

Reflexões sobre a progressiva judicialização da saúde no Brasil

Reflections on the progressive judicialization of health in Brazil

Flávio da Silva Andrade*

RESUMO

O ensaio inicialmente aborda as causas capitais do preocupante e crescente fenômeno da judicialização da saúde no Brasil para, em seguida, comentar as principais controvérsias que marcam esse tipo de litígio judicial, quais compreensões têm prevalecido e que caminhos se revelam mais seguros e adequados para o enfrentamento racional do problema.

Palavras-chave: Direito da saúde. Judicialização excessiva. Enfrentamento do fenômeno. Racionalidade.

ABSTRACT

This essay initially addresses the root causes of the worrying, increasing phenomenon of health judicialization in Brazil, and then comments on the main controversies that characterize this type of judicial litigation, which understandings have prevailed, and which paths are safer and more appropriate for facing the issue rationally.

Keywords: Health law. Excessive judicialization. Facing the phenomenon. Rationality.

1 Introdução

Em diversas regiões do país já se pode dizer que é crítico o crescente quadro de judicialização de pedidos de fornecimento de prestações de saúde pública. A cada dia, aumenta nas unidades judiciárias o número de novas ações em que cidadãos pleiteiam o fornecimento de medicamentos, de materiais para cirurgia, de exames médicos e laboratoriais, de procedimentos cirúrgicos, internações hospitalares e também transferências para leitos de UTI etc.

Neste breve trabalho, portanto, almeja-se primeiro apontar causas desse preocupante fenômeno para depois comentar as principais controvérsias que marcam esse tipo de litígio judicial, quais compreensões têm prevalecido e que caminhos se revelam mais

seguros e adequados para o enfrentamento racional do problema.

2 O direito fundamental à saúde e as causas da crescente busca por prestações de saúde pública na esfera judicial

Bodo Pieroth e Bernhard Schlink (2012, p. 48) ensinam que os direitos fundamentais¹ são aqueles direitos ou valores do homem que são anteriores ao Estado, mas que foram positivados na constituição de um país.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a saúde é direito fundamental a ser perseguido e implementado em favor dos cidadãos, conforme

* Juiz federal titular da 4ª Vara da Subseção Judiciária de Uberlândia/MG. Doutorando e mestre em direito pela UFMG. Ex-promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia e ex-juiz de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Acre.

¹ Embora se aproximem os conceitos de direitos fundamentais e de direitos humanos, eles não se confundem. Aqueles, segundo Marcelo Schenk Duque, “encontram o seu fundamento no direito posto pelo Estado, normalmente em constituições escritas”. Por sua vez, os direitos humanos estão ligados à primeira linha de raciocínio acima referida, pois “encontram o seu fundamento de validade na forma pré-estatal, sendo considerados direito ‘sobre-positivo’ [...], cuja característica essencial é a sua transnacionalidade.” (DUQUE, Marcelo Schenk. Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 52-53).

disposto nos arts. 6º e 196². É, pois, “incontroverso que existe o dever estatal de prestar de forma articulada os serviços de saúde preventivos e curativos, individuais e coletivos [...]” (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 38). Entretanto,

[...] o panorama jurídico delineado no sistema jurídico brasileiro, que contemplou a saúde como direito fundamental social, não pode prescindir da análise do aspecto fático atinente às limitações financeiras e de recursos humanos e tecnológicos. (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 39).

É alarmante o incremento, nas últimas décadas, do número de ações em que se pleiteiam prestações de saúde pública consistentes no fornecimento de medicamentos, de materiais para cirurgia, de variados exames e cirurgias diversas, eletivas ou de urgência, internações hospitalares e até tratamentos no exterior. No plano estadual, “o número de demandas judiciais relativas à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, enquanto o número total de processo judiciais cresceu 50%” (INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA, 2019). O gasto com a judicialização da saúde é elevadíssimo, já alcançando quase 1 bilhão de reais em relação à União, a cada ano, o que representa um aumento de mais de 30.000% em menos de uma década (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 26).

Segundo Schulze e Gebran Neto (2016, p. 39), o atual excessivo número de processos judiciais envolvendo prestações de saúde pública é um mau sinal. Afirmam que isso: “[...] demonstra (1) que o serviço público de saúde — ou suplementar — não é prestado adequadamente e por isso o direito somente pode ser conquistado na via judicial e/ou (2) porque há abuso do cidadão (do Ministério Público ou da Defensoria Pública) na busca por um direito que não existe”.

É preciso perquirir, portanto, quais as causas desse fenômeno. George Marmelstein (2017), com precisão e maestria singulares, elencou, dentre outras, as seguintes falhas dos órgãos do SUS que contribuem para a elevada taxa de judicialização de demandas de saúde no país:

a) primeira falha – falta de medicamento padronizado:

Em alguns casos, o medicamento é registrado na ANVISA, foi aprovado pela CONITEC, incorporado à lista RENAME, mas não é disponibilizado pelos órgãos do SUS, apesar da prescrição médica. Essa é uma situação relativamente comum na prestação de serviços (sobretudo na realização de exames), mas também pode ser percebida no fornecimento de medicamentos. São muitas as razões pelas quais isso pode ocorrer: má gestão, desorganização administrativa, falta de planejamento e de controle de estoque, atraso no repasse de verbas, problemas de licitação ou contratação, falha na entrega do produto por culpa dos fornecedores, ignorância por parte dos gestores de que aquele medicamento foi incorporado à lista, falta de definição sobre qual o órgão competente para fornecer o medicamento etc. Em qualquer caso, é uma situação de falha do sistema, que, em princípio, não justifica a negativa do tratamento. (MARMELSTEIN, 2017, p. 114).

b) segunda falha – falta na atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Rename:

Outra possibilidade de falha no fornecimento de medicamentos ocorre quando uma nova tecnologia está registrada na ANVISA (portanto, é segura e eficaz) e foi aprovada pela CONITEC (portanto, tem custo-efetividade), mas não foi incluída na Lista RENAME. Nesse caso, é preciso verificar se já decorreu o prazo legal (de 180 dias) para a inclusão na lista, pois há alguns precedentes indicando que, durante esse prazo, não é possível obrigar o SUS a fornecê-lo na via judicial⁷. Embora essa posição restritiva possa não fazer tanto sentido sob o aspecto da proteção da saúde, já que os próprios órgãos técnicos oficiais concluíram que a medicação é segura, eficaz e tem custo-efetividade, faz sentido do ponto de vista da gestão e planejamento do sistema. Os prazos previstos na lei têm o propósito de possibilitar ao gestor realizar a aquisição dos insumos em conformidade com a lei de licitação e assim garantir o menor preço. Exigir que esses prazos sejam atropelados significa obrigar o gestor a adquirir o produto com urgência, o que pode gerar um indesejável sobrepreço. De um modo geral, se o processo de compra da medicação já está em andamento, não é razoável que o juiz determine uma aquisição com urgência, pois isso afeta intensamente a autonomia do sistema. [...]. (MARMELSTEIN, 2017, p. 114-115).

c) terceira falha – falta de aprovação da CONITEC – Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (MARMELSTEIN, 2017, p. 115-119):

Outra situação possível, que tem sido objeto de muitos casos de judicialização, ocorre quando a medicação é aprovada na ANVISA, mas não na CONITEC. Essa é uma situação muito delicada e precisa ser avaliada com muito cuidado. Aliás, talvez

² O art. 196 da CF/1988 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

essa seja a situação-problema dentro do contexto da judicialização da saúde, pois não há acordo nem mesmo entre os profissionais da saúde, muito menos entre os membros do judiciário.

A CONITEC é um órgão que tem se aprimorado ao longo do tempo, em grande parte para responder ao fenômeno da judicialização da saúde. Sua missão é bastante complexa, pois tem que avaliar a presença de inúmeros fatores que justificariam o fornecimento de uma determinada tecnologia pelo sistema público de saúde, especialmente o chamado custo-efetividade, o que envolve a ponderação de diversos interesses, muitas vezes antagônicos.

Em razão da complexidade da análise, pode haver uma demora na apreciação dos pedidos de incorporação, gerando um *delay* entre a disponibilização do produto no mercado interno (que ocorre com o registro na ANVISA) e a sua incorporação ao SUS (que depende da análise da CONITEC).

[...] O “custo-efetividade”, enquanto metodologia de avaliação que compara tecnologias médicas levando em conta seus efeitos clínicos e seus custos, é o fator mais adequado para verificar se um novo medicamento deve ser incorporado ou não ao sistema público de saúde e tal avaliação compete à CONITEC.

Desse modo, caso seja compreendida a importância da análise de custo-efetividade realizada pela CONITEC, já se pode traçar algumas linhas que deveriam ser observadas na judicialização da saúde.

Em primeiro lugar, quando há uma resposta negativa da CONITEC, indicando que uma tecnologia não deve ser incorporada ao SUS, essa decisão deve ser respeitada a não ser que se consiga demonstrar o seu equívoco em face das regras do sistema. Isso não significa dizer que um médico que receitou um medicamento não aprovado pela CONITEC tenha errado do ponto de vista da prática médica. É possível que o médico esteja até mais correto do que a CONITEC. [...]

Em situações assim, ou o autor demonstra que a CONITEC se equivocou na avaliação do custo-efetividade, ou seu pedido deve ser indeferido, por mais que o tratamento prescrito seja adequado, eficaz e seguro.

Uma situação relativamente diversa ocorre quando a CONITEC ainda não apreciou o mérito do pedido de incorporação. Se ficar demonstrado que o tratamento é adequado, eficaz e seguro, é preciso investigar mais a fundo porque não foi apreciado o pedido de incorporação do medicamento. Se a CONITEC não tiver culpa pela demora na análise, é temerário obrigar o SUS a fornecer o medicamento, mesmo porque, em muitas situações, a indústria farmacêutica pode estar incentivando,

indiretamente, a judicialização para forçar a incorporação de seu medicamento. [...]

Por outro lado, se a culpa pela demora na apreciação do pedido de incorporação for da própria CONITEC, tem-se uma falha do sistema que, em princípio, poderia justificar a judicialização. Porém, mesmo nesse caso, o debate judicial não pode abrir mão da análise do custo-efetividade, que é um pressuposto necessário para a incorporação de medicamentos nos protocolos clínicos oficiais. Assim, não basta que o autor demonstre que a medicação é segura e eficaz (o que é presumido com o registro na ANVISA) e adequada ao tratamento da doença (o que é presumido com a prescrição médica, desde que *in label*). É preciso também demonstrar que, dentre as opções terapêuticas adequadas, o tratamento escolhido é o de melhor custo-efetividade. (MARMELSTEIN, 2017, p. 115-119).

Essas são, pois, as principais falhas do SUS que levam o cidadão a recorrer ao Poder Judiciário para ver assegurado o gozo do direito de saúde invocado. Ainda é comum faltar medicamentos padronizados nos postos e demais unidades de saúde, contudo a causa que mais tem ensejado o ajuizamento de ações judiciais dessa natureza é, como afirmado por Marmelstein, a falta de atualização da Rename, a demora injustificada da Conitec para decidir sobre a incorporação ao SUS de novas tecnologias em saúde (novos medicamentos, materiais e procedimentos). Esse retardamento/morosidade conduz ao manejo de milhares de ações e ao incremento substancial da judicialização.

Há, porém, outra importante causa para a excessiva judicialização nessa seara. É a prescrição, por médicos do setor público, fora do contexto acima, de medicamentos, materiais ou procedimentos não padronizados pelo SUS, que não foram (ainda) incorporados pelo serviço público de saúde. O médico faz tal prescrição simplesmente porque não conhece os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)³ ou porque cede facilmente ao *lobby* da indústria farmacêutica, optando logo por medicamentos ou materiais não padronizados, deixando de esgotar as alternativas terapêuticas oferecidas pelo sistema.

³ O Protocolo Clínico e Diretriz Terapêutica (PCDT) tornou-se “instrumento de fundamental importância para a efetivação da política de saúde, [...] funcionando não apenas como elemento normativo de direito sanitário, mas também como garantidor do tratamento isonômico dos pacientes, de acordo com os critérios de efetividade, eficiência, eficácia e segurança do tratamento” (SCHULZE; GEBRAN NETO, op. cit., p. 173).

Se, de um lado, o Ministério da Saúde e a Conitec precisam agir para corrigir as falhas antes apontadas, os gestores das unidades públicas de saúde nas unidades federadas e nos municípios necessitam atentar para o papel dos médicos da rede pública nesse contexto. Se eles, para além das hipóteses antes comentadas, passam a prescrever medicamentos não padronizados pela Conitec ou se solicitam materiais para cirurgia que não são os fornecidos pelo SUS, os cidadãos/municípios naturalmente recorrerão aos Ministérios Públicos⁴ ou às Defensorias Públicas (federal ou estaduais) para o ingresso de ações judiciais destinadas a obter tais fármacos ou materiais.

Como bem assinala Marmelstein (2019, p. 238):

[...] o problema da judicialização da saúde somente será superado quando os próprios médicos perceberem que fazem parte de um sistema mais amplo. É preciso que se tenha algum tipo de vinculação, ainda que relativa, em relação aos protocolos oficiais. As decisões médicas, assim como as decisões judiciais, não devem se basear em voluntarismos (por mais que tenham um suporte da literatura científica, que, convenhamos, nem sempre é unívoca). Em linha de princípio, as normas do sistema devem ser seguidas, salvo se houver razões superiores que justifiquem a sua não aplicação. A não observância do padrão oficial há de ser devidamente fundamentada. O problema é que, muitas vezes, os médicos sequer conhecem as diretrizes oficiais, nem se sentem vinculados a elas. E os juízes tendem a seguir o que o médico prescreve. Se o médico não leva em consideração o protocolo oficial, o juiz também não levará, o que certamente causará, em algum momento, o colapso do sistema. Os protocolos clínicos cumprem um papel, a aprovação da Anvisa também, a análise do Conitec idem... enfim, a meu ver, o problema da saúde deveria ser resolvido, primeiro, dentro de casa, com os próprios médicos refletindo sobre seus problemas e tentando desenvolver soluções para o sistema como um todo. Para isso, o poder público deveria, de algum modo, ser capaz de influenciar os médicos do sistema a seguirem as políticas públicas adotadas. Aliás, em várias audiências que fiz com médicos, eles mostraram desconhecimento dos protocolos aprovados pelo Conitec ou outras regras

⁴ No mês de abril de 2018, o Superior Tribunal de Justiça firmou a seguinte tese (Tema repetitivo 766): “O Ministério Público é parte legítima para pleitear tratamento médico ou entrega de medicamentos nas demandas de saúde propostas contra os entes federativos, mesmo quando se tratar de feitos contendo beneficiários individualizados, porque se refere a direitos individuais indisponíveis, na forma do art. 1º da Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público)”.

do Ministério da Saúde. De nada adianta existir um monte de órgãos técnicos para definir a eficácia e segurança de um medicamento, o custo-efetividade dos tratamentos ou os procedimentos a serem seguidos, se, na prática, ninguém dentro do sistema respeita essas decisões.

Desse modo, é imperioso que aos médicos da rede pública seja recomendado ou até determinado que reservem para hipóteses realmente excepcionais a prescrição de medicamentos não padronizados ou a solicitação de materiais cirúrgicos não disponibilizados pelo SUS. Se o profissional de saúde da rede pública entende que, em determinada hipótese, está a ocorrer uma das falhas antes apontadas, precisa elaborar um relatório circunstanciado, com embasamento técnico-científico rigoroso apto a evidenciar tal falha e respaldar o ajuizamento da ação tendente a discutir o assunto. Um mero receituário não se presta a tanto. Com a opção do Estado brasileiro (art. 19-Q da Lei 8.080/1990, com redação dada pela Lei 12.401/2011) por orientar as práticas do SUS pela medicina baseada em evidências⁵, deve ficar afastado o casuísmo e absolutismo da autonomia médica quanto às prescrições de fármacos, insumos e procedimentos no âmbito do SUS (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 176-178).

3 As principais discussões jurídicas que permeiam a judicialização da saúde e as compreensões que devem balizar o enfrentamento racional do fenômeno

A primeira controvérsia diz respeito a existir, ou não, responsabilidade solidária entre os entes públicos no que tange à obrigação de oferecer prestações de saúde pública. Em processos dessa natureza, é comum que a União, o estado-membro ou o município suscite a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Não raro os três entes arguem essa preambular, um imputando ao outro a responsabilidade, tendo, porém, sempre prevalecido nos tribunais pátrios a compreensão jurisprudencial de uma plena solidariedade entre os

⁵ Segundo o Centro Cochrane do Brasil, medicina baseada em evidências é “uma abordagem que utiliza as ferramentas da epidemiologia clínica, da estatística, da metodologia científica e da informática para trabalhar a pesquisa, o conhecimento e a atuação em saúde, com o objetivo de oferecer a melhor informação para a tomada de decisão nesse campo. A prática da MBE busca promover a integração da experiência clínica às melhores evidências disponíveis, considerando a segurança nas intervenções e a ética na totalidade das ações (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 214).

entes públicos para responder a toda e qualquer ação judicial em que se busca prestações de saúde pública.

Essa visão inflexível no sentido da responsabilidade solidária dos entes públicos decorre da competência constitucional comum de cuidar da saúde (art. 23, II, da CF/1988), ignorando-se as regras legais e administrativas de organização regionalizada e hierarquizada do SUS, por meio das quais são repartidas as competências entre os gestores públicos. Como assinalam João Pedro Gebran Neto e Renato Luís Dresch (2015, p. 96-97), é necessário ponderar que

[...] a repartição da competência entre os gestores não afasta, por si só, a responsabilidade do gestor hierarquicamente superior, quando outro situado em posição inferior na organização federativa não cumprir a sua obrigação. Isso significa dizer que a União pode ser responsável pela deficiência ou ausência dos serviços de saúde de responsabilidade dos Estados e dos Municípios. Do mesmo modo, o Estado pode ser responsável no caso de deficiência ou ausência dos serviços de responsabilidade dos Municípios.

Tudo vai depender do contexto que cerca cada conflito de interesses, inclusive de sua dimensão individual ou coletiva.

Quando se tem em mente uma prestação de saúde já padronizada, o critério da subsidiariedade revela-se mais adequado para orientar o cumprimento da obrigação, haja vista que o sistema é pautado pela descentralização e pela hierarquização. Por conseguinte,

[...] as obrigações a serem cumpridas por força de decisões judiciais devem ser direcionadas ao ente federativo que tem atribuição temática para a prestação pleiteada (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 139),

isto é, que reúne condições materiais para garantir um atendimento mais próximo e adequado. Segundo essa lógica, o redirecionamento da obrigação ou o chamamento de outro ente para responder de forma subsidiária fica reservado para hipóteses excepcionais, quando comprovada a real impossibilidade de um ente cumprir o encargo.

Nessa discussão, porém, é preciso ter claro que a maior parte das demandas judiciais versa sobre prestações não padronizadas, ou seja, diz respeito a prestações (procedimentos, medicamentos, órteses, próteses e materiais especiais) que não se encontram previstas em políticas públicas, de modo que se impõe seja reconhecida a solidariedade da responsabilidade

dos entes públicos demandados. Se uma prestação não está padronizada ou se um problema de saúde pública tem uma conotação mais ampla, não parece sensato permitir que a responsabilidade recaia apenas sobre um dos entes, olvidando-se que se está diante de um sistema.

Gebran Neto e Dresch (2015, p. 97) pontuam que,

[...] como a Constituição Federal assegura a integralidade no tratamento, na inexistência de política pública deve ser admitida a responsabilidade comum (solidária) do art. 23, II, da Constituição Federal.

Eles alertam que,

[...] em razão da organização federativa, com ascendente verticalização hierárquica administrativa entre os Municípios, o Estado e a União, não há como impor ao Município obrigações de responsabilidade do Estado ou da União. Na ausência de política pública definida é possível a formação de litisconsórcio passivo, sendo conveniente estabelecer os limites da responsabilidade de cada um dos entes.

Nessa perspectiva, em vista das responsabilidades dos entes públicos devidamente estabelecidas nos arts. 16, 17 e 18 da Lei 8.080/1990, já não mais haveria de predominar, no que toca às prestações padronizadas, a questionada regra da responsabilidade solidária, que deveria ser reservada apenas para os casos que envolvessem postulações de prestações que não tenham sido incorporadas pelo Poder Público. Aliás, as opções e as referidas falhas dos gestores do SUS deveriam ser racionalmente discutidas em ações coletivas. Todavia, como assinalado, predomina nas instâncias superiores o entendimento de que ações individuais são cabíveis e que é sempre solidária a responsabilidade dos entes políticos na prestação dos serviços de saúde pública. O Supremo Tribunal Federal, em maio do corrente ano, julgou os Temas 500 e 793, fixando as seguintes teses:

Tema 500: 1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do

medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União⁶.

Tema 793: Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Como se vê, apesar de abraçar a tese da quase irrestrita solidariedade da obrigação, a Corte Suprema brasileira, justamente por força da descentralização e da hierarquização que caracterizam o sistema, determina que a autoridade judicial busque direcionar o seu cumprimento em conformidade com as regras administrativas de repartição de competências⁷, solução que se revela racional e atende melhor ao interesse do paciente/usuário.

O assunto em questão, porém, ainda não está acomodado. É que, em seu voto divergente (e vencedor⁸) proferido nos embargos de declaração opostos pela União contra a decisão da Corte Suprema no RE 855178/SE, o ministro Luiz Edson Fachin consignou o seguinte:

Se a pretensão veicular pedido de tratamento, procedimento, material ou medicamento não incluído nas políticas públicas em todas as suas hipóteses a União necessariamente comporá o polo passivo, considerando que o Ministério da Saúde detém competência para incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos, procedimentos, bem como constituição ou alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, de modo que recai sobre ela o dever de

indicar o motivo ou as razões da não padronização e eventualmente iniciar o procedimento de análise de inclusão nos termos da respectiva fundamentação.

Essa diretriz está em sintonia com o enunciado 78 do Comitê Executivo do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe que

[...] compete à Justiça Federal julgar as demandas em que são postuladas novas tecnologias de alta complexidade ainda não incorporadas ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Entretanto, se essa interpretação prevalecer, estar-se-á desconstruindo o entendimento que os entes da Federação, isolada ou conjuntamente, têm obrigação solidária de assegurar o direito à saúde aos cidadãos necessitados⁹. Essa parte da motivação do aludido voto acaba por transformar, em relação às tecnologias não incorporadas ao SUS, em necessário o litisconsórcio facultativo passivo entre a União, o estado-membro e o município, ensejando a remessa de todos esses casos à Justiça Federal. A solidariedade, nesses casos, deixaria de induzir o litisconsórcio facultativo, pois se imporia a formação do litisconsórcio necessário, compondo a União o polo passivo em todas essas causas, de modo que a Justiça estadual perderia a competência para decidir essas questões¹⁰. Essa é a posição das juízas federais Ana Carolina Morozowski e Luciana da Veiga Oliveira (2019), do TRF da 4ª Região, que sustentam que,

[...] nessa hipótese, caso a União não tenha sido incluída no polo passivo, o juiz estadual deverá intimar a parte autora a incluí-la e, diante de sua incompetência (art. 109, I, CF), remeter o processo à Justiça Federal. Caso a parte autora não o faça, o juiz deve extinguir o feito sem resolução de mérito.

Essa compreensão, *concessa venia*, conquanto decorra das razões expostas no voto do ministro Fachin, parece contrariar o entendimento que o STF quis reafirmar ao fixar a tese do Tema 793, assim como

⁶ Note-se que, nesse campo, rompeu-se com a solidariedade entre os entes públicos, ficando definido que cabe à União o ônus de suportar do custeio.

⁷ Registre-se que é exatamente essa a compreensão adotada pelo o enunciado 60 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ: “A responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo do redirecionamento em caso de descumprimento”.

⁸ Ainda não publicado, mas disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/RE855178ED.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁹ “Processual civil e administrativo. Recurso especial. Saúde. Prestação de medicamentos. Legitimidade passiva. Solidariedade entre os membros federativos. 1. É solidária a responsabilidade da União, dos Estados-membros e dos Municípios em ação que objetiva a garantia do acesso a tratamento de saúde, razão pela qual o polo passivo da demanda pode ser ocupado por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente. 2. Matéria pacificada pelo STF no julgamento do RE 855.178- RG/SE, rel. ministro Luiz Fux, DJe de 16/03/2015, sob o rito da repercussão geral. 3. Recurso especial provido. (REsp 1653730/RS, rel. ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/08/2017, DJe de 23/08/2017)”

contrasta com o que definido pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema 686:

O chamamento ao processo da União com base no art. 77, III, do CPC, nas demandas propostas contra os demais entes federativos responsáveis para o fornecimento de medicamentos ou prestação de serviços de saúde, não é impositivo, mostrando-se inadequado o por obstáculo inútil à garantia fundamental do cidadão à saúde.

Uma forma de tentar sistematizar o assunto seria entender que só é o caso de se incluir obrigatoriamente a União no polo passivo da ação se a causa de pedir e o pedido mediato¹¹ disserem respeito à incorporação de novas tecnologias em saúde, nos termos do art. 19-Q, da Lei 8080/1990¹². Se a ação almejar o fornecimento de prestação não padronizada (sobretudo se não é de alto custo ou de alta complexidade), mas sem discutir o direito/dever de incorporação da tecnologia (o que redundaria em sua disponibilização a todos que dela precisarem), seria desnecessária a inclusão da União no polo passivo da demanda, mantendo-se a diretriz atual, que favorece o acesso à justiça, o que se acredita ter sido a intenção da maioria dos ministros da Corte Suprema. Porém, esse aspecto da discussão é recente e ainda ensejará muitos debates até alcançar a esperada pacificação.

O segundo ponto que suscita controvérsia refere-se à necessidade de, sempre que possível, o usuário primeiro dirigir seu pleito a um órgão do Sistema Único de Saúde – SUS, na esfera municipal, estadual ou federal, de modo a permitir que o Poder Público disponibilize a prestação desejada, negue seu fornecimento ou aponte uma alternativa terapêutica destinada ao tratamento da moléstia. Nesse sentido foram editados os enunciados 3 e 13 das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça.

¹¹ Parte da doutrina (minoritária) entende que o pedido mediato seria o provimento jurisdicional desejado, quanto o pedido imediato seria caracterizado pela própria prestação que se pretende seja a parte adversa compelida.

¹² Art. 19-Q da Lei 8.080/1990: “A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”.

Tornando-se indispensável o ajuizamento da ação judicial¹³, o profissional do direito responsável pelo caso deve cuidar para que a petição inicial esteja

[...] instruída com todos os documentos relacionados com o diagnóstico e tratamento do paciente, tais como: doença, exames essenciais, medicamento ou tratamento prescrito, dosagem, contraindicação, princípio ativo, duração do tratamento, prévio uso dos programas de saúde suplementar, indicação de medicamentos genéricos, entre outros, bem como o registro da solicitação à operadora e/ou respectiva negativa” (Enunciado 32 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ – 18/03/2019).

A comum deficiência de instrução da ação obsta uma análise mais técnica por parte do julgador. Ele tenderá a denegar o pleito liminar ou postergará a análise da medida para depois da apresentação de um parecer pelo Núcleo de Apoio Técnico ao Judiciário (NAT-JUS)¹⁴ ou para depois da realização de uma perícia médica naquele caso.

O médico prescritor de um fármaco ou de um tratamento que não faz parte das listas ou protocolos oficiais do SUS precisa entender que seu relatório deve ser muito bem feito, deve estar bem embasado, apontando circunstanciadamente uma das falhas acima explicitadas. Ora, como disposto no enunciado 12 das Jornadas de Saúde do CNJ¹⁵:

A inefetividade do tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde – SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que

¹³ Em Uberlândia/MG, a partir de reuniões realizadas na sede da Justiça Federal com autoridades de saúde, judiciárias, membros da OAB, da Defensoria Pública da União e do Ministério Público Federal, foi criado, em dezembro de 2014, o Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (Cirads) com o propósito de estimular a resolução extrajudicial (pré-processual) dos conflitos, mas o projeto funcionou por apenas 6 meses, não prosperando justamente porque, em mais de 70% dos casos, o pleito era de concessão de prestações não padronizadas. Os médicos prescritores não aceitavam ou diziam já haver se esgotado as alternativas terapêuticas oficiais.

¹⁴ O NAT-JUS Nacional foi incorporado na nova plataforma digital do Sistema Nacional de Pareceres e Notas Técnicas (E-Natjus), hospedada no sítio do Conselho Nacional de Justiça, podendo ser acessada através do link: www.cnj.jus.br/e-natjus.

¹⁵ Nessa mesma linha é o enunciado 15 das aludidas jornadas: “As prescrições médicas devem consignar o tratamento necessário ou o medicamento indicado, contendo a sua Denominação Comum Brasileira – DCB ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional – DCI, o seu princípio ativo, seguido, quando pertinente, do nome de referência da substância, posologia, modo de administração e período de tempo do tratamento e, em caso de prescrição diversa daquela expressamente informada por seu fabricante a justificativa técnica.”

a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), indicando o tratamento eficaz, periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro ou uso autorizado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, fundamentando a necessidade do tratamento com base em medicina de evidências (STJ – Recurso Especial Resp. 1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves – 1ª Seção Cível – julgamento repetitivo dia 25/04/2018 – Tema 106) (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18/03/2019).

Não mais é tolerável, portanto, que ações nessa seara sejam movidas de forma precipitada e sem embasamento científico, até porque os juízes

[...] deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes [...] (Enunciado 29 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ).

Com o maior aprofundamento das reflexões em torno da judicialização da saúde, hoje o julgador primeiramente irá querer compreender porque o médico assistente prescreveu aquela prestação não padronizada¹⁶. Assim o fez porque não há uma

¹⁶ Chamando a atenção para o assunto, George Marmelstein aduz: “Afinal, o que leva um médico do sistema público a prescrever um tratamento ainda não incorporado aos protocolos clínicos estabelecidos por seu empregador? Podem ser citados inúmeros fatores: (a) o médico pode desconhecer os protocolos oficiais e não sabe que pode existir um tratamento alternativo já fornecido pelo SUS para aquela situação; (b) o médico pode estar apenas reproduzindo a sua prática médica na medicina privada, cujos protocolos contemplam aquele tipo de tratamento; (c) o médico pode ter plena noção de que aquele tratamento não é oferecido pelo SUS, mas acredita que é o melhor para o paciente, aconselhando-o a acionar a justiça para lutar por seus direitos; (d) o médico pode ter tentado, sem sucesso, todas as linhas de tratamento previstas nos protocolos oficiais, e busca agora uma forma alternativa que pode ser promissora; (e) a situação clínica do paciente é tão peculiar que o tratamento padrão pode não ser recomendado, justificando uma prescrição médica fora do padrão; (f) o paciente pode ser acometido de múltiplas doenças (comorbidade), levando o médico a propor uma solução menos ortodoxa para a sua situação, a fim de não colocar em risco a sua vida, já que um tratamento para uma enfermidade pode ter efeitos colaterais prejudiciais à outra; (g) o médico pode estar influenciado pelo lobby da indústria farmacêutica, optando por prescrever aquele tratamento por razões não confessáveis; (h) o médico pode estar afetado pelo viés da conformidade, adotando algum modismo passageiro que os seus colegas de profissão também estão seguindo; (i) o médico pode estar tentando dar ao paciente uma última esperança de sobrevivência, mesmo sabendo que as chances de sucesso são ínfimas, imbuído por uma obstinação terapêutica que não se conforma com a possibilidade da morte;

política pública ou protocolo oficial para aquele caso? Ou assim agiu porque já se esgotaram ou são inviáveis as alternativas terapêuticas disponíveis ante as especificidades do caso concreto? Se sim, a alternativa apontada pelo médico que assiste à parte requerente atende mesmo aos critérios de eficácia, efetividade, eficiência, segurança e custo-benefício? Por que a Conitec não fez tal incorporação?¹⁷ Quais as razões invocadas? Está havendo uma demora injustificada para o pronunciamento daquele órgão colegiado? Daí a relevância do papel a ser exercido pelo perito do juízo¹⁸, a quem, além de entrevistar e examinar o paciente na sede deste juízo, analisando os documentos contidos nos autos, incumbe colher informações diversas que ajudem a satisfatoriamente responder a esses questionamentos.

Assim, considerando que se está diante de um sistema voltado a atender à coletividade, verificar-se-á que, no plano geral, nos tratamentos médicos, devem ser observados os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Poder Público. O atendimento do paciente deve ser garantido privilegiando-se os medicamentos, insumos e materiais disponibilizados/padronizados pelo SUS, admitindo soluções diferenciadas somente no caso de ser comprovada a ineficiência ou a impropriedade da política pública de saúde existente. Noutras palavras, não há, como regra, direito à tutela jurisdicional positiva não contemplada pelo SUS, admitindo-se, porém, ações ou serviços diferenciados se o SUS não oferecer alternativas terapêuticas ou se estas tiverem se esgotado, hipótese em que o interessado deverá

(j) o médico pode estar tentando ‘lavar as mãos’ para não sentir o peso da responsabilidade pela eventual morte de seu paciente, prescrevendo tratamentos por mero desengano de consciência e assim por diante... Como se vê, são muitas as hipóteses que levam um médico público a prescrever uma medicação não fornecida pelo SUS. Algumas são legítimas e nobres; outras, nem tanto” (MARMELSTEIN, 2019, p. 110).

¹⁷ Há casos em que é preciso verificar o que gera “[...] a dissonância entre o tratamento proposto pelo médico e o oferecido pelo sistema, sobretudo quando não há uma revisão periódica dos protocolos existentes, bem como a elaboração constante de novos protocolos capazes de assimilar os avanços científicos” (Ibid., p. 120).

¹⁸ Nessas ações, o autor destes rápidos apontamentos tem tido o cuidado de determinar a realização de uma perícia na sede deste juízo para que seja bem avaliado o quadro clínico alegado pela parte requerente e analisada a adequação da prescrição. O conhecimento da ciência médica e/ou farmacêutica é absolutamente imprescindível para o seguro e pertinente desfecho destes processos. E, na avaliação desses casos, a medicina baseada em evidências deve exercer papel preponderante na solução dos litígios (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 199-243).

apontar a alternativa mais eficiente e segura, pautada pela medicina baseada em evidências (ALVES, 2016, p. 82-92).

Outro aspecto relevante a respeito da judicialização da saúde refere-se à necessidade, ou não, de se comprovar incapacidade financeira para custeio do medicamento solicitado. Em relação a prestações padronizadas, naturalmente não deve haver essa exigência, mas ela é plenamente pertinente no tocante ao anseio de se obter medicamentos, materiais e tratamentos que não fazem parte do protocolo oficial.

Os magistrados, de maneira acertada, estão se orientando pelas premissas elencadas no julgado da Suspensão de Tutela Antecipada 175 (decisão da Corte Especial do STF, no agravo regimental respectivo, proferida em 17 de março de 2010, relator: ministro Gilmar Mendes), oportunidade em que se definiu que, quando da avaliação de caso concreto, devem ser ponderados, entre outros, os seguintes fatores:

- a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente;
- b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente;
- c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis nº 6.360/76 e 9.782/99); e
- d) a não configuração de tratamento experimental.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça recentemente definiu, em recurso especial representativo de controvérsia (Tema 106), que, para a concessão dos medicamentos não incorporados, deve ser exigida demonstração da “incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito” (REsp 1.657.156 – RJ. Relator: ministro Benedito Gonçalves. Publicação: *DJe* de 04/05/2018)¹⁹.

¹⁹ Essa compreensão ensejou a aprovação do enunciado 75 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ: “Nas ações individuais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do Sistema Único de Saúde – SUS, sob pena de indeferimento do pedido, devem ser observados cumulativamente os requisitos estabelecidos pelo STJ, no julgamento do RESP n. 1.657.156, e, ainda, os seguintes critérios: I) o laudo médico que ateste a imprescindibilidade do medicamento postulado poderá

Note-se, porém, que esse requisito da hipossuficiência deve ser avaliado tendo em conta a situação financeira da parte-autora e o valor da prestação de saúde pública pleiteada, isto é, a condição financeira do demandante deve ser analisada frente ao custo do medicamento almejado. O indivíduo pode até não ser financeiramente hipossuficiente para ser agraciado com a assistência judiciária gratuita, mas pode ser hipossuficiente em vista do elevado custo de um medicamento ou tratamento de saúde essencial para lhe assegurar o direito de viver ou ver restabelecida sua saúde (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 197-199).

Como bem asseveram Araújo, López e Junqueira (*Ibid.*, p. 200), nesse campo não se pode desconsiderar a hipossuficiência como um critério relevante,

[...] sob pena de se atribuir à universalidade do SUS uma abrangência tal que inviabilize o próprio sistema, prejudicando especialmente aqueles que possuem menos condições sociais e econômicas.

É certo, portanto, que o acesso universal é assegurado no âmbito do direito fundamental à saúde, mas “a universalidade não está a excluir a isonomia de atendimento”, assim como não garante que

[...] seja prestado para quem tem condições de arcar com as despesas, os serviços médicos ou prestações materiais fora do rol já assegurado legal e administrativamente (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 176-177).

Exatamente por causa da escassez de recursos é que, no tocante ao fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, não podem os médicos desejar que seus pacientes da rede pública sejam agraciados com materiais padrão ouro, em sintonia com as mais modernas e dispendiosas tecnologias, pois, como visto, o custo também é um critério sopesado para fins de incorporação. Schulze e Gebran Neto (*Ibid.*, p. 39) recordam que “não se pode imaginar que a Constituição confere a todo brasileiro o direito de ter a melhor prestação de saúde existente no mundo”. Daí, de acordo com os mencionados

ser infirmado através da apresentação de notas técnicas, pareceres ou outros documentos congêneres e da produção de prova pericial; II) a impossibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label ou experimental, salvo se houver autorização da ANVISA; III) os pressupostos previstos neste enunciado se aplicam a quaisquer pedidos de tratamentos de saúde não previstos em políticas públicas.”

autores, a necessidade de se avaliar a questão a partir de uma perspectiva coletiva, isto é, no âmbito global, atentando-se para o fato de que as políticas públicas de saúde não são criadas e executadas com foco em destinatários específicos, mas para proteger e garantir a saúde de todos, já que os recursos públicos são limitados (Ibid., p. 42).

Uma derradeira questão polêmica que permeia a judicialização da saúde é a relativa à falta de vagas em leitos de UTI, à falta de recursos/condições materiais para a realização de cirurgias mais complexas em casos de emergência. Os advogados do Poder Público sustentam que a concessão de medidas liminares nessa área acarreta a violação do princípio da isonomia, pois, para se cumprir a ordem judicial, é preciso “furar a fila”, proceder que não se coaduna com o direito e a justiça. De fato, segundo o enunciado 46 das supracitadas Jornadas de Direito à Saúde do CNJ,

[...] nas ações judiciais para as transferências hospitalares deve ser verificada a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e priorização (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18/03/2019).

Entretanto, a rede pública de saúde de diversos municípios e unidades federadas está nitidamente abarrotada, sobrecarregada. Não há leitos de UTI em número suficiente para atender à população. Então, se houver risco de morte do paciente e uma solução não for construída com mais rapidez pela central de regulação de urgências e emergências, deverá o julgador, entendendo presentes os requisitos para a medida antecipatória, determinar que seja transferido para um hospital particular, às custas do SUS, a fim de que seja submetido a adequado tratamento para preservar sua vida, para restabelecer sua saúde, sobretudo quando se estiver diante de uma moléstia grave²⁰. O magistrado deve antes conceder um prazo para que a central de regulação busque uma solução na esfera pública, consignando que, transcorrido o tempo estipulado, deverá o paciente ser encaminhado para um hospital privado (de nível terciário) para a realização do tratamento necessário, tudo às expensas do Estado. E nesses casos, para evitar que o nosocômio

privado não disponibilize uma vaga, é de bom alvitre que o juiz registre em seu *decisum* que o Poder Público terá a obrigação de depositar em favor do hospital o valor total do tratamento, conforme tabela da rede particular.

Não há dúvidas, todavia, de que a temática discutida neste ensaio deve ser tratada com muito cuidado, já que a progressiva

[...] judicialização da saúde, em determinados contextos, pode até piorar os problemas do sistema de saúde, seja por dificultar o planejamento e a gestão, seja por encarecer os insumos e serviços, seja por propiciar a prática de conluios e fraudes, seja por criar situações de iniquidade entre aqueles que conseguem ser favorecidos por uma decisão judicial e os que não conseguem. (MARMELSTEIN, 2017, p. 106).

Destarte, no enfrentamento dos problemas abordados, é imprescindível que seja estimulada a tutela judicial coletiva do direito à saúde, se não houver êxito nas tentativas de solução extrajudicial dos conflitos. O Ministério Público, sobretudo onde já existe Defensoria Pública instalada, precisa priorizar a atuação dirigida para o tratamento das questões sob a forma coletiva, conforme preconizado pelo legislador constituinte (art. 129, III, da CF/1988). Também a Defensoria Pública detém legitimidade mover ações civis públicas nessa área (art. 5º, II, da Lei 7.347/1985), mas ainda impera pelo país uma atuação de viés mais individualista.

Encerrando estes apontamentos, cabe assinalar que, se o magistrado entender pela concessão da prestação de saúde vindicada, seja em sede liminar ou ao proferir a sentença, deverá tomar alguns cuidados, ordenar algumas providências que venham a garantir o correto cumprimento da decisão e o gozo do direito reconhecido no provimento jurisdicional.

Conquanto seja solidária a responsabilidade pelo adimplemento da obrigação, como foi acima comentado, o julgador deve apontar qual dos entes públicos demandados deverá cumprir a ordem judicial, evitando o cumprimento em duplicidade ou, o que é mais comum, que um ente deixe para o outro o encargo de cumprir a determinação judicial, acarretando demora e mais riscos para a vida ou saúde do paciente. É oportuno registrar, no ato decisório, que ao ente a quem couber adquirir o medicamento ou custear certo procedimento fica assegurado o direito a ressarcir-se dos demais, nos moldes preconizados

²⁰ Nessa esteira tem se posicionado o Supremo Tribunal Federal: ARE 727864 AgR, relator: min. Celso de Melo, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, *Dje* de 12/11/2014, p. 223.

pelo SUS. Se a prestação concedida não é padronizada, é recomendável consignar que o ônus financeiro deve ser repartido *pro rata* entre eles, em posterior acerto de contas (ARAÚJO; LÓPEZ; JUNQUEIRA, 2016, p. 152-153).

O juiz também precisa fixar prazos para o cumprimento da ordem judicial, os quais devem ser menos ou mais dilatados conforme a complexidade da obrigação a ser adimplida. Ainda, se o Poder Público tem se mostrado renitente no cumprimento dos comandos judiciais, cabe ao magistrado estabelecer multas para o caso de descumprimento dos preceitos²¹, advertindo ainda sobre a possibilidade de haver resposta criminal, na forma da lei, em decorrência da desobediência.

Muitas vezes, a demora no cumprimento da ordem judicial acontece porque o Poder Público precisa encetar uma série de medidas administrativas para viabilizar a compra do medicamento ou a realização de uma cirurgia. Então, convém que o juiz, para garantir o rápido cumprimento da ordem judicial, reconheça, por exemplo, a hipótese de dispensa de procedimento licitatório no que se refere à primeira aquisição do fármaco ou material almejado. Recomenda-se também que a autoridade judicial assente na decisão a obrigação de a parte-autora apresentar receituário médico atualizado a cada 6 (seis) meses, para que possa retirar o medicamento, evitando-se que novas aquisições sejam feitas quando já interrompido o uso do fármaco²².

Quando houver alegação de descumprimento da ordem judicial e o Poder Público, intimado, não apresentar uma justificativa plausível, deve o Poder Judiciário determinar o sequestro/bloqueio de numerário, via Bacenjud, para possibilitar a compra do medicamento (ou outro material) a partir de 3 (três) orçamentos a serem apresentados pela parte-

autora, procurando-se garantir o respeito ao princípio da economicidade²³. O juízo deve evitar ao máximo repassar o numerário diretamente à parte requerente para o custeio do fármaco, material ou procedimento, procurando implementar uma rotina de serviço que assegure o correto uso do recurso, sempre exigindo a devida prestação de contas nos autos do processo.

4 Considerações finais

A progressiva judicialização da saúde é um fenômeno complexo, mas se verificou que é causado basicamente pelas seguintes razões: falta ou insuficiência de prestações de saúde já padronizadas; falta de atualização da Rename; falta ou demora para a aprovação de uma nova tecnologia pela Conitec; e prescrição indiscriminada/sem embasamento técnico-científico de prestações de saúde não incorporadas ao SUS, o que é feito pelos próprios médicos da rede pública de saúde. Essa conjunção de fatores tem acarretado o crescimento exponencial da judicialização da saúde no Brasil.

A falta, nos postos ou noutras unidades de saúde pública, de prestações (fármacos, insumos ou procedimentos) padronizadas, que já fazem parte das listas ou protocolos oficiais do SUS, constitui uma falha grave a ser corrigida pelas autoridades do setor, inclusive a partir de provocação do Ministério Público ou do Tribunal de Contas. Se o paciente/usuário não conseguir a resolução na via administrativa, o que é sempre o mais desejável, restará o ajuizamento da ação judicial, sendo que, nessa hipótese, a tendência é que o juiz julgue procedente o pedido, uma vez que se verifica um nítido problema de gestão do sistema, uma falha na prestação de um serviço essencial ao cidadão (SCHULZE; GEBRAN NETO, 2016, p. 50).

De outro lado, quando o paciente almeja medicamentos, tratamentos ou tecnologias ainda não incorporados ao SUS, é preciso averiguar se se está diante de uma das outras falhas acima apontadas. Deve haver, nesse caso, maior cuidado e zelo na

²¹ A propósito, vale recordar que, de acordo com o enunciado 86 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ, “as multas fixadas por descumprimento de determinações judiciais (astreintes) devem levar em consideração as dificuldades inerentes à aquisição dos medicamentos ou produtos pelo Poder Público ou por Agentes de Saúde Suplementar, bem como guardar proporcionalidade com o valor da prestação pretendida”.

²² Nesse sentido é o enunciado 2 das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ: “Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em tutela provisória ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório e prescrição médicos a serem apresentados preferencialmente ao executor da medida, no prazo legal ou naquele fixado pelo julgador como razoável, considerada a natureza da enfermidade, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de perda de eficácia da medida” (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18/03/2019).

²³ Sobre o assunto, o enunciado 56 das Jornadas de Direito da Saúde do CNJ dispõe que: “Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados” (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18/03/2019).

reunião dos elementos que embasarão a ação e na elaboração da peça inaugural, até porque será maior o grau de exigência para que o julgador venha a julgar procedente a pretensão autoral. O pedido deve ser analisado com maior atenção e rigor, buscando-se constatar se há mesmo, da parte do Poder Público, a falha apontada. Considerando que não há, como regra, direito à tutela jurisdicional positiva não contemplada pelo SUS, só se deve obrigar o Poder Público a fornecer prestações não padronizadas se ele não oferecer alternativas terapêuticas ou se estas tiverem se esgotado, hipótese em que o interessado deverá apontar a alternativa mais eficiente e segura, pautada pela medicina baseada em evidências.

Nessa perspectiva, urge que os profissionais de saúde que atendem na rede pública (municipal, estadual ou federal) não se deixem levar tanto pela ação propagandista de laboratórios e indústrias, e observem rigorosamente os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas oficiais, que são elementos organizadores da prestação de saúde pública. Somente quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS é que se deve abrir a possibilidade de busca do fornecimento de um fármaco ou material não padronizado, o que será analisado em cada caso. Nessa linha, também se faz necessário evitar a prescrição de medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais.

O estudo revelou, portanto, que a prescrição de prestação de saúde não padronizada deve ser reservada para casos realmente excepcionais, sendo premente a necessidade de se orientar a ação dos médicos que atuam junto à rede pública, nas esferas municipal, estadual e federal. Também advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem atinar para a lógica aqui retratada, de modo que deixem de ajuizar ações precipitadas, desprovidas de fundamentos técnico-científicos, passando ao largo dos relevantes aspectos aqui pontuados. Precisam privilegiar a abordagem dos problemas sob a forma coletiva, caminho que se mostra mais eficiente e equânime do que uma atuação de viés individualista.

Ademais, pôde-se constatar que é essencial para a sobrevivência do sistema a fixação da exigência de se comprovar a hipossuficiência financeira para se obter o custeio de uma prestação não incorporada pelo sistema público de saúde. Parece claramente desarrazoado que a universalidade do serviço tenha

tamanha abrangência capaz de assegurar, a quem tenha condições de pagar, serviços ou prestações materiais que não fazem parte do rol oficial.

Enfim, no enfrentamento do problema, devem as autoridades envolvidas agir de modo mais racional, mais ágil e menos sentimental, buscando-se preservar a higidez do sistema, o qual, por sua vez, precisa ser aprimorado nos seus pontos falhos pelos gestores do Ministério da Saúde, acelerando os processos de avaliação de novas tecnologias pela Conitec, viabilizando/estimulando o treinamento e a orientação dos médicos da rede pública de saúde. Do contrário, persistindo as falhas e a falta de compreensão adequada do fenômeno, os entes federativos continuarão a despender valores tão significativos para a aquisição de remédios ou de materiais não padronizados que não sobrarão recursos para investir nos programas e ações de saúde essenciais para a melhoria desse relevante serviço em favor do povo brasileiro.

5 Referências

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Ações de saúde contra o Poder Público: ensaio de um roteiro decisório. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 9, p. 55-97, 2016. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/148>. Acesso em: 9 out. 2019.

ARAÚJO, Cynthia Pereira de; LÓPEZ, Éder Maurício Pezzi; JUNQUEIRA, Silvana Regina Santos. *Judicialização da saúde: saúde pública e outras questões*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 25, n. 84, p. 96-97, 2015. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev84.pdf>. Acesso em: 9 out. 2019.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA (Insper). *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA->

[SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf](#). Acesso em: 9 out. 2019. MARMELSTEIN, George. *O Direito fora da caixa*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

MARMELSTEIN, George. You can't always get what you want: repensando a judicialização da saúde com base no fornecimento de medicamentos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 54, n. 216, p. 114, out./dez. 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/216/ril_v54_n216_p105. Acesso em: 9 out. 2019.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. *Direito à saúde: análise à luz da judicialização*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

6 Informações adicionais

Agradecimentos (acknowledgement): Registro meus agradecimentos ao amigo José Alexandre Essado, pela troca de ideias. Expresso ainda minha gratidão aos amigos Marco Aurélio Badue Kallas, Maria Helena Soares Ferreira Borges, Mariana Nogueira Pereira, pela gentil colaboração na revisão do texto.

Declaração de conflito de interesses (conflict of interest declaration): o autor declara que não há conflitos de interesse na realização da pesquisa e na redação deste artigo.