

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ELISAIDE TREVISAM

SIMONE MARIA PALHETA PIRES

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Elisaide Trevisam; Simone Maria Palheta Pires; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-473-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O V Encontro Virtual do CONPEDI, com a temática de Inovação, Direito e Sustentabilidade, mantendo o compromisso com a pesquisa acadêmica jurídica e seu papel social, mais uma vez demonstrou a maestria em organizar eventos.

O Grupo de Trabalho de Direitos sociais e políticas públicas II, concluindo o encontro, contou com apresentações de artigos com temas relevantes na atual sociedade demonstrando a preocupação de todos estudiosos do direito com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Foram abordados diversos problemas encontrados na sociedade analisando-se como os instrumentos tributários relativos à incidência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural em espaços urbanos podem auxiliar para a formulação de políticas públicas nas cidades do Brasil, tratados no artigo “O esquecimento do rural nas áreas urbanas: uma análise da aplicação da legislação do ITR para a criação de políticas públicas de aposentadoria do trabalhador rural no meio urbano”.

No artigo “Neoliberalismo e a exploração sexual de crianças e adolescentes: o caso das meninas balseiras da Ilha de Marajó-PA e o turismo sexual em Fortaleza-CE” explicou-se a importância de políticas públicas para assegurar esses direitos, frequentemente violados. Falta de políticas públicas eficazes para erradicar a exploração sexual das crianças e adolescentes.

Contribuindo para a pesquisa sobre tecnologia no campo do direito, o artigo “Análise econômica da tecnologia aplicada ao direito” trouxe uma reflexão quanto a aplicabilidade da Análise Econômica do Direito como ferramenta de análise e eficácia da Tecnologia, notadamente, o uso da Inteligência Artificial no direito brasileiro e como os custos efetivos do uso de tecnologia no sistema jurídico impactam a virada tecnológica do direito brasileiro.

E diante da nova era tecnológica, o artigo “Movimentos sociais virtuais e políticas públicas” discutindo a importância dos movimentos sociais virtuais enquanto formas de pressão não-institucionais nas políticas públicas, conclui que o crescimento do uso dos meios virtuais para

expor e debater as questões sociais pode transformar as tecnologias da informação e comunicação em mecanismos de favorecimento para a articulação e organização política da população na efetivação de seus direitos.

Dando continuidade nas pesquisas sobre políticas públicas, o artigo “A obrigatoriedade da participação dos órgãos responsáveis pela política pública dos entes federativos nas audiências de mediação sobre litígios coletivos pela posse e propriedade” apresentou uma análise se a participação dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas na audiência de mediação do art. 565. §4, do CPC é realmente facultativa, como transcrito no texto legal, ou se, diante de interpretação mais aprofundada, seria obrigatória sob o prisma do direito à moradia, da finalidade das políticas públicas em concretizá-lo, do dever da Administração Pública em efetivá-las, e da fiscalização pelo Poder Judiciário.

O artigo “O impacto da globalização econômica neoliberal na implementação das políticas públicas sociais nos países em desenvolvimento”, apresentou uma investigação sobre o impacto promovido pela globalização em seu viés neoliberal na concretização das políticas públicas para garantia dos direitos fundamentais nos países em desenvolvimento, explicando que, a partir da globalização cada vez mais acelerada em razão do surgimento de novas tecnologias de comunicação, constata-se um gradual enfraquecimento dos regimes democráticos, da soberania dos Estados e da capacidade do poder público em tutelar os direitos fundamentais de seus cidadãos, acabando por concluir que, possuindo a maior parte de suas finanças comprometida a adequação ao modelo da globalização neoliberal, não restam recursos a serem aplicados na implementação de políticas públicas.

Explicando que a austeridade tornou-se palavra de ordem no cenário de crise econômica, mas isso não implica que seja a única alternativa viável. Corte de gastos (EC n. 95/2016), flexibilização trabalhista, Reforma Previdenciária e erosão dos direitos sociais, o artigo “A política da austeridade como precipício e a necessidade de um novo planejamento para retomada do crescimento econômico” trouxe ideias de como alavancar a economia com medidas que cerceiam o desenvolvimento socioeconômico e ainda lidar com a recessão pós-pandemia.

Com o objetivo de realizar estudo da saúde enquanto direito social a partir dos princípios basilares apontados por John Rawls na sua obra Uma Teoria da Justiça, o artigo “A saúde como pressuposto de direito social em Rawls: anotações iniciais”, buscou analisar se o direito à saúde como um bem que deve ser protegido por meio do poder público e das instituições de justiça.

Para complementar, o artigo “O conceito de justiça de John Rawls: a sua aplicação como marco teórico para estudos de políticas públicas voltadas à saúde” analisou a aplicabilidade da Teoria da Justiça de John Rawls como marco teórico para pesquisas relativas a políticas públicas, visando, assim, o desenvolvimento essencial dos indivíduos discorrendo sobre os princípios fundamentais da justiça, sobre a posição original e o véu da ignorância como pressupostos de estruturação de uma sociedade ideal e pluralista, destacando as imbricações do Estado e as políticas públicas na estrutura social-institucional e na estabilidade democrática.

Mantendo a preocupação com o direito fundamental à saúde, o artigo “Diretrizes judiciais dos modelos decisórios na política pública de saúde via concessão de medicamentos” tratou da compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde, buscando identificar quais diretrizes são possíveis de serem extraídas da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no que toca à compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde no que tange a concessão de fornecimento de medicamentos.

Buscando demonstrar a necessidade de aprovação do Projeto de Lei nº 8.058/14 que trata da implementação dos processos estruturais no ordenamento jurídico brasileiro, o artigo “Necessidade de promulgação do Projeto de Lei nº 8.058/14 para a implementação de políticas públicas em sede de litígios estruturais” discutiu a possibilidade de o Poder Judiciário julgar questões afetas as políticas públicas, tendo posteriormente sido feita as diferenciações entre litígios coletivos e estruturantes, inclusive declinando sobre a origem dos processos estruturantes e suas limitações legais para implementação prática no Brasil, concluindo como premente a necessidade de promulgação do referido texto legal, sob pena de se gerar não só desincentivo para a adoção do modelo estrutural no Brasil, mas também efetiva insegurança jurídica.

O fato de ter aumentado o número de casos de pessoas com o Transtorno do Espectro Autista (TEA) nos últimos anos no mundo, o artigo “Breves considerações sobre os direitos das pessoas com o transtorno do espectro autista”, apresentou a reflexão da essencialidade do conhecimento sobre o TEA e da existência de políticas públicas e que os direitos dos autistas sejam efetivados. Utilizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental.

Trazendo a história do trajeto da periodização do Planejamento Governamental e da Gestão Pública no Brasil, o artigo “O planejamento governamental no Brasil ao longo dos anos com enfoque na saúde” apresentou o histórico desde a Primeira República em 1889 até a Consolidação da Democracia em 2016, demonstrando a relação econômica do país com os resultados e reflexos na governança da Saúde.

O artigo “Ativismo judicial e efetivação de direitos sociais: o judiciário como instância compensadora de deficits sociais?” demonstrou que o deficit resultante dessa limitação se traduz em pedidos de concretização de direitos sociais ao Judiciário, que, ao acolhê-los, sob o mote da dignidade da pessoa humana, ignora as escolhas políticas do Legislativo e do Executivo, argumentando que o ativismo judicial aposta em escolhas pontuais nocivas para o coletivo e esgota os recursos destinados a políticas públicas.

Investigando o bem comum como um valor jurídico administrativo e constitucional, o artigo “O bem comum constitucional como critério de avaliação jurídica de políticas públicas”, trouxe um comentário sobre as fases do ciclo das políticas públicas segundo o valor do bem comum, enfocando a fase de avaliação das políticas, especificando-se o “bem comum” como um critério de avaliação, do tipo jurídica, de políticas públicas.

Com o objetivo de melhor compreender o direito fundamental à alimentação, a partir da análise do arcabouço jurídico brasileiro no contexto da COVID-19, o artigo “Insegurança alimentar e acesso à justiça no Brasil da COVID-19” destacou a análise dos mecanismos de garantia desse direito e a importância da sua concretização para a própria consolidação do Estado democrático de direito.

Com o tema educação inclusiva, o artigo “Educação inclusiva para crianças e adolescentes com deficiência: contribuições do plano estadual de educação de Santa Catarina” buscou responder em que medida o vigente Plano Estadual de Educação de Santa Catarina viabiliza a meta de universalização da educação básica para crianças e adolescentes com deficiência, com idade entre quatro e dezessete anos, apontando que o atendimento educacional especializado atinge 99,8% das crianças e adolescentes com deficiência em Santa Catarina, indicando a efetividade do Plano Estadual de Educação.

Explicando que o Trabalho, assim como educação, são direitos sociais garantidos na Constituição da República Federativa do Brasil, o artigo “Diretrizes de um estudo crítico sobre as alterações propostas pela PEC 32/2020” expôs a ideia de que a adoção de cotas raciais como garantia de acesso à educação formal representa modo eficiente de preparar as pessoas para melhores condições de vida e qualificação para melhores empregos e melhores salários, por consequência viabiliza a mobilidade socioeconômica, assegurando que políticas públicas com ações afirmativas para inserção da população negra no mercado de trabalho por meio da educação formal representa medida de diminuição de desigualdade material.

Buscando apresentar um panorama geral das mudanças propostas pela PEC 32/2020 e elencar algumas das principais críticas que a doutrina tem feito para a reforma administrativa,

uma vez que parte da ideia de que reformas democráticas devem enfrentar debates doutrinários e se sustentar em estudos científicos, o artigo “Direitos fundamentais da população negra no Brasil: o papel das políticas públicas na sua implementação após a Constituição de 1988” destacou a necessidade da participação da doutrina no debate da reforma administrativa, uma vez que é a partir de pesquisas e observações críticas que se alcançará uma reforma administrativa democrática e que se oriente pelos princípios constitucionais.

E ainda, retratando o compromisso étnico-racial igualitário manifestado no texto da Constituição Federal de 1988, em que são reconhecidos direitos e garantias fundamentais dos negros, o artigo “Cotas raciais: políticas públicas para inclusão no mercado de trabalho por meio da educação formal” apresentou um estudo, sobre a adoção de políticas públicas de promoção de igualdade racial, nas quais se incluem as ações afirmativas, como ferramenta a dar efetividade à implementação das normas e princípios constitucionais que pretendem de fato assegurar a dignidade da pessoa humana e direitos sociais da população negra, combatendo as discriminações e desigualdades política, econômica e sociais comparativamente aos brancos.

E para finalizar, o artigo “Federalismo brasileiro e políticas públicas: a política de acolhimento institucional para crianças e adolescentes nos municípios do estado da Bahia para análise do impacto das relações intergovernamentais e a subsidiariedade” analisou a compatibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade nas relações intergovernamentais do modelo federalista cooperativo brasileiro, sugerindo a adequada aplicação do princípio em virtude dos benefícios apresentados no cenário da política socioassistencial nos entes municipais baianos.

Neste contexto de reflexão sobre os direitos fundamentais sociais e a necessidade de efetivação pelas políticas públicas, o Grupo de Trabalho consubstanciou a temática com pesquisas sérias e fundamentadas, contribuindo para a disseminação de um direito mais justo. Boa leitura!

Valter Moura do Carmo

Universidade Federal do Tocantins

Elisaide Trevisam

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Simone Maria Palheta Pires

Universidade Federal do Amapá

DIRETRIZES JUDICIAIS DOS MODELOS DECISÓRIOS NA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE VIA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS

JUDICIAL GUIDELINES ON DECISION-MAKING MODELS IN PUBLIC HEALTH POLICY VIA MEDICATION CONCESSION

**Janriê Rodrigues Reck
Joice Schroer**

Resumo

O presente estudo tem como finalidade a compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde. O problema que norteia a pesquisa é identificar quais diretrizes são possíveis de serem extraídas da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no que toca à compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde no que tange a concessão de fornecimento de medicamentos. A hipótese é de que o Poder Judiciário efetua o controle de políticas públicas de saúde, mas não altera os modelos decisórios estabelecidos administrativamente. O método de pesquisa será o hipotético-dedutivo e a técnica de pesquisa a bibliográfica.

Palavras-chave: Direito à saúde, Política pública, Modelo decisório, Concessão de medicamentos, Diretrizes para a política pública

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this study is to understand the decision-making models of public health policy. The problem that guides the research is to identify which guidelines are possible to be extracted from the jurisprudence of the Federal Regional Court of the 4th Region, regarding the understanding of decision-making models of public health policy regarding the concession of supply of medicines. The hypothesis is that the Judiciary controls public health policies, but does not change the decision-making models established administratively. The research method will be the hypothetical-deductive and the bibliographic research technique.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to health, Public policy, Decision model, Medication concession, Guidelines for public policy

1 INTRODUÇÃO

A saúde, direito fundamental de alcance universal, exige prestação positiva do Poder Público, a fim de que as garantias constitucionais sejam concretizadas via políticas públicas, através de um Sistema Único integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme dispõe o artigo 196 da Constituição Federal. As demandas judiciais na área crescem exponencialmente, transferindo aos magistrados a decisão de conceder medicamentos, tratamentos e procedimentos mormente não previstos nos protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS), muitas vezes sem o adequado dimensionamento de quesitos técnicos, resultando em altos custos de aquisição.

Dessa forma, o estudo em tela propõe analisar a política pública de saúde via provimento de demandas judicializadas requerendo a concessão de medicamentos, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). Optou-se pela análise da jurisprudência na esfera federal, uma vez que o objetivo é analisar a política pública de saúde, cuja responsabilização segue um critério de responsabilidade conjunta entre as três esferas do Executivo – municipal, estadual e federal –, a partir da diretriz de descentralização que rege o SUS, o que torna possível analisar demandas que envolvam todos os entes responsáveis no polo passivo. A pesquisa será restrita as demandas de saúde que requeiram a concessão de medicamento. O objeto de análise das decisões judiciais será delimitado segundo a análise de um dos componentes das políticas públicas, qual seja: os modelos decisórios.

Assim, o problema que norteia a proposta em tela é: quais diretrizes são possíveis de serem extraídas da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), no que toca à compreensão dos modelos decisórios da política pública de saúde no que tange a concessão de fornecimento de medicamentos? A hipótese é de que o Poder Judiciário formula seus próprios parâmetros de decisão com base em jurisprudência de Tribunais Superiores, efetua o controle de políticas públicas de saúde, mas não altera os modelos decisórios estabelecidos administrativamente, apenas realiza uma releitura de tais conceitos visando efetivar o direito à saúde assegurado constitucionalmente.

O trabalho está organizado em dois segmentos, que correspondem aos objetivos específicos do estudo. No primeiro, aborda a Política Pública e o modelo decisório, como um dos elementos jurídicos que a compõe. No segundo segmento, analisa a jurisprudência federal, buscando identificar diretrizes no tocante ao entendimento dos magistrados com relação aos modelos decisórios na concessão de medicamentos.

Para dar curso ao proposto, fez-se a escolha pelo método de abordagem hipotético-dedutivo, buscando testar a hipótese formulada para responder ao problema de pesquisa, com base na observação de decisões jurisprudenciais requerendo medicamentos na esfera federal da 4ª região, no ano de 2021, no contexto da política pública de saúde – SUS.

Quanto ao procedimento, serão utilizados os métodos monográfico e o comparativo, uma vez que serão analisados os elementos da política pública do Sistema Único de Saúde em paralelo às demandas judiciais de saúde, visando demonstrar se, o controle exercido pelo Poder Judiciário, altera os modelos decisórios estabelecidos administrativamente ou apenas realiza uma releitura de tais conceitos. A partir dessa análise será verificada a adequação da hipótese inicialmente formulada, a fim de ser ratificada.

Quanto à técnica de pesquisa, emprega-se a bibliográfica, com a consulta em *sites*, jurisprudência, livros e periódicos.

O levantamento jurisprudencial foi realizado no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª região (TRF4), que possui jurisdição nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. Para a limitação do estudo, a pesquisa jurisprudencial consiste no texto “fornecimento de medicação”, durante o lapso temporal do ano de 2021, pela classe processual de Apelação Cível.

A busca jurisprudencial resultou em 156 processos com pedidos de concessão de medicamentos aos entes públicos. Das quais 10 foram analisados visando construir uma possível hipótese ao problema proposto, no sentido de compreender se os modelos decisórios da política pública de saúde que norteiam os magistrados em suas decisões são equivalentes ou capazes de alterar as conduzidas pela Administração Pública em sua gestão.

Diante da relevância do tema do controle judicial da política pública de saúde, seja para contestar seu conteúdo, no caso de demandas que pleiteiam medicamento não contemplado nos protocolos do SUS, seja para exigir o cumprimento das obrigações estatais já previstas, a necessidade de conciliação dos limites da decisão judicial com as atribuições das demais esferas públicas não é tarefa simples e pressupõe o conhecimento de quais são as funções específicas de cada um deles, os objetivos que visa alcançar e os meios de que se legitima.

2 POLÍTICA PÚBLICA E O MODELO DECISÓRIO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) traz um extenso catálogo de direitos fundamentais, de direitos sociais e ações constitucionais. É a partir de 1988 que o Brasil se configura como uma República constituída em um Estado Democrático de Direito que tem,

como um de seus fundamentos, a Dignidade da Pessoa Humana. Os direitos sociais, de segunda geração, representam uma mudança na postura abstencionista do Estado, uma vez que exigem prestações positivas. O meio para a concretização dos direitos fundamentais, em particular os sociais, é o das políticas públicas.

Assim, cabe ao Poder Público promover políticas públicas em conformidade com o texto constitucional. “A necessidade de compreensão das políticas públicas como categoria jurídica se apresenta à medida que se buscam formas de concretização dos direitos humanos, em particular os direitos sociais” (BUCCI, 2006, p.3).

O conceito de política pública possui significados distintos, alternando entre uma definição mais ampla, no sentido de ser tudo aquilo que os governos decidem fazer ou não fazer (DYE, 1984), ou ainda, “[...] aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade” (DWORKIN, 2002 , p.36), para uma definição mais restrita, conforme conceitua Maria Paula Dallari Bucci (2006. p. 39):

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.
Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (BUCCI, 2006, p. 39).

A definição de política pública envolve campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seus processos, o que implica sintetizar teorias construídas no campo da sociologia, da ciência política e da economia, uma vez que as políticas públicas refletem na economia e nas sociedades (SOUZA, 2006). Reck analisa a definição de políticas públicas justamente com essa combinação de diversos elementos, apresentando um conceito ainda mais complexo, com base em observações a partir da matriz pragmático-sistêmica:

Aquilo que realmente diferenciara política pública de todos os outros fenômenos é, além da confluência dos dados apresentados, a possibilidade de identificação de um discurso que se autorreferencia como meio e fim. Isso é, as políticas públicas formam um todo orgânico especializado em algo, cujo discurso apresenta uma coerência narrativa entre fins e os atos de fala necessários em sede de poder administrativo, ou seja, faz uma ligação causaliforme e comunicativa entre as medidas e os valores a serem alcançados. A política pública é, assim, uma unidade de diferenças. Se estará,

portanto, diante de uma política pública quando existe: • um discurso que segue às demandas sociais; • Direito como meio de organização dos engajamentos para ação; • materialização dos direitos fundamentais; • ligação com as organizações governamentais; • influência da sociedade por ela mesma ou parte dela; • tentativa de modificação consciente da sociedade; • programas que se protraem no tempo; • uso do poder administrativo; • predominância e discursos pragmáticos, motivados por outras espécies de discursos; • coerência narrativa interna que possibilite a formação de uma identidade a partir do cotejo meios-fins em sede de poder administrativo (RECK, 2018, p. 117).

O processo de elaboração de política pública, também conhecido como ciclo de política pública, é “um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes” (SECCHI, 2012, p. 33). A compreensão de que as políticas públicas se desenvolvem em etapas elementares foi apresentada inicialmente por David Easton (1968), através da lógica *input-output*. Os *inputs* ou entradas, do processo político derivam do ambiente social, e, em um ciclo de distintas fases, são processados pelo sistema político, derivando daí os *outputs* ou saídas (SCHMIDT, 2018).

A formulação da política pública é o momento da definição quanto à maneira de solucionar o problema político, selecionando-se uma das alternativas disponibilizadas pelos diferentes agentes envolvidos. É um momento que envolve conflitos, negociação e acordos do qual participam autoridades governamentais, agentes sociais e privados. Assumem proeminência os integrantes do Legislativo e do Executivo, sendo comum a confecção de uma lei ou regulamento a explicitar diretrizes, objetivos, metas e atribuição de responsabilidades. Como uma busca rápida na internet permite verificar, tornou-se usual no Brasil a elaboração de leis e regulamentos que especificam as políticas nacionais, estaduais e municipais. Esses documentos não são a política pública em si: são o instrumento que torna visível e transparente aos cidadãos a estratégia governamental de enfrentar um problema público (SCHMIDT, 2018, p. 133).

A política pública é um fenômeno político, na medida em que gera decisões vinculantes para toda comunidade. As teorias relacionadas aos ciclos da política pública são propostas por cientistas políticos. Mas, além de ser um fenômeno político, é, também, jurídico, uma vez que seus elementos possuem fonte e destino na forma de leis e atos administrativos, funcionando como uma espécie de modelador das políticas públicas (BITENCOURT; RECK, 2021a). Assim, quando as políticas públicas são observadas a partir do Direito, surgem três elementos

fundamentais para sua análise, quais sejam: os objetivos¹, modelos organizacionais² e modelos decisórios. Neste trabalho busca-se dar enfoque aos modelos decisórios, enquanto meios de organização, o passo a passo mais eficiente dentre as alternativas possíveis para a concretização de um determinado direito fundamental, como a saúde, por exemplo.

O modelo decisório ou decisional, diz respeito as formas de decisão, selecionando alternativas e coordenando operações de agentes e organizações, arquitetadas sob a forma jurídica, dotando-as de recursos técnicos:

Por modelo decisório, compreende-se um padrão previamente descrito e normatizado de fluxo de decisões possíveis no âmbito de uma determinada política pública. As ações dentro das políticas públicas ocorrem a partir de unidades de decisões. As opções possíveis estão tanto dadas como possibilitadas pelo marco legal. O Direito não só limita, mas também possibilita as decisões, tanto no conteúdo como na forma, por meio de regras, tais como as de competência, forma e procedimento. As normas permitem a formação de padrões de decisões disponíveis ao administrador. Ao se deparar com determinado problema, prognóstico ou ação necessária, o modelo dará as opções ao administrador. Essas opções são fruto de um trabalho científico e das normas. Não só o modelo estabelece o padrão para uma decisão pontual, mas muito mais importante, estabelece o fluxo de decisões, inclusive com suas bifurcações/trifurcações ou mais ainda mais opções (BITENCOURT; RECK, 2021a, p. 34).

O desenho da política pública de saúde, por exemplo, demanda uma complexa estruturação de normas que permitam aos entes solidariamente, efetivarem o direito à saúde assegurando acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Resulta disso, uma programação para as organizações desempenharem sua função política de gerar programas vinculantes para toda a sociedade. Caso esse modelo não seja mais

¹ Objetivos: por objetivo, entende-se o estado desejado de um determinado sistema, ou, de modo mais simples, um estado desejado de coisas. Como a sociedade é dinâmica, raramente se pode dizer que um objetivo de políticas públicas foi realizado de uma só vez para sempre. Por exemplo, se se tem como objetivo específico de uma política pública a vacinação de um determinado percentual de população, após um breve período a vacinação terá de ser repetida, dada a renovação da população. Os objetivos específicos são aqueles objetivos que levam à realização do objetivo geral. Se o objetivo geral é a realização do direito fundamental – por exemplo a saúde –, ter-se-ão múltiplos objetivos específicos em uma dada janela de tempo (alcançar alto percentual de habitantes vacinados em determinado tempo; distribuir remédios, evitar crimes etc.). Esses múltiplos objetivos, unidos em interação, têm por finalidade realizar o objetivo geral (BITENCOURT; RECK, 2021a, p. 33-34).

² Modelo organizacional: o modelo organizacional quase equivale ao arranjo institucional. Significa a reflexão sobre quais organizações estão envolvidas com a existência e implementação das políticas públicas. As políticas públicas operam a partir de determinadas organizações, as quais terão determinadas capacidades institucionais e especializações funcionais. Fazem parte do modelo organizacional, assim, o desenho de quais organizações irão tomar decisões e que tipos de decisões serão tomadas, assim como a estrutura interna dessas organizações, suas relações com procedimentos democráticos como finalmente as relações entre as organizações³⁷, o que é chamado de cooperação institucional (BITENCOURT; RECK, 2021a, p. 35).

suficiente para dar a efetividade necessária, será preciso redefini-lo, estando em constante evolução e aprimoramento, o que irá resultar na modificação do Direito:

Quer-se dizer, aqui, que há uma ligação profunda e essencial do desenho das políticas públicas com o Direito. O desenho das políticas públicas expressa-se por meio de normas jurídicas, isto é, na forma de programas finalísticos, mas também e principalmente programas condicionais - no esquema se, então. Um modelo de políticas públicas forma um todo de programas condicionais que se relacionam entre si e que, em tese, se voltam à realização dos objetivos da política pública (BITENCOURT; RECK, 2021b, p. 660).

Ou seja, as tomadas de decisões³ estão ligadas umas às outras e pressupõe a escolha de alternativas, [...] las decisiones no tienen su identidad en el desarrollo de um acontecer determinado, sino em la elección entre varias posibilidades (alternativas), que sólo se documenta en la alternativa elegida (pero que no consiste en la alternativa elegida) (LUHMANN, 1997, p. 9). Ainda, devem respeitar os preceitos constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, conforme dispostos no artigo 37 e dependem de meios de comunicação simbolicamente generalizados (direito, poder, dinheiro), de modo a estimular alguém a seguir determinada decisão⁴.

Para além de eleições de alternativas, Luhmann agrega outras três características às decisões: elemento, seletividade e temporalidade:

- 1) Las decisiones han de tener la pretención de permanecer una unidad, a pesar de la descomponibilidad posterior y, por decirlo así, por encima de una realidad profunda mucho más compleja. Deben ofrecerse como unidad para una posterior aplicación, con el objeto de poder ser, a este nivel de agregación, premisas para otras decisiones.
- 2) Las decisiones deben cotemizar la selectividad de su relación con otras decisiones. Esto han de hacerlo entonces con una perspectiva doble de selección: eligen no sólo una de varias alternativas, sino que hacen esto en vistas a que, a través de ello, éstas producen o impiden relaciones con otras decisiones.

³ Ya que, sin embargo, una de las alternativas debe ser distinguida por la decisión (de lo contrario no sería decisión, cada decisión tiene una doble unidad, es decir: 1) la relación de la diferencia de las alternativas y 2) la misma alternativa escogida. La decisión es ejecutada como sustitución de una unidad por la otra, como sustitución de 2) por 1). Esta sustitución sólo se puede pensar temporalmente, como una sucesión. Sin embargo, su temporalidad no es solamente tilla diferencia de posición en el tiempo de manera que se dé una unidad antes y la otra después. Antes bien, mediante la decisión, es traspasada la unidad de la diferencia de alternativas a la alternativa escogida, de tal manera que en el resultado de la decisión permanece como historia y contingencia, aparece y es constataca como tal. En este sentido puede describirse el decidir como converting uncertainty to risk (LUHMANN, 1997, p. 10).

⁴ Para Luhmann os meios de comunicação simbolicamente generalizados são a verdade, o amor, o poder e o direito, a propriedade e o dinheiro, cada qual se especializando segundo as diferentes improbabilidades de comunicação eficaz. A comunicação - evento improvável - mas que ocorre continuamente nas interações sociais, está como centro da teoria social, sendo a própria estrutura da sociedade, uma vez que o sistema apenas se modifica através da comunicação interna. "Para a Teoria dos Sistemas, a função da comunicação reside em tornar provável o altamente improvável: a autopoiesis do sistema de comunicação, denominado sociedade" (LUHMANN, 2011, p. 306).

3) Las decisiones en cuanto sucesos fijados a puntos del tiempo y pasajeros deben tomar y reflejar una función que ate al tiempo. La función del decidir que ata al tiempo corresponde con el hecho de que no haya un futuro objetivo (que funcione como objetivo), de tal forma que el futuro sólo puede entrar en función en cuanto diferencia con el pasado. Las decisiones sólo pueden, en consecuencia, ser suceso en cada uno de sus presentes cuando expresan una diferencia y hacen su aporte constantemente transmisible, al menos por un tiempo. A pesar de ser pasajeras deben ser utilizables como premisas al decidir posterior, y por lo tanto determinar qué determinaciones de sentido están cofijadas y dónde se encuentran los puntos críticos en los cuales se plantea el decidir posterior en contradicción con el decidir anterior. Tan sólo esta función de unión temporal yace bajo la cuestión normalmente tenida en cuenta de si Las burocracias son demasiado conservadoras y no suficientemente proclives a la innovación. Para poder decidir en uno u otro sentido, deben antes producir un sentido que, ante todo, pueda continuar (LUHMANN, 1997, p.17).

A temporalidade se coloca como algo preciso para a concretização de um direito fundamental, sendo continuamente exigível, como é o caso da prestação do direito à saúde pelo poder público, uma vez que inclui tanto ações curativas, como de promoção e prevenção. O tempo das políticas é um tempo protraído, sendo importante a criação de episódios para observar e avaliar se determinado objetivo está sendo atingido ou não (BITENCOURT; RECK, 2021a).

No processo de elaboração de política pública, Secchi (2012) compreende a decisão como uma etapa anterior a formulação de alternativas de solução. Representa o momento em que os interesses dos envolvidos são ponderados e os métodos de enfrentamento de um problema público são explicitados. O Poder Judiciário ao analisar os casos concretos, realiza a tomada de decisão *ad hoc*, uma vez que o problema está definido e então busca-se a melhor solução. “A tomada de decisão representa o momento em que os interesses dos atores são equacionados e as intenções (objetivos e métodos) de enfrentamento de um problema público são explicitadas” (SECCHI, 2012, p. 40).

Diante da relevância do tema do controle judicial da política pública de saúde, seja para contestar seu conteúdo, no caso de demandas que pleiteiam medicamento não contemplado nos protocolos do SUS, seja para exigir o cumprimento das obrigações estatais já previstas, a necessidade de conciliação dos limites da decisão judicial com as atribuições das demais esferas públicas não é tarefa simples e pressupõe o conhecimento de quais são as funções específicas de cada um deles, os objetivos que visa alcançar e os meios de que se legitima.

A compreensão estrutural da política pública de saúde vigente e as alternativas que oferecem em relação às pretensões judicialmente requeridas, são fundamentais para a resolução de muitos conflitos. Dessa forma, torna-se importante uma investigação sobre o conhecimento de modelos decisórios que compõe a política pública de saúde pelo entendimento dos magistrados.

3 POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E O MODELO DECISÓRIO NA CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

As demandas sobre o direito à saúde crescem profusamente no âmbito do Poder Judiciário. Conforme demonstra o Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no Brasil, entre 2008 a 2017, houve um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde. Crescimento bastante superior aos 50% de crescimento do número total de processos de primeira instância. Em segunda instância houve um aumento de cerca de 85% do número de demandas relativas ao direito à saúde, no mesmo período. No Rio Grande do Sul a judicialização da saúde é marcada por uma predominância de casos individuais envolvendo medicamentos fora das listas e protocolos do SUS (INSPER, 2019).

A judicialização associada a medicamentos representa uma expressiva parcela dos casos novos ingressados ao longo dos anos, segundo dados do Justiça em Números, entre 2015 e 2020, mais de 1 milhão de todos os processos novos recebidos pelo Judiciário possuíam temática relacionada a medicamentos. Os processos novos sobre medicamentos recebidos pelo Judiciário tiveram um pico em 2016 e logo em seguida apresentaram importante queda, voltando a subir somente a partir de 2019 e registrando seu maior valor, 196.929 processos, em 2020. O aumento de ações dessa natureza em 2020 é plausível em decorrência da pandemia do Covid-19, uma vez que o sistema de saúde entrou em colapso em diversas localidades, fazendo com que diversos serviços fossem interrompidos (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021).

O debate sobre o que é saúde e o que implica a sua garantia e manutenção é um processo orgânico que incorpora novos entendimentos sempre que a ciência avança nesse sentido. Esses novos entendimentos e alterações vão sendo incorporados também pelo estado sempre que necessário. O medicamento, que é um importante instrumento para o controle e cura de diversas doenças e, portanto, é uma parte importante dos serviços que são prestados pelo estado segue essa mesma lógica. Assim sendo, o número de novos medicamentos existentes cresce de maneira contínua, assim como cresce o número de novas drogas em fase de teste para o combate e controle de múltiplas doenças (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021, p. 81).

Os direitos fundamentais possuem aplicação imediata, de acordo com o disposto no art. 5º, §1º, CF/88, assim como, plena eficácia, podendo o judiciário, investido do poder-dever, fazer aplicar imediatamente os direitos fundamentais caso haja lacuna ou omissão (SARLET, 2011). Leciona Eros Grau (2002, p. 335) que o Poder Judiciário é o aplicador último do direito,

“isso significa que, se a Administração Pública ou um particular - ou mesmo o Legislativo - de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo”.

O texto constitucional dispõe, em seus artigos 196 ao 200, a forma através da qual o direito social à saúde será efetivado. A saúde, direito fundamental de alcance universal, exige prestação positiva do Poder Público, a fim de que as garantias constitucionais sejam concretizadas via políticas públicas, através de um Sistema Único integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como visto, o conteúdo da política pública é determinado pelo direito fundamental. O objetivo geral da política pública é a efetivação de um direito fundamental, como no caso em análise, do direito fundamental à saúde. Para que seja possível alcançar tal objetivo, subdividem-se em objetivos específicos, como a disponibilização de fármacos, inserida dentre os programas gerais⁵ do Sistema Único de Saúde (SUS):

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

(...) (BRASIL, 1990, online).

Para um controle, os fármacos dispensados pela Administração Pública estão elencados em listas oficiais. A lista é um instrumento de comunicação (BUCCI, 2017).

As listas de medicamentos são modelos decisórios da Administração Pública, uma vez que delimitam formas de decisão, com a seleção de alternativas. A primeira lista de medicamentos essenciais foi elaborada em 1964. Na edição de 1975 esta lista passa a ser chamada de Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), - denominação que mantém até hoje - e a partir de 1978 ela passa a ser elaborada pelo Ministério da Saúde seguindo

⁵ Programas gerais. Existem determinadas unidades dentro da unidade. Se a política pública alcança objetivos mediante um complexo de ações materializado em instrumentos, como a política de saúde, dentro da política de saúde, é possível alcançar complexos de decisões esperadas que possuem uma unidade própria. Assim ocorre, por exemplo, com a vacinação. A vacinação é um complexo, um modelo decisório/normativo, que não se explica como sendo uma ação isolada. Ela é uma expressão do serviço público de saúde (BITENCOURT; RECK, 2021a, p. 39).

as recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS). (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, online).

Com o intuito de organizar uma política pública de assistência farmacêutica, em 1971 criou-se a Central de Medicamentos (CEME). Após sua desativação, institui-se a Política Nacional de Medicamentos, através da Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998, com o objetivo de “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais” (BRASIL, 1998, online).

Com a criação da PNM foram determinadas diretrizes, com o intuito de concretizar a sua finalidade. Foram consideradas como prioridades a revisão permanente da RENAME, que deverá ser “organizada consoante às patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes, respeitadas as diferenças regionais do País” (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2015, online), devendo estar em constante revisão. A última atualização ocorreu em 2020 (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020, online).

Para auxílio nas fundamentações jurídicas, como exposto, o programa da Política Nacional Medicamentos possui normas que definem a lista de medicamentos disponíveis no SUS para atender as necessidades, funcionando justamente como meios de organização, o passo a passo considerado mais adequado dentre as alternativas possíveis para a concretização do direito à saúde, dotando-as de recursos técnicos.

A lista é um instrumento jurídico, aprovado por normas jurídicas, com base em previsão legal de competência e conteúdo e não mera recomendação de caráter técnico ou político. As prioridades no uso dos recursos disponíveis, dadas pelo mecanismo das listas, são tão revestidas de juridicidade como as decisões de interesse individual (BUCCI, 2017, p.39).

Ainda, a Lei nº 12.401 de 28 de abril de 2011, que modificou a Lei Orgânica da Saúde acrescentando dispositivos, reconheceu a Medicina Baseada em Evidências (MBE) como uma técnica para auxiliar a Administração Pública, ao criar a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias (CONITEC) e determinar a função de analisar as evidências científicas dos medicamentos, produtos ou procedimentos, observando “a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança” (Art. 19-Q, I), assim como vem sendo empregada pelo Poder Judiciário nas demandas por saúde, auxiliando os magistrados em suas decisões. Esta técnica contribui para um maior cuidado em relação a observância das reais vantagens de determinados medicamentos não dispensados pelo SUS, auxiliando a Administração Pública na necessidade de incorporá-los. Da mesma forma, concede suporte ao Judiciário com informações técnicas de doenças e

tratamentos, uma vez que a maioria de suas demandas versa sobre a concessão de medicamentos fora da lista do SUS (NETO; SCHULZE, 2015). A CONITEC é um exemplo de modelo decisório, emitindo decisões coordenadas, selecionando alternativas e coordenando operações de agentes e organizações.

Visando demonstrar a viabilidade da análise dos modelos decisórios, realizou-se pesquisa jurisprudencial no sítio eletrônico do TRF4, que possui jurisdição nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná. A pesquisa restringiu-se as demandas de concessão de medicamentos. Para a limitação do estudo, realizou-se pesquisa jurisprudencial pelo texto “fornecimento de medicação”, durante o lapso temporal de primeiro de janeiro a 23 de outubro de 2021, pela classe processual de Apelação Cível. Optou-se pela análise da jurisprudência na esfera federal, uma vez que o objetivo é analisar a política pública de saúde, cuja responsabilização segue um critério de responsabilidade conjunta entre as três esferas do Executivo – municipal, estadual e federal –, a partir da diretriz de descentralização que rege o SUS, o que torna possível analisar demandas que envolvam todos os entes responsáveis no polo passivo.

Na busca jurisprudencial, foram encontrados 156 processos com pedidos de concessão de medicamentos aos entes públicos. Das quais 10 serão analisadas para que se possa construir uma possível resposta ao problema proposto, no sentido de, compreender se os modelos decisórios da política pública de saúde que norteiam a Administração Pública em sua gestão são equivalentes as conduzidas pelos magistrados em suas decisões. Dentre as 10 decisões, apenas uma restou com pedido indeferido, as restantes foram favoráveis à concessão dos medicamentos pleiteados.

Nas decisões analisadas, todas as fundamentações estiveram abarcadas pelo julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, onde o Ministro Gilmar Mendes buscou parâmetros norteadores para o fornecimento de medicamentos - formas de decisão, selecionando alternativas -, privilegiando as políticas públicas implementadas sem desconsiderar suas falhas ou omissões em situações específicas. Com isso, concluiu que sempre que não for comprovada a falta de eficácia do tratamento concedido pelo SUS, este deve ser privilegiado, pois contempla estudos técnicos e econômicos antes de ser incorporado aos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs), fundamentando suas escolhas na Medicina Baseada em Evidências.

Isso não afasta a viabilidade de prestações não fornecidas pela política pública, caso alguém comprove, em situação específica, a falta de eficácia dos tratamentos disponibilizados pelo SUS, desde que não sejam experimentais, ou seja, realizados em laboratórios ou hospitais

sem ainda possuir a devida comprovação científica da sua eficácia. Caso não haja Protocolo Clínico para determina doença, o Ministro reconheceu a possibilidade de pleitear perante o Judiciário a prestação de saúde adequada, tanto em ações individuais, como coletivas, desde que haja produção de provas na instrução processual.

Assim, o Poder Judiciário formula seus próprios parâmetros de decisão com base em jurisprudência de Tribunais Superiores, realizando uma releitura de conceitos visando efetivar o direito à saúde assegurado constitucionalmente.

Ao analisar o teor do voto do Ministro Gilmar Mendes, percebe-se uma ampliação do princípio da integralidade, conforme disposto no contexto do SUS. Ainda que afirme a necessidade de privilegiar a política pública de saúde, entendeu pela possibilidade de conceder medicamentos não incorporados aos PCDTs do SUS, assim como medicamentos que não possuam o registro na ANVISA.

Tornou-se imprescindível estruturar uma definição da assistência terapêutica integral (art. 6º, alínea d, da Lei 8080/90), assegurando a toda sociedade serviços de saúde igualitários, de acesso universal, dentro dos limites orçamentais previstos e com a devida segurança técnica (CAÚLA, 2012).

Nesse sentido, a Lei nº 12.401 de 2011 dispõe sobre assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do SUS. Conforme o dispositivo, o Poder Judiciário, ao decidir sobre a concessão de fármacos não previstos nos PCDTs do SUS, não poderia simplesmente desconsiderar as decisões técnicas dos órgãos competentes, que analisam os elementos descritos anteriormente, para distribuir medicamentos seguros e dentro do limite orçamentário de forma igualitária a toda sociedade, uma vez que existem requisitos pré-determinados (CAÚLA, 2012; RIOS, 2009; SCHWARTZ, 2001).

Em decisão analisada que pleiteou medicamento à base de canabidiol, o magistrado decidiu com base em autorização obtida pela parte autora para importação do medicamento objeto da lide, expedido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Aqui, observa-se um cuidado do magistrado no ato de decidir com base em orientação expedida pelo órgão competente para essa finalidade. Ou seja, as tomadas de decisões estão ligadas umas às outras e pressupõe a escolha de alternativas.

A CONITEC também serviu de fundamentação para maioria das decisões.

Cabe referir que, com a finalidade de criar uma diretriz institucional para a dispensação de medicamentos no âmbito do SUS, em especial diante da necessidade de incorporar novas tecnologias cuja eficácia e adequação fossem comprovadas, de modo a constituírem-se em parte da assistência terapêutica integral fornecida pelo SUS, foi alterada a Lei nº 8.080/90 pela Lei nº 12.401/2011, que criou um

procedimento, a cargo do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC (BRASIL, 2021, online).

A decisão⁶ da apelação cível de número 5007929-05.2019.4.04.7204/SC, em especial, merece atenção. Após 3 anos da decisão da CONITEC para incorporação do fármaco *adalimumabe*, para tratamento de psoríase, o mesmo ainda não se encontra disponível administrativamente pelo SUS, sendo necessária a proposição de uma demanda judicial:

Disponibilidade das tecnologias no SUS e/ou avaliação pela CONITEC

Em outubro de 2018, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC) publicou o Relatório de Recomendação nº 385, com a decisão final de **incorporar o adalimumabe na primeira etapa de tratamento após falha da terapia de primeira linha** de tratamento da psoríase, no âmbito do SUS. O mesmo relatório também **recomendou incorporar o ustekinumabe (já utilizado pela parte autora) na segunda etapa de tratamento** após falha da primeira etapa da segunda linha (adalimumabe) de tratamento da psoríase. De acordo com a Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011 e o Art. 25 do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011, a partir da publicação da decisão de incorporação, o Ministério da Saúde tem um prazo de 180 dias, para disponibilizar o medicamento incorporado. Entretanto, **até o presente momento, o adalimumabe não está disponível à população para o tratamento da psoríase, no âmbito do SUS.**

Considerando que até o momento o medicamento adalimumabe ainda não está disponibilizado à população, no âmbito do SUS, sugere-se que, caso a parte autora venha a ser contemplado com o medicamento pela via judicial, que o fornecimento seja condicionado ao início da sua disponibilização no SUS pela via administrativa.

Desse modo, resta comprovada, inclusive com base em evidências científicas, a necessidade e adequação do fármaco pretendido, que se mostra adequado para o tratamento da doença que acomete a parte autora (BRASIL, 2021, online).

Embora haja ciência de que há deficiências na Administração Pública em relação a assistência farmacêutica, seja por demasiada burocracia para o acesso, ou por omissões nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas sobre algumas doenças e seus respectivos tratamentos, ou ainda, pela demora na inclusão de novos medicamentos em suas listas. A incidência de um grande número de demandas judiciais pela concessão de determinado medicamento pode contribuir para uma maior pressão ao poder público de reformular a política pública de saúde, incorporando este fármaco na sua lista de protocolos clínicos. Conforme Ventura:

As demandas judiciais não podem ser consideradas como principal instrumento deliberativo na gestão da assistência farmacêutica no SUS, mas admitidas como um elemento importante na tomada de decisão dos gestores e, muitas vezes, na melhoria

⁶ Una decisión puede existir, aun cuando la elección sea impuesta o haya sido influenciada por otras decisiones. También el actuar completamente rutinario puede ser comprendido como repetición de una decisión ya adoptada, como repetición con un motivo dado en un momento determinado. Se hace nuevamente notorio que se trataba de una decisión en las desviaciones, errores y omisiones (LUHMANN, p. 12).

do acesso aos medicamentos no âmbito do SUS. No contexto democrático brasileiro, a judicialização pode expressar reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e de instituições (VENTURA, 2010, p. 77).

Assim, o que deve ser ponderado, ainda que em uma ação individual, é se existe uma política pública em curso, se é adequada e atinge seus objetivos, se contribui para a redução das desigualdades existentes na sociedade. Caso não seja positiva a resposta, averiguar se os recursos previstos estão sendo suficientes e se estão sendo aplicados de maneira correta. Em caso de erros ou omissões, configura-se uma lesão ao direito que, dessa forma, não pode ser excluída da apreciação do Judiciário. Neste cenário, mostra-se imprescindível uma relação harmônica e dialógica entre os magistrados, profissionais da saúde e gestores do SUS (LEAL; MAAS, 2020), estabelecendo um sistema de freios e contrapesos (SILVA, 2011). Para então, de maneira conjunta, definirem um padrão que atenda aos princípios da integralidade e universalidade da mesma forma como dispostos para a organização do SUS, vinculando decisões judiciais com análise também, na macro justiça, buscando o equilíbrio exigido de modo a garantir, por meio da política pública, uma prestação responsável e solidária do direito à saúde.

Por conseguinte, foi possível identificar com base nas decisões analisadas, uma certa uniformização das técnicas de decisão utilizadas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário na concessão de medicamentos, tendo em vista o uso recorrente das análises técnicas realizadas pela CONITEC. O modelo decisório, dessa forma, compreende o padrão previamente descrito e normatizado de fluxo de decisões possíveis no âmbito de uma determinada política pública.

[...] A decisão é uma dupla unidade entre: a) relação da diferença das alternativas; b) a mesma alternativa escolhida. Assim, pode-se dizer que a decisão é uma relação ajustada entre as alternativas contingentes, ou seja, as alternativas que estavam disponíveis ao sujeito que decide (seja em face do número de informações, seja em face de seus próprios pré-juízos). Uma decisão implica uma série de decisões anteriores, por isso pode-se dizer que uma decisão judicial é uma unidade de diversas outras decisões, baseadas em razões (BITENCOURT; RECK, 2012, p. 166-167).

Nesse sentido, cabe sublinhar a recente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, “Judicialização e Sociedade: ações para acesso à saúde pública de qualidade” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2021), construída ao final de 2020, buscando justamente uniformizar decisões entre os diversos agentes envolvidos, selecionando as melhores alternativas e coordenando as organizações. A referida iniciativa visa a evitar a judicialização

de demandas envolvendo prestações de saúde, coordenando esforços entre magistrados e gestores públicos da área. Articulado em quatro fases, o projeto iniciou pelo levantamento de dados realizado com os Tribunais Estaduais e Federais, os magistrados, os órgãos gestores da saúde nos Estados e no Distrito Federal e os órgãos gestores nos municípios. Na segunda fase, os dados obtidos foram analisados, instrumentalizando a terceira fase, na qual os Comitês Estaduais de Saúde do CNJ elaboraram planos de ação enfocando o aprimoramento da gestão administrativa e da prestação judicial de saúde. As propostas dos planos de ação começam a ser implementadas pelos profissionais atuantes na chamada “linha de frente”, tanto da administração pública quanto do Judiciário.

4 CONCLUSÃO

A conceituação de política pública envolve campos multidisciplinares, e seu conteúdo é determinado pelo direito fundamental. O objetivo geral da política pública é a efetivação de um direito fundamental, como no caso do direito fundamental à saúde.

Analisar a política pública sob a ótica do Direito compreende a percepção de elementos jurídicos que a compõe, como os modelos decisórios, por exemplo. O modelo decisório ou decisional, diz respeito as formas de decisão, selecionando alternativas e coordenando operações de agentes e organizações, construídas sob a forma jurídica, através de atos administrativos e legislativos.

Na Administração Pública, as decisões relacionadas a dispensação de medicamentos - decisões que possuem uma unidade própria, mas, por outro lado, não constituem uma política pública, uma vez que não se explica como sendo uma ação isolada - são delineadas através de instrumentos jurídicos, que são as listas oficiais vinculadas aos gestores do SUS. Ao analisar as decisões judiciais, foi possível identificar que o Judiciário formula seus próprios parâmetros de decisão com base em jurisprudência de Tribunais Superiores.

Contudo, também foi possível identificar com base nas decisões observadas, uma certa uniformização das técnicas de decisão utilizadas pela Administração Pública e pelo Poder Judiciário na concessão de medicamentos, tendo em vista o uso recorrente das análises técnicas realizadas pela CONITEC, o que se mostra benéfico, resultando em decisões coordenadas e dialogadas entre os diversos agentes envolvidos.

Dessa maneira, pode-se concluir que o Poder Judiciário efetua o controle de políticas públicas de saúde, mas não altera os modelos decisórios estabelecidos administrativamente,

apenas realiza uma releitura de tais conceitos visando efetivar o direito à saúde assegurado constitucionalmente.

Referências

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Íthala, 2021a.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Políticas públicas de Governo e de Estado – uma distinção um pouco complexa: necessidade de diferenciação entre modelos decisórios, arranjos institucionais e objetivos de políticas públicas de Governo e Estado. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 12, n. 3, p. 631-667, set./dez, 2021b.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 22 fev. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12401.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. *Portaria nº 3.916, de 30 outubro de 1998*. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº STA-AgR175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 30 abr. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). Apelação Cível Nº 5000385-98.2021.4.04.7105. Apelante: Antonio Constantino de Oliveira Batista. Apelado: União e Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Francisco Donizete Gomes - 5ª Turma. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&selForma=NU&txtValor=50003859820214047105&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=2b26a19686b688918e4a1b7c7eeaad28&txtPalavraGerada=wYjz. Acesso em: 02 fev. 2022.

BRASIL, Tribunal Regional Federal (4. Região). APELAÇÃO CÍVEL Nº 5007929-05.2019.4.04.7204/SC. Apelante: União e Estado de Santa Catarina. Apelado: Dianacris Lemos Costa Pratis (Autor). Relator: Sebastião Ogê Muniz. Disponível em: https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&

selForma=NU&txtValor=50079290520194047204&chkMostrarBaixados=S&selOrigem=TRF&hdnRefId=0ff6d64cd29b3ccb264450e309cbe00d&txtPalavraGerada=oqwe. Acesso em: 02 fev. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. In *Judicialização da saúde: a visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 31-88.

CAÚLA, César. Judicialização da saúde: o que deve mudar em face da Lei nº 12.401/2011. In: NETTO, Luísa Cristina Pinto e; NETO, Eurico Bitencourt (Coord.). *Direito administrativo e direitos fundamentais: diálogos necessários*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. – Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf. Acesso em: 20 fev. 2022.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DYE, Thomas D. *Understanding Public Policy*. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall. 1984.

EASTON, David. *Uma teoria de análise política*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*. 7.ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

INSPER. Instituto de Ensino e Pesquisa. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Relatório analítico propositivo. Justiça pesquisa. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2022.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MAAS, Rosana Helena. *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de políticas públicas: entre informação e participação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

LUHMANN Niklas. *Organización y Decisión: Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Anthropos: México, 1997.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011 – (Coleção Sociologia).

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - RENAME*, 2014. 9ed., Brasília/DF, 2015. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_essenciais_rename_2014.pdf. Acesso em: 19 fev. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais: RENAME 2020* [recurso eletrônico] / Ministério da Saúde, Secretaria de Ciência, Tecnologia, Inovação e Insumos Estratégicos em Saúde, Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos. – Brasília, 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_medicamentos_rename_2020.pdf. Acesso em: 21 fev. 2022.

NETO, João Pedro Gebran, SCHULZE, Clenio Jair. *Direito à Saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação Pragmático-Sistêmica das Políticas Públicas e sua relação com os serviços públicos. In: *Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil* [recurso eletrônico] / Caroline Müller Bitencourt, Janriê Rodrigues Reck. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos*. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edi_cao031/roger_rios.html. Acesso em: 19 fev. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set/dez. 2018. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12688>. Acesso em: 20 fev. 2022.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, nº 16, jul/dez, 2006.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v.20, n.1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/35xXdQXR9JrdvpPmtkktL9F/?lang=pt>. Acesso em: 20 fev. 2022.