

Renato Luís Dresch¹

**DIREITO À SAÚDE - ANÁLISE À LUZ DA
JUDICIALIZAÇÃO, CLÊNIO JAIR SHULZE,
JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, VERBO, PORTO
ALEGRE, 2015**

¹Faculdade Arnaldo Janssen. Juiz de Fora/MG, Brasil.

Correspondência: Renato Luís Dresch. *E-mail*: dresch@tjmg.jus.br.

Recebido em: 16/05/2016.

A obra “Direito à saúde – análise à luz da judicialização”, dos magistrados Clênio Jair Shulze e João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, é fruto de sua atuação na área da saúde, aliada a um estudo doutrinário e jurisprudencial. Abordam os principais problemas da judicialização da saúde que impactam todos os profissionais envolvidos com a matéria, tanto do direito como da medicina e da gestão. Fazem uma avaliação crítica das deficiências do serviço de saúde e sugerem autocontenção do Poder Judiciário. Além do prefácio e da introdução, a obra está dividida em cinco partes, cada uma analisando um aspecto do direito à saúde no contexto da judicialização.

No prefácio, Teori Albino Zavaski, ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), pontua a promessa constitucional do direito à saúde, traduzida numa garantia de prestação objetiva e concreta. Avalia o papel do Poder Judiciário, no domínio jurídico do direito à saúde, de exigir do Estado uma prestação positiva da conformação politicamente assumida pela Constituição, ponderando que a efetivação dessa promessa deve estar de acordo com a disponibilidade de recursos. Situa, dentre as obrigações do Estado, o **dever de respeito** para não adotar medidas negativas de acesso, o **dever de proteção** contra violação de terceiros e o **dever de implementação** com a formulação das políticas de saúde. Atento ao princípio da igualdade, observa a possibilidade de prestações individuais serem negadas quando não forem possíveis para todos os indivíduos. Entende inexistir direito líquido e certo de obter do Estado o fornecimento gratuito de medicamentos de alto custo que não estiverem na lista da política nacional de medicamentos.

Na introdução, a obra reafirma a saúde como um direito humano fundamental, que consiste num estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não simplesmente na ausência de doença ou enfermidade, como assegurado no prefácio da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS). Destaca a necessidade de criar medidas para que sejam disponibilizadas aos indivíduos políticas evolutivas de prevenção, controle, cura e reabilitação no atendimento dos principais problemas de saúde, acentuando a importância da participação comunitária na organização e no controle dos cuidados primários de saúde, bem como a importância da criação de sistemas de referência que conduzam a melhorias progressivas, com uma interface na economia, política e ciências médicas, e com intervenção judicial contida nos limites da medicina baseada em evidência (MBE).

Na primeira parte, a obra contextualiza as teorias dos direitos fundamentais, dentre as quais está inserido o direito à saúde. Foca o protagonismo do Poder Judiciário e aponta alguns limites salutares em sua atuação.

Acentua a possibilidade de algumas restrições na eficácia dos direitos fundamentais sociais da Constituição, limitando o direito individual em favor do coletivo, e destaca a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial como limite de proteção à saúde.

Apresenta uma preocupação com os excessos do poder jurisdicional, sugerindo a sua autocontenção e atuação apenas no controle de cumprimento das medidas administrativas.

Acentua que o protagonismo do Poder Judiciário exterioriza uma das facetas da crise do Estado Brasileiro, advertindo quanto à necessidade de equilíbrio do Poder Judiciário e sugerindo uma atuação híbrida entre o modelo **procedimentalista**, que limita a análise de conformidade das políticas públicas, com o modelo **substancialista**, que lhe atribui um papel excessivamente protagonista na inserção de políticas públicas. Sugere a construção de um modelo judicial harmônico e equilibrado que priorize a participação popular e valorize as políticas públicas, acentuando a importância de decisões judiciais sustentadas em evidência científica e atentas à regulação da saúde.

Há uma preocupação com o equilíbrio institucional na concretização dos direitos fundamentais, limitando a atuação judicial para suprir a omissão e a inércia do gestor público de saúde, sem atribuir aos juízes poder absoluto para decidir sem critérios, o que causa insegurança jurídica.

Na segunda parte, aborda as novas perspectivas da judicialização da saúde, ressaltando algumas iniciativas do STF – como a Audiência Pública n. 4 – e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – como a Recomendação n. 31 e a criação do Fórum do Judiciário para a Saúde – para monitorar as demandas de saúde e estimular a qualificação técnica do Poder Judiciário. Destaca, ainda, a Jornada de Saúde, quando foram elaborados enunciados sobre saúde.

Sugere que o Poder Judiciário adote medidas de autocontenção e compatibilização do direito à saúde com a limitação financeira e a deficiência de recursos humanos e tecnológicos, propondo algumas medidas para contribuir com as políticas de saúde, tais como: (a) prestígio das ações coletivas; (b) rigor na análise dos pedidos deduzidos judicialmente; (c) ampliação do diálogo entre o sistema de justiça e o sistema de saúde; (d) instrução dos atores do sistema de saúde para que conheçam as políticas de saúde; e (e) fomento à mediação e à conciliação. Invoca as audiências públicas como medida de legitimação democrática do Poder Judiciário.

Sugere que o Estado não é segurador universal para todo e qualquer evento danoso, afastando a possibilidade de indenização por aquisição de medicamentos ou por procedimento cirúrgico particulares. Além disso, destaca que o acesso à ação judicial depende de prévia tentativa de atendimento administrativo, além de estar subordinado à medicina baseada em evidência.

Destaca a importância da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (Conitec), criada em 2011, na alteração do cenário da judicialização da saúde por ter como atribuição avaliar e aprovar as tecnologias em saúde e sugerir a inclusão de políticas públicas – recomendações estas que têm como pressuposto

a evidência científica. Entende que se trata de instrumento que deve ser referência para as decisões judiciais.

Levanta algumas problemáticas e sugere algumas soluções para evitar a judicialização. Destaca o problema da cultura do litígio no Brasil como decorrência da facilidade de acesso ao sistema de Justiça, constituído por uma ampla estrutura funcional e burocrática do Poder Judiciário, do Ministério Público, das Defensorias Públicas e da Advocacia, com postulação em juízo – que muitas vezes visa a evitar as filas de espera e não se sujeitar às normas da regulação. Prega uma atuação judicial técnica que considere seu impacto nas políticas públicas.

Constata que, nas decisões judiciais, não se costuma ter cuidado quanto aos limites da responsabilidade legal na saúde pública. Quanto aos contratos de saúde suplementar, destaca a necessidade de equilíbrio em relação ao direito do consumidor, sem privilegiar uma ou outra parte. Assim, deve-se prestigiar o equilíbrio contratual nos planos de saúde para coibir abusos e resgatar a boa-fé.

Destaca que o cenário de crise econômica exige uma reflexão sobre a subsidiariedade no Sistema Único de Saúde, inclusive quanto à possibilidade de limitação do direito à saúde.

A melhoria na defesa dos entes públicos é outro ponto destacado, sugerindo a necessidade de instrução das defesas com informações técnicas.

Ressalta a necessidade de observância da proporcionalidade para o cumprimento das determinações constitucionais, com a definição das prioridades para o cumprimento do direito fundamental à saúde, acentuando a importância de ampliar e criar as redes de atendimento e facilitação de diálogo com a magistratura a fim de facilitar o julgamento das demandas de saúde.

Na terceira parte, há uma análise da moldura jurídica do direito à saúde positivado nas legislações constitucional e infraconstitucional, com uma abordagem dos limites da judicialização, apontando seus aspectos positivos e negativos.

Destaca que a maior parte das demandas de saúde se refere a medicamentos e critica o fato de as decisões judiciais limitarem seus fundamentos jurídicos à referência do texto constitucional, ignorando o regramento infraconstitucional que organiza o SUS.

Analisada a moldura constitucional e aponta os textos que regulam o direito à saúde, que está fundado na garantia de acesso universal e igualitário e com atendimento integral. Segue com uma análise crítica do arcabouço constitucional fundado numa dualidade que legitima a convivência de um sistema público e um sistema privado de saúde – em que o público está calcado nos princípios sociais de solidariedade, igualdade, universalidade e integralidade, enquanto o sistema privado busca objetivos financeiros, o que entende implicar numa fratura lógica do sistema, que, embora apresente aspectos salutares, possui iniquidades.

Acentua que os usuários do SUS se dividem em parcelas distintas, com uma minoria da população em condições de arcar com a saúde integralmente privada. Uma segunda parcela tem acesso a alguns serviços privados por meio de planos de saúde, limitados aos contratos. Um terceiro grupo possui seguro ou plano de saúde, que eventualmente não possui cobertura integral. Além disso, um quarto grupo, representado pela maior parte da população, tem acesso à saúde exclusivamente pelo SUS.

Critica a tentativa de acesso desmensurado a qualquer ação e serviço de saúde não contemplados pelas políticas públicas e o fato de o Poder Judiciário desprezar a eleição de prioridades pela administração quando garante o acesso universal e igualitário, pois as escolhas decorrem de amplo debate e participação social nas Conferências de Saúde. Sugere um mínimo de investigação sobre as alternativas disponíveis no SUS, além da prova de evidência científica do que se pretende e a possibilidade de extensão a todos, como exige o princípio da igualdade.

Questiona a atuação da magistratura ao escolher as ações e os serviços de saúde que devam ser disponibilizados à população, sugerindo, dentro do modelo procedimentalista, uma autocontenção do Poder Judiciário, limitada à análise das ilegalidades nos critérios ou ao fomento de soluções políticas – sem eleger prioridades de acesso em ações individuais, sob pena de injustiça à coletividade.

Destaca fatores negativos e positivos da judicialização da saúde. Considera **negativo** o fato de desorganizar o SUS e influenciar negativamente as finanças, em razão da indevida escolha judicial de políticas, fragilizando a isonomia. Como **positivos** aponta o fomento à instituição de políticas públicas; a revisão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename); a atualização do Protocolo Clínico e de Diretrizes Terapêuticas (PCDT); a contribuição para a criação da Conitec; a fixação de prazo para o início de tratamento oncológico; e a introdução da saúde na pauta política.

Entende que a intervenção judicial deveria ocorrer somente através de tutelas coletivas, centrando esforços para fazer cumprir as políticas públicas já instituídas e adotando uma postura de autocontenção na interferência no sistema de saúde, sem ficar alheia à escassez de recursos públicos.

Na quarta parte, a obra contextualiza a judicialização, dedicando-se a uma análise das perspectivas da judicialização quanto a seu procedimento e sugerindo algumas cautelas a serem observadas na instrução processual.

Exterioriza uma preocupação com o *lobby* do mercado da saúde, que faz investimentos maciços nas técnicas para a inserção de novos produtos no mercado visando essencialmente à busca pelo lucro, enquanto o Poder Público não reúne capacidade suficiente de controle desses avanços. Aponta de forma positiva a Resolução n. 1.956/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que veda a prescrição de órteses, próteses e materiais especiais com base no fornecedor ou marca comercial,

e o artigo 3º da Lei Federal n. 9.787/1999, que determina que as prescrições no **âmbito do SUS** se deem com base na Denominação Comum Brasileira ou na Denominação Comum Internacional.

Entende que o futuro da judicialização deverá importar em uma nova pauta política e judicial, com menor interferência judicial no acesso a produtos fora dos protocolos clínicos.

Sugere ao Poder Judiciário um enfrentamento mais profundo das questões atinentes aos limites da universalidade de acesso e da integralidade de atendimento, com a necessidade de decisões baseadas numa perspectiva unitária do ordenamento jurídico.

Apresenta as dimensões da judicialização, apontando algumas premissas e perspectivas, tais como: (a) reconhecimento de que há um direito subjetivo de acesso às políticas públicas de saúde; (b) necessidade de provar a hipossuficiência quando o acesso à saúde pretendido estiver fora das políticas públicas; (c) proibição de acesso a medicamentos não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); (d) necessidade de prévia postulação administrativa para o acesso ao processo; (e) necessidade de prescrição médica por médicos vinculados ao SUS; (f) prevalência dos protocolos clínicos incorporados ao SUS; (g) acesso a tratamento excepcional apenas com prova da ineficiência do tratamento oferecido pelo SUS; (h) obrigatoriedade de o prescritor declarar conflito de interesses.

A quinta e última parte da obra é dedicada à análise da metodologia utilizada para a incorporação de novas tecnologias, apontando os critérios científicos utilizados para extrair a evidência científica de acordo com a medicina baseada em evidência. Analisa o papel dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), instituídos para dar apoio aos magistrados, apontando o PCDT como instrumento para o gerenciamento da política pública e como critério para o diagnóstico de agravos à saúde. Reafirma a importância da Conitec para avaliar a incorporação de novas tecnologias.

Por fim, esclarece as metodologias utilizadas pela MBE para identificar a eficácia, efetividade, eficiência e segurança dos novos produtos e serviços.

O valor científico dos produtos e serviços que sua utilização seja reconhecida dentro da medicina baseada em evidência se divide em sete diferentes níveis de evidências: **Nível 1 – Revisão sistemática**, que é o mais alto nível de evidência, realizada mediante a análise de artigos científicos de qualidade; **Nível 2 – Ensaio Clínico Randomizado Mega Trial**, constituído por estudos comparativos entre dois grupos de pacientes, distribuídos aleatoriamente; **Nível 3 – Ensaio Clínico Randomizado**, constituído pela avaliação de reduzido número de pacientes com, pelo menos, um ensaio clínico randomizado; **Nível 4 – Estudos Observacionais**, com evidências extraídas de estudo observacional de pacientes que possuem características semelhantes; **Nível 5 – Estudo de Caso Controle**, representado por um estudo

observacional de pacientes, que possui determinado desfecho; **Nível 6 – Estudo de Série de Casos**, constituído por relatos de diversos casos envolvendo vários pacientes; **Nível 7 – Opinião de especialistas**, nível fundado na opinião de especialistas e com baixo grau de evidência, utilizado apenas em casos raros e novos, na falta de outra evidência.

Por fim, a obra cumpre seu objetivo ao discorrer sobre a regulação do direito à saúde, analisando seus aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais. Não deixa de fazer uma avaliação crítica dos aspectos positivos e negativos da judicialização, sem se furtar de apresentar sugestões quanto a medidas que deveriam ser adotadas para evitar ou reduzir a judicialização, além de impedir impactos negativos e desnecessários na gestão.

Não há como deixar de reconhecer a importância temática da discussão enfocada na obra, além da pertinência do alerta quanto à necessidade de o Poder Judiciário instituir regras de autocontenção em seu protagonismo – com a proposição de qualificação técnica dos seus membros e a submissão das causas a uma análise detalhada sobre evidência científica do que se postula – e avaliar a regulação das políticas públicas, sobretudo quanto à disponibilização de produto ou tratamento similar no SUS. O Judiciário efetivamente deve conter seus excessos, como sugerido na obra, a exemplo do que ocorre quando defere acesso a produtos não incorporados nas políticas públicas e não aprovados pela Anvisa (especialmente produtos experimentais). Por seu turno, em razão da diretriz de integralidade introduzida no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal de 1988, não vejo como o Poder Judiciário possa limitar ao particular o acesso a produtos e serviços que são indispensáveis para evitar danos à saúde ou garantir o direito à vida. Em razão da disposição constitucional, eventual limitação de acesso aos serviços de saúde somente pode ser instituída através de pacto social, com alteração do texto constitucional, e nunca pelo Poder Judiciário.

O trabalho é de valor porque, embora membros do Poder Judiciário, os autores discorrem com isenção e ostentam críticas quanto à necessidade de atuação da magistratura com critérios técnicos. Além de sugerirem algumas medidas, também não deixam de criticar as falhas do sistema de saúde brasileiro.

Renato Luís Dresch - Mestre em Direito Público; especialista em Direito Sanitário e em Direito Processual Civil. Professor da Faculdade Arnaldo Jansen. Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Membro do Comitê Executivo Nacional da Saúde do CNJ. Coordenador do Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais. Juiz de Fora/MG, Brasil. *E-mail*: dresch@tjmg.jus.br.