

SÃ©rgio de Freitas: O direito Ã saÃºde e os parÃ¢metros dos tribunais

A facilitaÃ§Ã£o do acesso Ã JustiÃ§a, o aparelhamento da Defensoria PÃºblica, a facilidade de acesso a um advogado e um melhor esclarecimento da populaÃ§Ã£o sobre seus direitos vÃªm ensejando um crescimento exponencial da judicializaÃ§Ã£o da saÃºde, por meio de demandas que objetivam leitos de UTIs, reparaÃ§Ã£o por erros mÃ©dicos, fornecimento de medicamentos, Ã³rteses e prÃ³teses, dentre outros.

Ã© fÃ¡cil ver o crescimento de tais aÃ§Ãµes. No Ã¢mbito do STJ, por exemplo, o nÃºmero de casos especificamente de erro mÃ©dico passou de 466 em 2015 para 589 em 2016. Em 2017, foram computados 26 mil processos[1].

E nÃ£o apenas as aÃ§Ãµes de responsabilizaÃ§Ã£o do mÃ©dico tÃªm aumentado, segundo o Conselho Nacional de JustiÃ§a. Registraram-se, em 2016, 1.346.931 processos com o tema saÃºde. Conforme o mesmo CNJ, o pleito por medicamentos teve aumento de 1.300% em sete anos[2].

Percebe-se que hÃ¡, pois, um crescimento significativo nos dias atuais do nÃºmero de aÃ§Ãµes que tÃªm o tema da saÃºde. Segundo informaÃ§Ãµes do CNJ, havia, em 2010, cerca de 240 mil aÃ§Ãµes que tinham como objeto tal direito. AtÃ© o fim de 2016, tramitavam 1.346.931 aÃ§Ãµes que envolvem o direito Ã saÃºde.

Somente a UniÃ£o Federal gasta com demandas judiciais nessa Ã¡rea o montante de R\$ 3,9 bilhÃµes, o que equivale a um aumento de 727% de 2010 a 2016.

AlÃ©m do pleito de fornecimento de tratamento, cirurgia, leitos, tambÃ©m hÃ¡ o pleito de medicamento, que Ã©, inclusive, o objeto da maioria das aÃ§Ãµes envolvendo o direito Ã saÃºde, cujo aumento foi de 1.300% em sete anos[3].

O CNJ, ciente de tal crescimento, aprovou resoluÃ§Ãµes, portarias e recomendaÃ§Ãµes, nas quais orienta os TRFs e TJs a criarem vara especializadas em Direito de SaÃºde, criaÃ§Ã£o do Comitê Estadual da SaÃºde, criaÃ§Ã£o do FÃ³rum Nacional de JustiÃ§a para monitoramento e resoluÃ§Ã£o das demandas de assistÃªncia Ã saÃºde, dentre outros.

A criaÃ§Ã£o de tais fÃ³runs e comitês Ã© de suma importÃ¢ncia, pois o Direito da SaÃºde e o Biodireito sÃ£o Ã¡reas pouco discutidas nos Ã¢mbitos universitÃ¡rios e atÃ© com pouca oferta no Ã¢mbito profissional, motivo pelo qual a criaÃ§Ã£o dos citados comitês e fÃ³runs foi um grande passo para o Poder JudiciÃ¡rio, pois tais searas sÃ£o repletas de questÃµes divergentes e polêmicas.

Uma das polêmicas que envolvem o direito Ã saÃºde pÃºblica Ã© em relaÃ§Ã£o Ã dÃºvida da competÃªncia para fornecer o medicamento, tratamento, prÃ³tese e Ã³rteses pleiteados judicialmente. Se seria ela do municÃ­pio, do estado ou da UniÃ£o.

No Direito Constitucional brasileiro, notadamente a partir da Carta Magna de 1988, pode se afirmar, sem receio de equÃ­voco, que a saÃºde Ã© considerado um direito fundamental.

A ConstituiÃ§Ã£o Federal, a seu tempo, garante os princÃ­pios da primazia do direito Ã saÃºde atÃ© como

pressuposto para o livre exercício do próprio direito à vida. É o que afirmam os artigos 6 e 196 da CF/88 [4].

Assim, a respeito do direito à saúde no âmbito do Judiciário, os tribunais têm entendido que é dever do Estado, em seu sentido mais amplo, promover, proteger e recuperar a saúde de seu cidadão, custeando o tratamento que se revelar necessário, por meio da terapêutica eficiente em todas as modalidades.

Dessa forma, competiria ao Estado, no sentido *lato sensu*, ou seja, caberia à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios o resguardo dos direitos fundamentais relativos à saúde e à vida dos cidadãos, conforme o artigo 196, CF/88.

Destarte, o entendimento da solidariedade permite que o cidadão exija, em conjunto ou separadamente, o cumprimento da obrigação por qualquer dos entes públicos.

Contudo, a respeito dessa questão vale mencionar um aspecto importante. A Lei 8.080/90, que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde, traz uma divisão de atribuição na saúde entre os entes federados em seus artigos 15 ao 18 [5].

Além disso, o artigo 198, inciso I, da Constituição Federal, corroborando com essa descentralização da saúde da lei do SUS, estipula que os serviços de saúde serão prestados através de uma rede regionalizada e hierarquizada com descentralização de funções entre os entes federativos.

Há, no caso, um verdadeiro conflito de regras constitucionais. De um lado, a regra da solidariedade no fornecimento de saúde (artigo 196, CF/88), e de outro, a regra da descentralização do SUS (artigo 198, I, CF/88). Nessas situações em que há conflito de normas constitucionais, o magistrado deve se utilizar do princípio da concordância, aplicando as duas regras, com proporcionalidade, evitando o sacrifício total das duas disposições constitucionais. Assim afirma Alexandre de Moraes:

“quando houver conflito entre dois ou mais direitos e garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização de forma a coordenar ou combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios) sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua” [6].

O CNJ trouxe a resolução desse problema. O Enunciado 8 da I Jornada de Direito da Saúde e o Enunciado 60 da II Jornada de Direito da Saúde, ambas realizadas pelo citado conselho, ao meu ver, aplicam perfeitamente o princípio da concordância e da proporcionalidade no conflito de normas constitucionais, havendo uma harmonização entre as normas conflitantes, conforme se pode verificar dos enunciados abaixo transcritos:

“CNJ – I Jornada de Direito da Saúde – Enunciado nº 08 – Nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde *devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores*” [7].

“CNJ – II Jornada de Direito da Saúde – Enunciado nº 60 – 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].

Esse tema ainda vai ser muito debatido pelos juízes de primeiro grau e pelas turmas recursais ou tribunais de Justiça do estado, mas já se considera um grande avanço a possível mudança de entendimento, principalmente porque o CNJ é composto essencialmente de ministros do próprio STF.

Outro tema muito debatido nos comitês e fóruns de saúde é sobre a utilização da chamada Medicina Baseada em Evidência (MBE) nas ações que envolvem o direito à saúde. Entende-se como saúde baseada em evidência o seguinte:

"[...], saúde baseada em evidências (SBE) é definida como o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica. Portanto, ela pode ser definida como saúde baseada na redução da incerteza.[...] Portanto, a saúde baseada em evidências consiste em tentar melhorar a qualidade da informação na qual se baseiam as decisões em cuidados de saúde. Ela ajuda o médico a evitar 'sobrecarga de informação e, ao mesmo tempo, a encontrar e aplicar a informação mais útil"[9].

A MBE constitui o uso consciente de estudos médicos-científicos, que pode ser reprodutível e comprovado.

Ou seja, para o deferimento de qualquer tratamento, incluindo os medicamentosos, faz-se mister, inicialmente, ter evidências da efetividade, da eficácia, da eficiência e segurança do remédio. É a forma de averiguar se a conduta médica está em conformidade com os estudos científicos.

A Resolução CNJ 238, de 6 de setembro de 2016, concede, em seu artigo 1º, parágrafo 1º, atribuição aos comitês estaduais de saúde para a criação de núcleos de apoio técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituídos de profissionais de saúde, para auxiliar o magistrado através de laudo consubstanciado na MBE[10].

O uso da MBE também é tratada no Enunciado 59 da II Jornada da Saúde do CNJ, afirmando que as decisões judiciais devem se embasar nela[11].

Assim, a MBE deve ser adotada pelos magistrados, pois ela é uma forma estratégica de o Poder Judiciário tomar decisões mais acertadas possível quanto à coercitividade do fornecimento pelo SUS do tratamento de determinada doença.

Já falando de outro tema, paira também muita dúvida se o Poder Judiciário poderia obrigar o poder público a fornecer medicamentos que estejam fora do protocolo do SUS. Em relação a isso, o Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 1.657.156, fixou três requisitos básicos para seu deferimento: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.



Vale apenas ilustrar que, quanto ao primeiro requisito estipulado pelo aresto acima, tal entendimento, inclusive, foi corroborado pelo Enunciado 16 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ[12].

Assim, pela leitura da jurisprudência elencada, temos ser plenamente possível o deferimento de liminar para obrigar que os entes federados forneçam medicamentos, mesmo que eles estejam fora do protocolo do SUS, contanto que haja o preenchimento dos requisitos estipulados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mas ainda há uma questão muito divergente sobre o tema, no caso, a exigência do registro do medicamento na Anvisa. Veja que o STJ colocou como requisito para a concessão do pleito de medicamento o registro do mesmo na agência.

Ou seja, entende-se que o direito à saúde não será plenamente concretizado sem que o Estado cumpra a obrigação de assegurar a qualidade das drogas distribuídas aos indivíduos mediante rigoroso crivo científico.

O CNJ definiu, ainda, em sua Recomendação 31/10, enviada aos tribunais de Justiça e aos tribunais regionais federais o pedido que seja evitado o fornecimento de medicamento não registrado na Anvisa ou em fase experimental[13].

Além dessa recomendação, o CNJ aprovou na I Jornada de Direito da Saúde o Enunciado 6, que estipula que as determinações judiciais devem evitar fornecimento de medicação não registrada na Anvisa. Também há vedação na Lei 8.080/90, em seu artigo 19-T.

Ou seja, percebe-se que a vedação do fornecimento de medicamento não registrado está bem balizada, tanto pela jurisprudência do STJ como pelos enunciados e recomendações do CNJ.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça, em 2016, no julgamento do REsp 1.621.854/2016, já deferiu o fornecimento de medicação não registrada na Anvisa, em total discrepância com tudo aquilo que já foi exposto.

Esse tema ainda é muito controvertido nos tribunais, sendo que, ao meu ver, a decisão mais acertada, no que pertine ao fornecimento de medicação sem registro pela Anvisa, é pelo seu deferimento. Ora, estamos diante de um conflito de regras: de um lado está a segurança do medicamento, e do outro lado o direito à vida, devendo, por óbvio, este prevalecer. Contudo, penso eu que cabe à parte comprovar, através da Medicina Baseada em Evidência, a efetividade do medicamento para sua moléstia.

Por fim, o importante é perceber que o Direito Médico, o Biodireito e o Direito da Saúde Pública é algo muito novo no âmbito dos tribunais havendo, ainda, muita disparidade de entendimento. Todavia, a criação dos comitês e fóruns do direito da saúde pelo Conselho Nacional de Justiça já foi um grande passo para o crescimento e entendimento de tais áreas do Direito, que são de extrema importância, nos dias atuais, em decorrência do crescimento exponencial da judicialização da saúde.

[1] PORTAL TERRA. Com 3 ações de erro médico por hora, Brasil vê crescer polêmico mercado de seguros. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/economia/com-3-acoes-de-erro-medico-por-hora-brasil-ve-crescer-polemico-mercado-deseguros,9fdad0c4f3c50f8879877620609e29147975npb9.html>>



>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[2] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Judicialização da saúde: iniciativas do CNJ são destacadas em seminário no STJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86891-judicializacao-da-saude-iniciativas-do-cnj-sao-destacadas-em-seminario-no-stj>>. Acesso em 8 de janeiro de 2019.

[3] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ e Ministério da Saúde firmam acordo para criação de banco de dados. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83208-cnj-e-ministerio-da-saude-firmam-acordo-para-criacao-de-banco-de-dados>>. Acesso em 8 de janeiro de 2019.

[4] BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[5] BRASIL. Lei n° 8.080, de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[6] MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

[7] I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE – PORTAL CNJ. Disponível em: <

<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[8] II JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE: A JUSTIÇA FAZ BEM À SAÚDE. Disponível em:<

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>

>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[9] BOSI, Paula Lima. **Saúde baseada em evidências**. Disponível em <

http://disciplinas.nucleoad.com.br/mwginternal/de5fs23hu73ds/progress?id=6gAPPzRtfRi1_vSVOJ2jzUy

>. Acesso em 8 de janeiro de 2019.

[10] BRASIL. Resolução n° 238, de 06 de setembro de 2016, do Conselho Nacional de Justiça.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3191>>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[11] Enunciados da II Jornada de Direito da Saúde do CNJ. Disponível em: <

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>

>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[12] Enunciados da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ. Disponível em: <

http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAU

>. Acesso em: 8 de janeiro de 2019.

[13] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação n° 31, de 30 de março de 2010.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=877>> Acesso em: 8 de janeiro de 2019.