das inúmeras demandas e das suas próprias limitações, acaba perpetuando a lógica da concessão um tanto irrestrita, pois, mesmo que conheça os parâmetros para ponderação, sente a dificuldade da análise do mérito de algo que, por vezes, foge ao seu conhecimento. Dentro dessa perspectiva, vem sendo pensada a possibilidade de uma extensão virtual do NAT - ou seja, um canal de contato pelo qual seria possibilitado aos magistrados das demais comarcas enviar os laudos online para apreciação pelo NAT da capital ou permitida a consulta por meio de softwares como Skype ou MSN, que servem para comunicação de vídeo e áudio pela internet. Tais possibilidades eletrônicas estenderiam essa vertente dialógica viabilizada pela interferência do NAT a todo o estado do Rio de Janeiro.

Outro ponto a ser comentado reside na verificação, pelos membros do NAT e pelos magistrados, da necessidade de incorporação de novas tecnologias, visto haver inúmeras situações de desatualização das listas fornecidas pela Administração Pública. Essas desatualizações têm levado a situações ao Judiciário que poderiam ter sido resolvidas anteriormente, caso as listas fossem constantemente atualizadas e houvesse a incorporação dos novos medicamentos, já testados e aprovados pela Anvisa, dentro de tempo hábil, como o que pode ser verificado no julgamento da apelação nº CNJ 0022253-66.2007.4.02.5101. Além de desatualizadas, as listas apresentam-se estritamente atreladas ao nome de uma doença, o que tende a limitar o acesso ao medicamento para

portadores de outras doenças, com possibilidade de tratamento pela mesma medicação, fato que o NAT tem verificado em várias demandas.

A atuação do NAT junto ao Judiciário vem observando o crescente número de demandas pedindo os chamados insumos, os quais, segundo a Administração Pública, não consistem em obrigação do Poder Público, por não serem medicamentos. Contudo, resta comprovado que vários desses insumos são vitais para a manutenção da vida e da saúde de quem dele necessita. É o caso de leites especiais para bebês ou fraldas para portadores de determinadas doenças, uma vez que a higiene pode, em muito, comprometer o estado de saúde do paciente. Essa observação quanto aos insumos vem exigir que a Administração Pública, com base em tais experiências, não só atualize suas listas, mas reveja seus critérios; ao negar a pertinência de tais insumos em suas listas, pode estar comprometendo consideravelmente seus recursos orçamentários, pois deixa de ponderar o quanto mais oneroso pode lhe ser uma internação que poderia ter sido evitada.

O diálogo do Judiciário com o NAT vislumbrou, ainda, a adoção de medida que poderia ser facilmente instituída pela Administração Pública e tornaria menos problemática a entrega do medicamento não apenas administrativamente pelo SUS como também pela atuação do Judiciário. Tal medida consiste na criação de orientações destinadas aos médicos do SUS para emissão de laudo, no qual restem consignadas as causas pelas quais o paciente necessita da medicação diferente da disposta pelas listas do SUS (no caso do Rio de Janeiro, a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename), já que ocorre atualmente a mera prescrição com o nome do princípio ativo - o que já foi uma evolução, mas sem maiores explicações dos motivos da escolha do medicamento. Deve ficar estabelecido que não se busca responsabilizar o médico, mas tão somente vincular suas escolhas na receita médica, para que a imposição de tal prestação ao Poder Público não se apresente sem critérios mínimos. Ao motivar sua prescrição, o médico trará ao NAT um reforço quanto ao seu posicionamento e aumentará consideravelmente as chances do demandante em alcançar a prestação.

Apontamentos finais

Em desfecho, pretendemos resumir as principais ideias do texto e responder ao problema inicialmente formulado a partir da teoria dos diálogos constitucionais: os núcleos de atendimento técnico são constitucionais?

Sim, os NATs são constitucionais, porque eles não estão usurpando a função judicial de zelar pelos direitos humanos fundamentais, como o direito à saúde, mas auxiliando no aprimoramento do processo de tomada de decisão. Isso não significa que não existam críticas pertinentes ao modo como eles começaram a se estruturar hoje. Retratamos tais críticas, mas sugerimos melhorias nos núcleos existentes, seja a partir da comparação entre os NATs da Federação seja a partir de uma análise crítica própria alicerçada na pesquisa empírica que fizemos no NAT do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na primeira parte do texto, estudamos os NATs numa perspectiva eminentemente descritiva, em que foram expostos a finalidade desse núcleo, os fundamentos jurídicos

e a funcionalidade do trabalho desenvolvido. Sem prejuízo desse olhar descritivo, foram levantadas algumas críticas e controvérsias, o que foi possível graças, especialmente, à comparação da experiência do NAT do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com a de outros tribunais estaduais. A principal crítica diz respeito a composição do núcleo exclusivamente com funcionários da Secretaria de Saúde violar a isonomia e o contraditório pela ausência do cidadão em sua composição, tendo em vista a presença do Estado no polo passivo dessas ações. A resposta a essa crítica ou uma solução a ser adotada para mitigá-la foi encontrada em uma experiência do NAT do Piauí, que prevê uma composição plural que fomenta o diálogo entre servidores da Secretaria, do Tribunal de Justiça e de associações de trabalhadores da saúde.

Já na segunda parte, adotou-se uma perspectiva analítica e crítica. A partir da teoria dos diálogos constitucionais, analisamos o NAT como catalisador do diálogo entre Administração Pública e Judiciário, sem deixar de propor aprimoramentos à estrutura do NAT, como: a) virtualização e interiorização dos NATs; b) incorporação de novas tecnologias; c) revisão periódica das lista do SUS.

Nenhuma instituição é perfeita, assim como nenhum ser humano o é. Foi com esse olhar desencantado com as instituições, mas entusiasmado com a possibilidade de mudanças por meio do diálogo para um tema socialmente muito importante, que iniciamos e encerramos essa pesquisa. Com certeza, os juízes-Hércules não habitam os corredores dos tribunais de justiça ou frequentam os rincões do país, como o interior do Piauí. Também não seria suficiente idealizar qualquer um dos núcleos de atendimento técnico estudados ou outra instituição análoga, por melhor que seja, como estratégia para resolver todas as mazelas e desafios vivenciados pelo direito à saúde.

Talvez o NAT e as propostas para aprimorá-lo desenvolvidas nesse texto não resolvam em definitivo os dilemas da judicialização da saúde (se é que seria possível). Mas, sem dúvida, os NATs já começaram a dar uma contribuição necessária e fundamental para racionalizar essa judicialização, porque, se bem estruturados, têm potencial para promover o diálogo constante entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos diferentes, de modo a otimizar os direitos humanos fundamentais no campo da saúde, evitando violações e sanando omissões.

TECHNICAL ADVICE CENTERS AND “JUDICIALIZATION OF HEALTH”: CONSTITUTIONAL OR UNCONSTITUTIONAL?

ABSTRACT: This work aims at studying the Technical Advice Centers in health related lawsuits, specialized departments inserted within the Courts of Justice, with the order to assist the judges in decisions involving benefits of medicines and health care resources. For such will be analyzed the emergence of the phenomena conventionally called “judicialization of health” and the extent of its effects over both Judiciary and other branches of government; the efforts to find paths that lead to reduction the “judicialization” phenomena through dialogs and spaces of consensus between the Executive and the Judiciary.

KEYWORDS: Judicialization. Technical advice centers. Constitutional dialogues.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

_____. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *CIRADS*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=97046&id_site=1180>. Acesso em: 10 maio 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no Espaço Democrático. *Revista de Direito do Estado*, v. 3, 2006. Rio de Janeiro. p. 17-54.

BARROSO, Luís Roberto. De falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 66, 2007. p. 89-114.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 9. Salvador, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/professor/luis-roberto-barroso>>. Acesso em: 14 abr. 2012.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: Breves considerações sobre a integridade no direito. *Intertemas*, São Paulo, v. 13, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitedo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>>. Acesso em: 13 maio 2012.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem compete a última palavra sobre o sentido da constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Portaria nº 650, de 20 de novembro de 2009*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portalcnj/index.php?option=com_content&view=article&id=9434:portaria-no-650-de-20-de-novembro-de-2009&catid=58:portarias-da-presidencia&Itemid=511>. Acesso em: 21 abr. 2012

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/informativo/2010/31/reccnj_31.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2012

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 36, de 12 de julho de 2011*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/15073-recomendacao-n-36>>. Acesso em: 21 abr. 2012

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12225-resolucao-no-107-de-06-de-abril-de-2010>>. Acesso em: 22 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI nº 734.487 AgR*. Rel.: min. Ellen Gracie. DJ 20/8/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28734487.NUME.+OU+734487.ACMS.%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 54/DF*. Rel.: Min. Marco Aurélio. DJE 12/4/2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *O acesso às prestações de saúde no Brasil: Desafios ao Poder Judiciário*. Audiência pública - Saúde. Brasília, 27 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Responsabilidade dos entes da Federação e Financiamento do SUS*. Audiência Pública - Saúde. Brasília, 28 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

CAVALCANTI, Hylda. TJMS assina convênio para criação de câmara técnica em Saúde. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/96-noticias/10898-tjms-assina-convenio-para-criacao-de-camara-tecnica-em-saude>>. Acesso em: 11 maio 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *TJES inaugura Núcleo para Demandas de Saúde*. Disponível em: <www.cnj.jus.br/dkkc>. Acesso em: 9 maio 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO MATO GROSSO. *Saúde: Defensoria Pública questiona Núcleo de Apoio Técnico*. Disponível em: <http://www.defensoriapublica.mt.gov.br/html/listaNoticiasView.php?codigoNoticia=1348&f_assunto=0&f_grupo=&f_data=>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GANDIN, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial - critérios e experiências. *Jus Vigilantibus*, mar. 2008. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/32344>>. Acesso em: 10 maio 2012.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GERALDO, Pedro Heitor Barros. *Direito e políticas públicas*. *Revista Ética e Filosofia Política*, n. 15, v. 1. Juiz de Fora, maio 2012. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2012/05/15_1_barrosgeraldo1.pdf>.

GERALDO, Pedro Heitor Barros; FONTAINHA, Fernando de Castro; VERONESE, Alexandre Kehrig. Sociologia empírica do direito: uma introdução. *Revista Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora, v. 2, n. 12, p. 1-13, jul. 2010.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Parecer Técnico/SESDEC/SJC/NAT nº 0329/2011*.

GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ. *Governo e TJ criam núcleo judiciário relacionado a saúde*. Disponível em: <<http://www.piaui2008.pi.gov.br/materia.php?id=40395>>. Acesso em: 9 maio 2012.

JUSBRASIL. Fórum de Assistência Farmacêutica realiza primeira reunião itinerante em Cachoeiro de Itapemirim nesta sexta (17). Disponível em: <<http://governo-es.jusbrasil.com.br/politica/2754782/forum-de-assistencia-farmacautica-realiza-primeira-reuniao-itinerante-em-cachoeiro-de-itapemirim-nesta-sexta-17>>. Acesso em: 12 maio 2012.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Paraná. *Comitê Estadual de Saúde define a implantação de núcleo de assessoria técnica*. Disponível em: <<http://www.jfpr.jus.br/noticias/comite-estadual-de-saude-define-implantacao-de-nucleo-de-assessoria-tecnica/2087>>. Acesso em: 9 maio 2012.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. Advocacia Pública e direitos humanos: Promovendo o diálogo institucional. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*. Edição Especial. Porto Alegre, 2012. p. 11-51.

MANHÃES, Claudio. Núcleo de Assessoria Técnica auxilia Justiça Federal em ações de saúde. *Radiologia RJ*, 2 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.radiologiarj.com.br/nucleo-de-assessoria-tecnica-auxilia-justica-federal-em-acoes-de-saude>>. Acesso em: 9 maio 2012.

PALHEIRO, Pedro Henrique Di Masi. *Judicialização da saúde*: núcleo de assessoria técnica em ações de saúde. Palestra realizada no Conselho Nacional de Saúde, em 7 jul. 2011. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://conselho.saude.gov.br>> Acesso em: 20 mar. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. nº 0268358-79.2010.8.19.0001*. Rel.: des. Cristina Tereza Gaulia. 5ª Câmara Cível. J.: 7/10/2011. Public.: 17/10/2011.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. nº 0287134-30.2010.8.19.0001*. Rel. des. Mario Robert Mannheimer. 16ª Câmara Cível. J.: 9/8/2011. Public.: 11/8/2011.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais*: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 560-580.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE DE MATO GROSSO. *TJ e Saúde do Estado instalam núcleo de apoio a juízes em decisões de Saúde*. 9 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.saude.mt.gov.br/portal/manchetes/manchete.php?id=3584>>. Acesso em: 5 maio 2012.

SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DE PERNAMBUCO. *NATS ganha sala no Fórum Rodolfo Aureliano*. Disponível em: <<http://portal.saude.pe.gov.br/noticias/nats-ganha-sala-no-forum-rodolfo-aureliano/>>. Acesso em: 9 maio 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais*: Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 520-560.

TREMBLAY, Luc B. The legitimacy of judicial review: the limits dialogue between courts and legislatures. *International Journal of Constitutional Law* n. 3, v. 4, 2005. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/3/4/617.abstract>>. Acesso em: 9 maio 2012.

VERONESE, Alexandre Kehrig. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área de direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. *Conpedi*. Manaus, 15 a 18 nov. 2006. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf>. Acesso em: 9 maio 2012.

Notas

¹ O juiz-Hércules é um juiz fictício, criado por Ronald Dworkin, que operaria de modo ideal, criterioso e metódico. Deteria a capacidade de encontrar a resposta certa para casos difíceis justamente por conceber o direito como integridade - ou seja, incorporando as tradições, leis e precedentes anteriores - e, ao mesmo tempo, buscando atender as exigências morais de uma comunidade de princípios.

² "Ementa: Apelação cível. Inconformismo do Estado do Rio de Janeiro com a sentença que o condenou ao fornecimento de remédios necessários ao autor, portador de diabetes mellitus. Proteção constitucional e prioritária à saúde e à vida digna. Responsabilidade solidária dos entes federados prevista nos arts. 196 e 198 da Constituição Federal. Aplicação da Súmula 65 do TJRJ. Inadmissível a imposição ao cidadão de expedientes burocratizantes que imponham condições ou alternativas ou obstaculizem o pronto implemento dos direitos à vida e à saúde. *Desnecessidade de realização de exame pericial no autor, pois determinado pelo juízo a quo a apresentação semestral de receituário médico oficial para aferir a necessidade de continuação do tratamento.*

Sentença que se reforma para que o réu forneça ao autor somente os medicamentos prescritos nos autos, em consonância com o parecer técnico do NAT. Precedentes jurisprudenciais. Recurso parcialmente provido, na forma do art. 557 § 1º-A CPC. Acórdão [...] DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO [...]” (RIO DE JANEIRO, 2011b, grifo nosso).

- ³ “Ementa: Medicamentos. Estado. Cerceamento de defesa. Nulidade da sentença. Embora a jurisprudência dominante admita a substituição do medicamento pretendido pela parte autora por outro genérico ou com o mesmo princípio ativo, consoante o verbete de sumula 116 deste tribunal, na hipótese *o juiz proferiu sentença sem propiciar a autora oportunidade de manifestação sobre o parecer do NAT, impossibilitando a apresentação de recomendação médico justificando a manutenção do remédio inicialmente indicado. Ademais, a modificação da sentença, mediante o acolhimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, sem oportunizar a embargada a possibilidade de manifestação, configura cerceamento de defesa, por ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa.* Anulação da sentença. Provimento pelo relator (artigo 557, § 1º-a do CPC)” (RIO DE JANEIRO, 2011a, grifo nosso).