

O Juiz de Direito Substituto da 1ª Seção Judiciária, com sede no Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, **Dr. Mário Dittrich Bilieri**, foi convidado pela Corregedoria-Geral da Justiça para escrever sobre o tema da aula por ele ministrada no 2º Ciclo da "Academia da Magistratura", qual seja, limites objetivos do direito à saúde e o poder de exigir dos entes estatais o fornecimento de medicamentos.

Confira-se, então, o texto intitulado "**UM BREVE PANORAMA ACERCA DOS LIMITES OBJETIVOS DO DIREITO À SAÚDE - O PODER DE EXIGIR DOS ENTES ESTATAIS O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS**", de autoria do citado Magistrado:

1. A República Federativa do Brasil tem como fundamento a **dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inc. III, CF). A República é, portanto, instrumento para a promoção desse que é o valor fundante da ordem jurídica. Nessa missão, o constituinte incluiu a **saúde** no rol dos chamados **direitos sociais** (art. 6º, *caput*, CF). A partir desse marco normativo, impôs ao Estado o dever de desenvolver atividades de cunho prestacional (direitos fundamentais de 2ª geração), visando à manutenção e ao restabelecimento da saúde do indivíduo, de modo a garantir de modo amplo a vida.

2. Em vista da omissão do Poder Executivo na concretização desse direito, o Poder Judiciário passou a adotar papel de protagonismo na definição de políticas públicas na área de saúde. Esse ativismo proporcionou importantes avanços na promoção desse direito, levando, inclusive, à

criação de importantes protocolos de tratamento.

2.1. Não obstante, geralmente calcada num discurso fundado em textos normativos constitucionais dotados de baixa densidade normativa, a atuação despida de parâmetros objetivos do Poder Judiciário passou a gerar externalidades, com tendência de prejudicar o sistema de saúde. Ignora-se a realidade orçamentária. Deferem-se, àqueles que buscam a tutela jurisdicional, tratamentos de elevado custo, inviabilizando, por outro lado, a promoção de políticas mais abrangentes e de maior efetividade.

2.2. Diante desse contexto, surge a necessidade de se conferir maior racionalidade ao exercício da função jurisdicional.

3. Nessa correção de rumo, parece ganhar especial relevância a análise da judicialização da saúde a partir dos **graus de juridicidade** das funções do administrador. Em especial, nas suas competências para eleger políticas públicas em matéria de saúde e, também, para executá-las. Superando-se a perspectiva de dicotomia entre atos **vinculados** e **discricionários**, cumpre ao Poder Judiciário atuar observando os diversos graus de vinculação dos atos¹.

4. Seguindo esse viés, em linhas gerais, há de se definir que não há regra constitucional que imponha ao administrador o dever de fornecer todo e qualquer medicamento. Conceitos jurídicos indeterminados como **acesso universal** e **atendimento integral** não possibilitam a extração de norma nesse sentido. Tampouco a princípio do **mínimo existencial** dá amparo a esse raciocínio. Mormente numa atividade que demanda o emprego de recursos financeiros, não há que se falar em direitos

absolutos. Ante a escassez dos recursos, a integral garantia a um interesse certamente levará à aniquilação de outros.

4.1. **Escolhas trágicas** deverão ser feitas. E a **competência decisória** deverá recair primordialmente sobre o administrador, ente dotado de legitimidade democrática, em patamar não existente, em regra, na atuação jurisdicional.

5. Analisando o texto constitucional e também as normas infraconstitucionais, em especial a Lei Federal nº 8.080/1990, essa **competência decisória** está vinculada a conceitos jurídicos indeterminados e princípios, que conferem margem considerável de escolha ao administrador. No exercício dessa atribuição, caberá ao administrador eleger os medicamentos que integrarão os **protocolos clínicos, as diretrizes terapêuticas e as listas de medicamentos**, que deverão - ressalvadas situações absolutamente excepcionais - ser observados na **atividade executória**.

6. Traçadas essas breves linhas, propõe-se a racionalização da atuação do Poder Judiciário. A dispensação de medicamentos deve observar primariamente os protocolos clínicos, as diretrizes terapêuticas e as listas de medicamentos. Situações excepcionais, que motivem a **superação dessa regra**², devem conter justificativa, fundamentação e comprovação condizentes. Do contrário, a cura à suposta omissão estatal pode estar causando maior malefício do que a própria doença.

1 O mérito - núcleo do ato -, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado v. ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos

indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares). (GUSTAVO BINENBOJM. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209/210).

2 As regras, como observa HUMBERTO ÁVILA, possuem uma *eficácia preliminarmente decisiva, na medida em que pretendem oferecer uma solução provisória para determinado conflito de interesses já detectado pelo Poder Legislativo.* Em virtude dessa natureza geral no tratamento de potenciais conflitos, há casos em que o comando determinado pelo legislador acaba por abarcar situações em que a adoção de dada solução, ao invés de promover os princípios a ela subjacentes, acaba por sacrificá-los. Ou, ao revés, deixa de incluir outras, em que se deveria aplicar a solução ofertada pela regra, desatendendo, de igual maneira, às finalidades impostas pelo texto constitucional ou pela lei. Nesse cenário, em determinados casos, abre-se o espaço para aquilo que no direito alienígena se denomina de *defeasibility of rules*, fenômeno traduzido para o idioma pátrio como "superação de regras". (HUMBERTO ÁVILA. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 102).