

**AÇÕES DE SAÚDE CONTRA O PODER PÚBLICO:
ENSAIO DE UM ROTEIRO DECISÓRIO.**

*Legal health issues filed against the government:
essay of a decision guide.*

Francisco Glauber Pessoa Alves

Juiz Federal Presidente da Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio
Grande do Norte

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP)
Membro do Instituto Potiguar de Processo Civil (IPPC)

RESUMO: O presente trabalho busca estabelecer padrões mínimos de enfrentamento das questões legais da saúde movidas contra o Poder Público no direito brasileiro. Para tanto, utilizamos fontes de informação aprimoradas, visando propiciar decisões mais técnicas e específicas. Usamos um ponto de vista que utiliza pesquisas e informações médicas, além da questão jurídica. Também é defendido que o juiz considere o aspecto macro, especialmente as opções de políticas públicas legitimamente feitas pelo administrador. Ao final, é apresentado um roteiro decisório.

Palavras-chave: Questões legais de saúde. Poder Público. Brasil. Padrões mínimos decisórios.

ABSTRACT: This paper seeks to establish minimum standards of coping with legal health issues filed against the government in brazilian law. For this purpose, we use the improved information sources, in order to provide more technical and specific decisions. We bring a point of view that uses researches and informations medical, beyond the legal issue. It is also

argued that the judge consider the macro aspect, especially the legitimate choices of public policy legitimately made by the administrator. At the end, it presents a decision-making guide.

Keywords: Legal health issues. Public government. Brazil. Decision-making minimum standards.

I. INTRODUÇÃO.

Há uma aparente desuniformidade quanto às decisões que envolvem saúde e a extensão da responsabilidade pública, ora pendendo para a fundamentação estritamente dogmática e genérica (e, portanto, teórica), ora para uma melhor aquilatação de dados fáticos diversos que possam influenciar o direito aplicável à espécie. O campo cinzento entre a negativa geral (menos comum) e a concessão geral (mais presente) é, basicamente, o que configura níveis de *desconforto decisório*.

De fato, é usual a referência simples ao direito constitucional à saúde como fórmula de resolução de lides de tal jaez. Mais do que uma deficiência na fundamentação decisória, de resto ofensiva à Constituição Federal (art. 93, IX¹), essa peculiaridade parece indicar outro problema, mais agudo: a própria formação do julgador para enfrentar demandas tão específicas.

Não se descarta do drama ao qual são submetidos os magistrados ao decidirem tal matéria. O princípio da inafastabilidade jurisdicional (art. 5º, XXXV² da Constituição Federal – CF) permite, no direito brasileiro, acentuada presença do Judiciário na resolução dessas demandas que, na origem, derivam de um problema, sobretudo, da função executiva.

Surge, portanto, um complexo contexto multidisciplinar muitas vezes tangenciado – até mesmo por força das circunstâncias – pelo juiz, com componentes diversos que merecem abordagem. O *primeiro componente* é o *carecimento*, por parte do julgador, da visão do administrador. As políticas

1 “Art. 93.
(...)

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

2 “Art. 5º.
(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

públicas – da qual a saúde é apenas uma delas – são traçadas a partir de demandas político-sociais, opções discricionárias e orçamentos finitos. Informações e assessoramento específicos orientam os administradores na formulação dessas políticas. Muitos são profissionais, com anos de experiências. O direcionamento de esforços, programas e recursos (estes também sujeitos à aprovação orçamentária pelos poderes legislativos de cada ente federativo) é feito sob esta ótica, de forma a garantir universalidade e igualdade de atendimento. Há, então, uma visão macrossistêmica que é desconhecida – diria até mesmo indiferente – ao magistrado nas contendas individuais que lhe são postas. Ao determinar, no varejo, políticas públicas, o julgador finda por influir profundamente na realização, por atacado, das mesmas políticas públicas, influenciando profundamente numa atividade que é gerencial e ontologicamente executiva.

Um *segundo componente* é a questão técnica propriamente dita. A formação médica e a base científica são exigências muito presentes e peculiares. Opiniões diferenciadas, indicações calcadas em posições individuais com ou sem lastro em estudos científicos, singelo empirismo e situações quejandas, tudo isso é algo que acentua, em muito, a dificuldade nesses assuntos. Por vezes, nem mesmo a posição do perito médico permite resolver o caso concreto num nível de cientificidade suficiente. Embora respeitada a posição médica individual, há toda uma malha de estudos e especialistas em medicina e áreas afins nos centros de pesquisa que, no essencial, propiciam prescrições e protocolos clínicos mais experimentados, gabaritados e acertados do que indicações individuais de tratamentos, medicamentos, procedimentos etc.

O *terceiro e talvez o mais importante componente do problema* é de natureza humana: o peso, sob os ombros do julgador, de negar um tratamento específico a alguém sob risco de morte. É quase um xeque-mate. A negativa de uma decisão, liminar ou definitiva, pode importar na perda do direito autoral à vida – quando menos a uma situação de saúde mais confortável. É o que se chama de “escolha trágica”. Dito dessa forma simples, parece não haver muita dúvida a um leigo quanto ao direito infinito à saúde. Porém, juízes devem decidir dentro do universo de princípios jurídicos, muitas vezes mal compreendidos ou antipáticos a opiniões alheias à profissão, e não por conforto psicológico.

A acentuada ineficácia do Sistema Único de Saúde (SUS) reflete-se cada vez mais na ampliação do número de ações que discutem fornecimento de tratamentos, procedimentos e medicamentos na esfera judicial. Esse crescente volume de demandas judiciais de saúde associado à ausência de parâmetros decisórios mais seguros deram ensejo, inclusive, à iniciativa do CNJ no sentido de traçar padrões de enfrentamento dos problemas surgidos, englobáveis no chamado *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*. Ali asseverou-se:

A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009). Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde.

O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 40 de 25 de março de 2014) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo. (2016, acesso eletrônico).

Essa postura importantíssima do CNJ deu-se a partir de importante precedente do STF (Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), no qual foram realizadas audiências públicas diversas. Ocorreram, então, a *I e a II Jornadas de Direito da Saúde*, onde assuntos pertinentes foram discutidos e Enunciados aprovados. Essa base mínima de conhecimentos, hauridos pela interação do Judiciário com a classe médica e científica, bem como com gestores públicos, produziu um manancial de conhecimento a subsidiar

maior grau de certeza no que se refere a boa parte das demandas. A partir dessa iniciativa, uma jurisprudência mais sensível e aperfeiçoada começou a ser produzida. Também uma gestão pública mais atenta aos efeitos da judicialização da saúde foi inevitável, posto que a partir dela os orçamentos tiveram de ser planejados e executados a partir. Acima de tudo, a intensificação de embasamentos técnicos junto aos argumentos jurídicos alargou-se.

Nossa atuação judicante junto à Turma Recursal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte trouxe-nos uma razoável magnitude das muitas dificuldades, a partir de problemas isolados e/ou comuns aos três entes federativos. Um sistema público de saúde ineficiente finda por refletir na atuação do Judiciário. Tais problemas de gestão pública da saúde, a afetarem, em maior ou menor intensidade, todo o país, conduziram-nos a uma maior intimidade com o assunto.

Este ensaio é uma tentativa de demonstração de que já é possível falar-se em *standards* decisórios para parcela significativa das pretensões. Nele, rapidamente, exporemos uma base teórica para, em sequência, avançarmos propriamente na proposta: um roteiro mínimo fiável para julgamento das demandas de saúde. Há limitações de espaço e de exemplificações do cotidiano forense, donde assinalamos, de logo, que aqui apresentamos uma partida e não uma chegada. Também por ensejar uma abordagem específica, não trataremos aqui das questões atinentes à saúde suplementar, que envolvem planos de saúde privados. Ao cabo, apresentaremos nossas conclusões.

II. PREMISSAS DOUTRINÁRIAS.

Há previsão constitucional do direito à saúde, sendo claro o art. 196: *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.* Assim, temos liames de: a) atuação visando redução do risco de doença e agravos outros; b) acesso universal; c) igualdade de acesso dos serviços.

Não sendo de teorização a proposta deste ensaio, mas, ao reverso, de tons pragmáticos, cumpre registrar as linhas regenciais sobre o assunto.

Considerando que muito dessa teoria já vem sendo estudada há anos³, crucial estabelecer uma ligação sua com os problemas concretos. Já havíamos enfrentado um pouco do assunto em obra anterior (2013, 97-105).

O atual problema da implementação de políticas públicas pelo Judiciário está umbilicalmente ligado ao dogma do princípio mor da nossa Constituição Republicana: o da tripartição de funções (art. 2º). A ele objetiva-se o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, igualmente na *Lex Mater*)⁴. Ou seja, contrapõem-se dois princípios constitucionalmente assegurados. O que fazer?

A resposta vem da doutrina de Alexy, para quem a conflitância entre um princípio não torna o outro nulo⁵. E a preponderância do princípio da inafastabilidade dar-se-á, sempre de forma comedida, na proporção em que a Administração não esteja cumprindo a contento sua função. Não haverá e nem muito menos será desejável um Judiciário que simplesmente, em exercício de megalomania, arvore-se para si o direito/dever de administrar, inclusive observando-se juízos de conveniência e oportunidade que se difíceis ao administrador, à frente propriamente dita da máquina burocrática, muito mais serão ao julgador, que não é normalmente vocacionado a isso, como vem comprovando a história.

Os problemas orçamentários são tão presentes que essencialmente informam a chamada “reserva do possível” ao lado da razoabilidade, que devem necessariamente estar presentes e serem sopesadas pelo julgador, sob pena de arbítrio judicial. Essa a tese acolhida no seio do STF⁶. Por “reserva

3 Para uma visão mais alargada, vide, por exemplo: Alexy (2008, passim); Barroso (s.d., passim); Canotilho (1999, passim); Costa, S. (2013, p. 345-370); Duarte (2011, passim); Dworkin (1999, passim); Grinover (2011, p. 125-150); Ramos (2012, passim); Sadek (2013, 305-312); Sarlet (2009, passim); Sunstein e Holmes, 2004, passim; Valle (2009, p 21). Mais recentemente: Araújo (2015, p. 59-66); Caldo (2015, p. 507-523); Ferreira Filho (2015, p. 67-81); Kim (2015, p. 165-187); Maldonado (2015, p. 189-212); Melo Filho e Duarte Neto (2015, p. 131-141); Tesheiner e Thamay (2015, p. 129-143); .

4 “Nesse passo, vê-se a discricionariedade como um terreno relativamente interdito à atuação judicial. Em outras palavras, o mérito dos atos que concretizam (ou não concretizam) políticas públicas é suscetível de controle judicial, excepcionalmente. As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Mencionam-se as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade” (COSTA, F., 2005, p. 40-53).

5 Alexy (2008, passim). Consultar, ainda, Canotilho (1999, p. 1086 e ss).

6 “EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS,

do possível” há de se entender, essencialmente, razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira (contexto ignorado, muitas vezes, nas decisões judiciais).

O STF tem dado bastante amplitude à defesa do direito à saúde, sob os mais diversificados contextos: a) ao reconhecer ao Judiciário o poder de determinar o fornecimento de tratamento de saúde⁷ e medicação⁸ quando o executivo não o forneça adequadamente; b) ao assentar a solidariedade entre os entes federativos para tanto⁹; c) ao viabilizar o bloqueio de verbas

QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)” (STF, ADPF 45, rel. Min. Celso de Mello, monocrática, DJ 29.04.2004).

- 7 “EMENTA Embargos de declaração no agravo de instrumento. Recebimento como agravo regimental, conforme a jurisprudência da Corte sobre o tema. Fornecimento de medicamento. Fármaco que não consta dos registros da Anvisa, mas que foi receitado ao paciente. Inclusão, ainda, na lista de medicamentos excepcionais que devem ser fornecidos pelo Estado do Rio Grande do Sul. Obrigatoriedade do fornecimento. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte pacificou o entendimento de que o implemento do direito à saúde impõe ao Estado o fornecimento dos meios necessários ao tratamento médico dos necessitados. 2. A controvérsia instaurada nos autos difere substancialmente da matéria em discussão no RE nº 657.718/MG-RG, não havendo que se falar, portanto, no sobrestamento do processo enquanto se aguarda a conclusão daquele julgamento. 3. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento” (STF, 1ª. T., AI 824946 ED/RS, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 17/09/2013).
- 8 “EMENTA: PACIENTE PORTADORA DE DOENÇA ONCOLÓGICA – NEOPLASIA MALIGNA DE BAÇO – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO E À PRESERVAÇÃO DA SAÚDE DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (STF, 2ª. T., RE 716777 AgR/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJe 16/05/2013).
- 9 “EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que

públicas quando o Estado se negar a fornecer medicamentos¹⁰; d) ao confortar a judicialização do direito à saúde¹¹.

Essa evolução jurisprudencial é a marca de um Judiciário que procura revisitar os valores constitucionais de modo a adequá-los à realidade atual, em compasso com a nossa Constituição Federal. Esse padrão não é seguido, por exemplo, pelo tribunal constitucional português¹², o que demonstra o caráter dinâmico do STF e do direito brasileiro.

Daí que, por mais nobre que seja a intenção, *a disponibilidade financeira é algo que sempre há de associar-se à razoabilidade da pretensão trazida a juízo*, sem o quê ter-se-á uma decisão deslegitimada à luz dos princípios constitucionais diversos que necessitam ser sopesados. Em tempos onde cada vez mais as Constituições assumem relevo como norte básico dos

lastrearam a decisão agravada, mormente no que se refere à reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido” (STF, 1ª. T., RE 626382 AgR/RS, rel. Min. Rosa Weber, DJe 11/09/2013).

- 10 “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTOS. FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I - O acórdão recorrido decidiu a questão dos autos com base na legislação processual que visa assegurar o cumprimento das decisões judiciais. Inadmissibilidade do RE, porquanto a ofensa à Constituição, se existente, seria indireta. II - A disciplina do art. 100 da CF cuida do regime especial dos precatórios, tendo aplicação somente nas hipóteses de execução de sentença condenatória, o que não é o caso dos autos. Inaplicável o dispositivo constitucional, não se verifica a apontada violação à Constituição Federal. III - Possibilidade de bloqueio de valores a fim de assegurar o fornecimento gratuito de medicamentos em favor de pessoas hipossuficientes. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido” (STF, 1ª. T., AI 553712 AgR/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 05/06/2009).

“EMENTA: 1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de verbas públicas. Direito à saúde. Jurisprudência assentada. Art. 100, caput e parágrafo 2º da Constituição Federal. Inaplicabilidade. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar o agravante a pagar multa ao agravado” (STF, 2ª. T., AI 597182 AgR/RS, rel. Min. Cezar Peluso, DJ 06/11/2006, p. 42).

- 11 “EMENTA: Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, Pleno, SL 47 AgR/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 30.04.2010).

- 12 Canotilho (1999, p. 1086 e ss).

ordenamentos jurídicos, desenvolveu-se uma hermenêutica peculiar ao direito constitucional, a chamada *hermenêutica constitucional*:

Justifica-se, ainda, a existência de uma hermenêutica constitucional pela presença da denominada jurisdição constitucional, determinada a aplicar, a fazer valer a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que da hermenêutica jurídica merece destaque aquela dedicada à questão constitucional. (TAVARES, 2013, p. 180).

Muito a propósito, já se ressaltava:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da Constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie. (BARROSO, 2003, p. 151).

Ou ainda a pena autorizada de Canotilho:

A investigação do conteúdo semântico das normas constitucionais implica uma operação de determinação (= operação de densificação, operação de mediação semântica) particularmente difícil no direito constitucional. Em primeiro lugar, os elementos linguísticos das normas constitucionais são, muitas vezes, polissêmicos ou plurissignificativos (exs.: os conceitos de Estado, povo, lei, trabalho, têm vários sentidos na Constituição). (1999, p. 1142.).

A interpretação constitucional deve levar em conta também alguns princípios próprios, dada a magnitude do seu valor na ordem jurídica. Dentre outros importantes, temos os princípios da *máxima efetividade* (impõe que seja atribuída à norma constitucional a maior eficácia possível) e também da *concordância prática* (impõe a coordenação e combinação dos

bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros), conforme (CANOTILHO, 1999, p. 1148-1151).

A atividade mais complexa é não só fazer o juízo de ponderação entre os direitos fundamentais diversos, mas, sim, como concretizar o direito fundamental prestigiado. Daí o nascedouro do chamado ativismo judicial, bem delineado:

(...) a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menores rígidos os que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público. (BARROSO, s.d., acesso eletrônico).

Feito esse resgate, vale destacar, inclusive, que à luz da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (novo Código de Processo Civil), há uma clara exigência de melhor fundamentação no que tange aos conflitos entre princípios constitucionais¹³. Temperam Nery Jr. e Nery (2015, p. 1156) que a

13 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
§ 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

norma contida no § 2º do art. 489 do Código de Processo Civil incipiente respeita *exclusivamente* aos direitos fundamentais e entre princípios constitucionais. Destacam os autores que a hermenêutica jurídica clássica ainda aplica-se às normas jurídicas em geral, ou seja, *aos casos que não envolvam direitos fundamentais e princípios constitucionais*. É certo que em um modelo de Constituição analítica¹⁴ ou prolixa como é o brasileiro, uma diversidade de direitos e princípios encontram-se constitucionalizados, o que parece propiciar uma atividade decisória extremamente atada à hermenêutica constitucional desde a base jurisdicional (primeira instância) até as derradeiras cortes de julgamento. Há, conforme a doutrina constitucional, um modelo expansivo¹⁵.

Nessa linha, bem discutida essa hermenêutica no direito constitucional, já houve sua incorporação na esfera da processualística, que defende postulados próprios para fundamentação dos princípios, como o da ponderação (AMARAL, 2015, p. 594; CUNHA, 2015, p. 1236). Assim, uma vez existentes conflitos normativos ou mesmo algo mais profundo, o conflito entre princípios constitucionais, toca ao julgador fundamentar a decisão, esclarecendo claramente o conflito e porque aplica ou deixa de aplicar determinada norma ao caso concreto.

Porém, o que é mais difícil sindicarmos concretamente nas demandas de saúde não é tanto o aspecto jurídico (ninguém há de negar a ninguém o direito à saúde, numa esfera mais simplista), *mas o aspecto multidisciplinar e macro*. Por exemplo, a concessão de tutelas judiciais pode inviabilizar

§ 3º. A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”.

14 “As Constituições analíticas, também chamadas prolixas, extensas, inchadas, amplas, minuciosas, detalhistas ou desenvolvidas, acabam extrapolando, descendo a certas minúcias, contemplando grande número de regras jurídicas. É o caso da Constituição brasileira de 1988 e da Constituição da Índia, de 1950, com mais de 400 artigos.

Esta última espécie tem sido seguida pela maior parte dos países. As razões apontadas para o surgimento da Constituição analítica são: a indiferença, que se tem transformado em desconfiança, quanto ao legislador ordinário; a estatura de certos direitos subjetivos, que estão a merecer proteção juridicamente diferenciada; a imposição de certos deveres, especialmente aos governantes, evitando-se o desvio de poder e a arbitrariedade; a necessidade de que certos institutos sejam perenes, garantindo, assim, um sentimento de segurança jurídica decorrente de rigidez constitucional” (TAVARES, 2013, p. 173).

15 “A Constituição de 1988 inscreve-se no grupo das Constituições expansivas, distanciando-se da brevidade que caracterizou a Constituição Republicana de 24 de fevereiro de 1891. Causas numerosas, explicam o crescimento, nem sempre razoável da matéria constitucional, com sacrifício de sua limitação aos domínios clássicos da organização dos Poderes do Estado e da Declaração dos Direitos e Garantias Individuais” (HORTA, 2003, p. 207).

orçamentos públicos pensados e aprovados para garantir um mínimo a todos – afinal, o máximo a um pode prejudicar o mínimo de alguns. Curial observar que, numa senda de finitude de recursos públicos, não há direito universal ao melhor tratamento de saúde possível. *Há, evidente, um direito a um tratamento razoavelmente eficaz, mas não ao mais eficaz, porque nenhum sistema público de saúde propicia isso no mundo e o Brasil, ainda com longo caminho a percorrer em termos de desenvolvimento, não se pode dar a esse luxo.*

Não faltam dados a subsidiarem a crescente destinação de recursos orçamentários para atender às decisões judiciais. Conforme matéria publicada no jornal Folha de São Paulo (2014, acesso eletrônico), o Estado de São Paulo atendia 39.150 (trinta e nove mil cento e cinquenta) demandas judiciais de saúde. O gasto em 2013 foi de R\$ 904,8 milhões, mais que o dobro do valor desembolsado em 2010. Entre 2009 e 2012 houve alta de 25% nas ações contra a União, de 10.486 (dez mil quatrocentos e oitenta e seis) para 13.051 (treze mil e cinquenta e um), com gastos saltando de R\$ 95 milhões para R\$ 355,9 milhões. Não é pouco. Na mesma matéria, entrevistados de diversas áreas levantaram pontos importantes sobre o assunto: a) dois terços das ações judiciais contra o SUS no Estado de São Paulo para aquisição de remédios são iniciadas por pessoas com convênios médicos ou que frequentam clínicas particulares, conforme levantamento da Secretaria Estadual de Saúde; b) a judicialização da saúde acarreta o direcionamento de recursos da população mais pobre para beneficiar quem tem mais recursos, conforme destacaram o então Ministro da Saúde, Arthur Chioro, e o Secretário Estadual de Saúde, David Uip; c) as ações se concentram nas áreas ricas e em tratamentos de alto custo (conforme dados da Escola de Saúde Pública de Harvard, EUA); d) por vezes, há fornecimento de tratamentos discutíveis (*off label*) e onerosos do ponto de vista médico-científico (Secretário Estadual de Saúde, David Uip); e) o efeito ambíguo de pressão para os planos de saúde e o SUS expandirem as coberturas, mas também para que a indústria force a entrada de remédios e procedimentos, com ou sem efetividade comprovada, consoante indicado por Lygia Bahia, professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro. O texto ressaltou a importância da criação de Câmaras Técnicas (sobre o que voltaremos a tratar mais adiante) com profissionais da saúde, do Ministério Público e do Judiciário para avaliação com base em evidências científicas.

Algo similar aconteceu no Rio de Janeiro, onde, segundo o site do Tribunal de Justiça (2015, acesso eletrônico), houve o aumento da procura da Justiça para resolver essa questão. Em 2007, foram 12.208 (doze mil duzentos e oito) casos, enquanto em 2014 foram registrados 29.970 (vinte e nove mil novecentos e setenta) processos, o que levou o governo do Estado a criar estrutura própria dentro da Secretaria de Estado de Saúde (SES) para melhor atender essa demanda, buscando mais agilidade e otimização de recursos. Somente em 2014, a estrutura criada pelo Rio de Janeiro para as demandas de judicialização da saúde custou aos cofres públicos R\$ 71 milhões, atendendo cerca de 39 (trinta e nove) mil pessoas. O valor correspondeu a 1,5% do orçamento da saúde no Estado, de R\$ 4,5 bilhões. Para se ter uma ideia, para manter uma Unidade de Pronto Atendimento (UPA), o governo fluminense gasta R\$ 21 milhões para atender 120 (cento e vinte) mil pacientes ao ano.

Evidente que a questão econômica tem de ser avaliada concretamente e não a partir de alegações genéricas e despidas de prova relevante. E tanto maior a dificuldade para a análise dessa questão orçamentária quanto mais expressivo o ente federativo, havendo o ônus da prova quanto à inviabilidade. Basta trazer duas constatações simples à reflexão: a) diferente dos Estados e Municípios, as ordens de sequestro via eletrônica não atingem (= são ineficazes, portanto) a União, pela peculiaridade como ela movimenta seus recursos, de onde aqueles dois primeiros entes é que sofrem mais diretamente as consequências das decisões judiciais; b) possuindo os Estados e Municípios menos recursos, têm o planejamento universal e efetividade de sua saúde pública mais afetados. O julgador não pode ser insensível a isso: muitas vezes, autorizar um tratamento em uma ação pode prejudicar diretamente outras várias pessoas que precisem do mesmo ou de outros tratamentos, mas não trouxeram sua demanda à análise. Retornamos, aqui, à dificuldade da visão macro desta grande equação. Determinar internamento imediato numa UTI pública, por exemplo, pode significar para o administrador hospitalar negar atendimento a um outro paciente de maior urgência, cuja única culpa foi não ter judicializado, por uma ou outra razão, sua dificuldade. E aqui, em matéria de saúde, não parece justo invocar a parêmia de que o direito não socorre quem dorme. Talvez seja imediatamente reconfortante à consciência, mas,

muitas vezes pode não ser juridicamente adequado. Simples assim, de onde a solução jurisdicional há de ser mais complexa.

Também não se olvida de uma deficiência acerca da inteireza, pelos magistrados, sobre todos os pormenores. Em estudo levado a cabo pelo CNJ intitulado *Judicialização da Saúde no Brasil* (2015, acesso eletrônico), em seis Tribunais de Justiça, nos anos de 2013 e 2014, detectou-se em comum nas ações: a) foco curativo (e não preventivo) das demandas, evidenciando-se uma dimensão parcial das ações e serviços que devem ser prestados pelo Poder Público; b) predominância da litigância individual, a desafiar o próprio Judiciário e a gestão em saúde; c) *tendência de deferimento final e na antecipação de tutela*; d) pouca menção à Audiência Pública do STF realizada em 2009 e às balizas ali discutidas; e) pouca menção ao CNJ e suas Recomendações, principalmente as de números 31¹⁶ e 36¹⁷, que sugerem estratégias de como os juízes devem lidar com a judicialização da saúde pública e suplementar; f) pouca referência ao Fórum Nacional e aos Comitês Estaduais; g) tendência de utilização dos Núcleos de Apoio Técnicos somente nas Capitais.

Tais dados apontam a premência de atualização dos currículos jurídicos e das escolas de formação de magistrados, a subsidiarem as atuações destes. De fato, não é incomum o apontamento dessa realidade:

O atual controle jurisdicional coletivo das políticas públicas tem sido realizado de forma imprópria por parte da magistratura. A judicialização tem se operado principalmente por meio de ações individuais, nas quais o juiz – lastreando-se em um petrificante processo positivista – não analisa a política pública como um todo, mas apenas a microrrealidade que lhe é apresentada no caso concreto e seu enquadramento na lei. Em razão disso, em muitas das ocasiões o processo é visto sob o tradicional viés individualista, no qual o magistrado soluciona a violação ao direito de um único indivíduo, e não de toda a coletividade. (CALDO, 2015, p. 513).

16 “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”.

17 “Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar”.

Bem verdade que as ações do CNJ vêm se constituindo em notável diferencial positivo: as discussões estão existindo, os assuntos se tornando conhecidos, os parâmetros tratados e aprovados etc. Temos aqui, então, o nó górdio: direito à saúde *versus* reserva do possível (dicotomizada entre razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira). Não há solução fácil, muito menos estamos aqui imbuídos de dar uma resposta pronta e acabada. Temos, claro, uma posição do que nos parece mais acertado. É inegável o direito do cidadão à assistência estatal direcionada à proteção da saúde, em face do insculpido no art. 196, caput, da Constituição de 1988, sendo que o sistema único de saúde será financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, com solidariedade da obrigação e legitimação passiva de qualquer dos entes federativos (STF, Pleno, RE 855.178/PE, rel. Min. Luiz Fux, DJe-178 16/03/2015, em regime de repercussão geral, reafirmando jurisprudência anterior no mesmo sentido), sem cogitar-se, com isso, de litisconsórcio necessário. *Não há, porém, direito absoluto à saúde, donde se cotejar princípios constitucionais igualmente importantes (tripartição de funções, finitude de recursos, prévia dotação orçamentária, isonomia, dentre outros), num juízo de colisão (aparente ou não) entre direitos fundamentais que será aferido pelo julgador no caso concreto.* A calibração entre a realização de políticas públicas sob compelimento judicial e a reserva do possível é equação sem resposta absoluta. Isso, aliás, que foi destacado pelo STF, em julgamento bastante importante:

“Não obstante, esse direito público subjetivo é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, *não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde*, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde” (trecho do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, no STF, na STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, DJe-076 30/04/2010, destaques nossos).

Com base nisso, indicaremos um pilar jurídico e prático dessa problematização judicialmente posta: a oferta de igualdade de tratamento e recursos a todos.

III. PREMISSAS LEGAIS E FONTES DE INFORMAÇÃO RELEVANTES.

Deve ser referida a legislação mais importante sobre saúde e Poder Público. A Lei n. 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Basicamente, ela institui o SUS, sendo regulamentada pelo Decreto n. 7.508/2011. Há, ainda, a Lei n. 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Por fim, a Lei Complementar n. 141/2011 regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde, bem como estabelecer os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo.

Cabe frisar que já existem satisfatórias fontes de informações para orientar os magistrados na análise das questões de saúde. Por meio do link específico (<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>), o CNJ propicia acesso aos *Documentos* relevantes, onde se contém atos normativos do CNJ, recomendações, análises técnicas, manuais de bases técnicas, Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), Lista de Medicamentos Comercializados no Brasil, Lista de Medicamentos Oncológicos, Ata de Instalação do Fórum, Discursos, Estatísticas e Roteiro de Demandas por Órtese, Prótese e Material Específico.

No link do CNJ, há, ainda, descrição e acesso à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), criada pela Lei n. 12.401/2011, órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura do Ministério da Saúde, que assessora este nas atribuições de incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. Ali

é possível consultar propostas de incorporação, tecnologias em avaliação, consultas públicas, decisões (positivas e negativas) sobre incorporação (realizadas pelo CONITEC), enquetes e Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASE). São observados critérios técnicos em tais decisões, com parâmetros bem definidos (art. 19-Q), com um representante do Conselho Nacional de Saúde e um especialista indicado pelo Conselho Federal de Medicina. O relatório do CONITEC deverá levar em consideração, *necessariamente*: I) as *evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança* do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso; II) *a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos* em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Destaca-se, também no site do CNJ, a composição do Comitê Executivo Nacional do Fórum, as iniciativas dos Comitês Estaduais, os Eventos pertinentes, Quantidade de demandas nos tribunais, I e II Jornada de Direito da Saúde (inclusive enunciados).

Por fim, há, ainda no site do CNJ, instrumentos importantíssimos para os julgadores: Notas Técnicas e Respostas Rápidas dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs). Os dados ali constantes são do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde do Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Minas Gerais, podendo-se consultar ocorrências por nome do medicamento e por patologia. Esta fonte de consulta é instrumento importantíssimo de trabalho e converge ao Enunciado n. 31 do *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde* (Recomenda-se ao Juiz a obtenção de informações do Núcleo de Apoio Técnico ou Câmara Técnica e, na sua ausência, de outros serviços de atendimento especializado, tais como instituições universitárias, associações profissionais etc). Os NATs devem ser multidisciplinares (médicos, professores universitários, farmacêuticos, químicos etc) e interinstitucionais (União, Estados, Municípios, autarquias), de forma a dar posições mais legitimadas e abalizadas aos magistrados, conforme Enunciado n. 17 do citado fórum [Na composição dos Núcleos de Assessoramento Técnico (NATs) será franqueada a participação de profissionais dos Serviços de Saúde dos Municípios].

Também existem outras fontes válidas de informação. O Ministério da Saúde, via Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, por meio do *Portal da Saúde* (<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/conjur#>), publiciza notas técnicas, pareceres e outros dados sobre a judicialização da saúde. Também ali constam o projeto *Saúde baseada em evidências* (<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/periodicos>), cujo objetivo é fornecer acesso rápido ao conhecimento científico por meio de publicações atuais e sistematicamente revisadas. As informações, providas de evidências científicas, são utilizadas para apoiar a prática clínica, como também a tomada de decisão para a gestão em saúde e qualificação do cuidado, auxiliando assim os profissionais da saúde. Também relevantes a *Sala de Apoio à Gestão Estratégica*, conhecida por SAGE (<http://sage.saude.gov.br/>), que apresenta redes de apoio e programas do SUS.

Igualmente disponível na rede virtual a Cartilha UNIMED/Centro Cochrane do Brasil (<http://www.unimedfesp.coop.br/caju/index.html>), cujo objetivo é contribuir para a tomada de decisão nas instâncias jurídicas, no que se refere às questões ligadas à assistência médica, tendo a Federação das Unimeds do Estado de São Paulo (Fesp) criado o Comitê de Apoio ao Judiciário (Caju), formado por um grupo de pessoas que representam a área médica e o Poder Judiciário. Com esse trabalho, foram determinados os principais problemas que geram liminares de atendimento médico no Sistema Unimed e cada tema foi pesquisado nas melhores práticas da *Medicina Baseada em Evidências*. Como resultado, foi produzida a *Cartilha de Apoio Médico e Científico ao Judiciário*, reunindo textos simplificados e claros sobre as melhores evidências e condutas médicas a serem tomadas em diversos temas importantes. A ideia é oferecer ao magistrado um material que o auxilie com informações científicas isentas e da mais alta qualidade. O trabalho, iniciado em abril de 2009, foi desenvolvido em parceria com o *Centro Cochrane do Brasil*, uma entidade internacional de renome em *Medicina Baseada em Evidências*.

Outras unidades da federação também criaram seus Núcleos de Assessoria Técnica, como o Estado do Rio de Janeiro em parceria com o Tribunal de Justiça dali, ainda em 2009 (2015, acesso eletrônico), os Tribunais de Justiça da Paraíba (2013, acesso eletrônico), Pernambuco

(2015, acesso eletrônico), Rio Grande do Norte (2015, acesso eletrônico) e São Paulo (2015, acesso eletrônico), dentre vários outros.

IV. PREMISSAS PROCEDIMENTAIS E JURISDICIONAIS.

A inicial em demandas de saúde deve comportar subsídios específicos para a melhor instrução de causas tão sensíveis. Assim, pode-se exigir: a) juntada do prontuário médico¹⁸; b) prova da omissão administrativa quanto à assistência buscada¹⁹; c) questionário do médico que acompanha a parte autora prescrevendo a necessidade do tratamento²⁰; d) prova mínima descritiva da inefetividade do medicamento, produto ou tratamento fornecido pelo SUS²¹; e) prova de que o medicamento, produto ou tratamento buscado são registrados na ANVISA ou de que não são *off label* ou experimentais²²; f) prova da evidência científica da prestação de saúde buscada e não oferecido pelo SUS²³.

18 “Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico” (Enunciado n. 49 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

19 “Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária” (Enunciado n. 03 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

20 “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” (Enunciado n. 15 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

“Nas ações que envolvam pedido de assistência à Saúde, é recomendável à parte autora apresentar questionário respondido por seu médico para subsidiar o deferimento de liminar, bem como para ser utilizado na instrução probatória do processo, podendo-se fazer uso dos questionários disponibilizados pelo CNJ, pelo Juízo processante, pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público ou pela OAB, sem prejuízo do receituário competente” (Enunciado n. 19 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

21 “A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que 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), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)” (Enunciado n. 12 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

“Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde” (Enunciado n. 14 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

22 “Deve-se evitar o processamento, pelos juizados, dos processos nos quais se requer medicamentos não registrados pela Anvisa, *off label* e experimentais, ou ainda internação compulsória, quando, pela complexidade do assunto, o respectivo julgamento depender de dilação probatória incompatível com o rito do juizado” (Enunciado n. 5 do Fórum Nacional do

O perigo da demora, nos casos de liminar, demanda a caracterização efetiva da urgência/emergência, com relatório médico circunstanciado²⁴. Sempre que possível, deve ser precedida de oitiva do gestor do SUS²⁵ e de manifestação do Núcleo de Assessoramento Técnico²⁶. Deve haver diferenciação entre a *urgência real*, a demandar imediato atendimento, e *urgência aparente*, aquela fruto da descrição simplista de que a doença da parte se agravará se não for tratada – o que nada diz, por ser a lógica da biologia humana. Nessa linha, a divisão entre procedimentos que são meramente eletivos e os que demandam atuação imediata. Os relatórios médicos, assim, devem ser adequadamente confeccionados e interpretados, de onde advém o cuidado na redação do Enunciado n. 51 do *Fórum do Judiciário para a Saúde* (já referido retro, em nota de rodapé): “(...) com expressa menção do quadro clínico de risco imediato”.

De clareza solar que, à míngua de previsão legal expressa, alguns desses documentos não podem ser tidos como indispensáveis à propositura

Judiciário para a Saúde).

“A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei” (Enunciado n. 6 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

“As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais” (Enunciado n. 9 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

“Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso off label” (Enunciado n. 50 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

“As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências” (Enunciado n. 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

23 “Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS” (Enunciado n. 16 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

24 “Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato” (Enunciado n. 51 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

25 “Nas ações de saúde, que pleiteiam do poder público o fornecimento de medicamentos, produtos ou tratamentos, recomenda-se, sempre que possível, a prévia oitiva do gestor do Sistema Único de Saúde (SUS), com vistas a, inclusive, identificar solicitação prévia do requerente à Administração, competência do ente federado e alternativas terapêuticas” (Enunciado n. 13 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

26 “Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS” (Enunciado n. 18 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

da ação, a ensejar o indeferimento da inicial (arts. 320²⁷ e 321²⁸ do Código de Processo Civil – CPC). Porém, a ausência da prova mínima quanto à situação fática enseja o indeferimento da liminar e até mesmo, eventualmente, a improcedência do pedido, dentro da teoria geral da prova, observando-se, inclusive, o ônus dinâmico (art. 373²⁹ do CPC).

Vale registrar, ainda na cognição judicial, provisória ou definitiva, a consulta prévia acerca da eventual submissão da questão médica ao CONITEC, a considerar uma pertinência da incorporação ou não ao SUS por aquele órgão como subsídio ao julgamento³⁰. O magistrado poderá, ainda, subsidiariamente, exigir declaração de ausência de conflito de interesse ao médico prescriptor³¹. Essa última recomendação é particularmente relevante porque não é incomum a prescrição de tratamentos ou medicamentos específicos, sem indicação *fundamentada*, pelo médico particular, do componente químico (ao invés do nome do medicamento) ou do porquê da

27 “Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação”.

28 “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.
Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

29 “Art. 373. O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

30 “Em processo judicial no qual se pleiteia o fornecimento de medicamento, produto ou procedimento, é recomendável verificar se a questão foi apreciada pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – CONITEC” (Enunciado n. 57 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

31 “Quando houver prescrição de medicamento, produto, órteses, próteses ou procedimentos que não constem em lista (RENAME/RENASES) ou protocolo do SUS, recomenda-se a notificação judicial do médico prescriptor, para que preste esclarecimentos sobre a pertinência e necessidade da prescrição, bem como para firmar declaração de eventual conflito de interesse” (Enunciado n. 58 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

opção mais cara³², como em casos de órteses e próteses³³, já tendo surgido, sobre isso, inclusive, notícias de conluíus indevidos entre fabricantes e médicos, onde estes recebiam comissões de 20% a 50% para que utilizassem próteses de determinadas empresas no tratamento de pacientes (Folha de São Paulo, 2015, acesso eletrônico). Não só isso, com as comissões irregulares a vendedores, médicos e hospitais, a diferença entre o preço inicial e final dos produtos pode ser “(...) 8,7 vezes maior – caso de uma prótese de joelho, por exemplo. Ou seja: de R\$ 2.096, o valor sobe para R\$ 18.362” (Folha de São Paulo, 2015, acesso eletrônico).

O julgador não pode ser ingênuo: há forte lobby de fabricantes e laboratórios farmacêuticos junto a médicos para prescrição de seus medicamentos e produtos. Essas relações eticamente discutíveis existem e não podem ser ignoradas, donde a importância de instrução mínima (manifestação do NAT, oitiva do gestor do SUS e nomeação de perito judicial) a sindicar e confirmar necessidades especiais (fármacos, tratamentos, procedimentos, suplementos) e mais custosas prescritas pelo médico particular da parte.

Importante destacar, com responsabilidade, mas não sem sensibilidade, o tema das internações em UTI. Não é razoável desconsiderar que (I) pode não haver vagas suficientes nas UTIs públicas, (II) que pode não haver recursos para custeio de UTIs particulares e, por fim, (III) que estas podem não estar dispostas a aceitar pacientes com pagamento futuro e incerto ou podem, também, estar lotadas. Em muitas circunstâncias, anteriormente à apreciação da medida liminar, a consulta, pela Secretaria da unidade jurisdicional, pode conseguir uma vaga diretamente, de maneira informal, junto às Centrais de Regulação de Internações e de Urgências³⁴⁻³⁵,

32 “As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências” (Enunciado n. 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

33 “Nas decisões liminares para o fornecimento de órteses, próteses e materiais especiais – OPME, o juiz deve exigir a descrição técnica e não a marca específica e/ou o fornecedor, em consonância com o rol de procedimentos e eventos em saúde vigentes na ANS e na Resolução n. 1956/2010 do CFM, bem como a lista de verificação prévia sugerida pelo CNJ” (Enunciado n. 28 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

34 “Art. 9º - O Complexo Regulador é a estrutura que operacionaliza as ações da regulação do acesso, podendo ter abrangência e estrutura pactuadas entre gestores, conforme os seguintes modelos:

I - Complexo Regulador Estadual: gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e a referência interestadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Estado.

numa atividade mediadora/conciliadora. Tais centrais são normatizadas e visam justamente a estruturar o funcionamento e estabelecimento de critérios para ingresso na assistência de saúde. Essa rotina simples pode ajudar muito o magistrado e, até mesmo, acarretar a carência de ação por perda de interesse processual. Não custa frisar, e magistrado algum pode ignorar disso: sem maior cuidado, *é possível que a concessão do direito à UTI para um autor de ação possa importar na perda do direito ao leito de UTI (e conseqüente risco de morte) por utente de saúde que estava na vez, numa prioridade médica maior. Aliás, isso foi bem destacado, obter dictum, pelo STF (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Façamos uma rápida transcrição, dada a relevância e o fato do assunto haver sido cogitado na maior instância do Judiciário nacional:*

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente e relator)
– Eu aproveito para observar que, quanto à observação do Ministro Celso de Mello, nós já tivemos casos, não nos tempos mais recentes,

II - Complexo Regulador Regional:

a) gestão e gerência da Secretaria de Estado da Saúde, regulando o acesso às unidades de saúde sob gestão estadual e intermediando o acesso da população referenciada às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito da região, e a referência interregional, no âmbito do Estado;

b) gestão e gerência compartilhada entre a Secretaria de Estado da Saúde e as Secretarias Municipais de Saúde que compõem a região, regulando o acesso da população própria e referenciada às unidades de saúde sob gestão estadual e municipal, no âmbito da região, e a referência inter-regional, no âmbito do Estado; e

III - Complexo Regulador Municipal: gestão e gerência da Secretaria Municipal de Saúde, regulando o acesso da população própria às unidades de saúde sob gestão municipal, no âmbito do Município, e garantindo o acesso da população referenciada, conforme pactuação.

§ 1º O Complexo Regulador será organizado em:

I - Central de Regulação de Consultas e Exames: regula o acesso a todos os procedimentos ambulatoriais, incluindo terapias e cirurgias ambulatoriais;

II - Central de Regulação de Internações Hospitalares: regula o acesso aos leitos e aos procedimentos hospitalares eletivos e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência; e

III - Central de Regulação de Urgências: regula o atendimento pré-hospitalar de urgência e, conforme organização local, o acesso aos leitos hospitalares de urgência.

§ 2º A Central Estadual de Regulação da Alta Complexidade - CERAC será integrada às centrais de regulação de consultas e exames e internações hospitalares.

§ 3º A operacionalização do Complexo Regulador será realizada em conformidade com o disposto no Volume 6 da Série Pactos pela Saúde: Diretrizes para a Implantação de Complexos Reguladores, acessível na íntegra na Biblioteca Virtual em Saúde do Ministério da Saúde: <http://www.saude.gov.br/bvs>” (Portaria n. 1.559/2008 do Ministério da Saúde).

35 “As ações judiciais para as transferências hospitalares devem ser precedidas de cadastro do paciente no serviço de regulação de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou do Estado” (Enunciado n. 46 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

em que juízes decidiam, por exemplo, que alguém deveria ter o direito a uma vaga na UTI.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE – *Os médicos são obrigados a decidir quem vai morrer, porque vão ter que tirar alguém da UTI.*

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente e relator) – Esse tipo de decisão acabava por envolver a escolha da definição dos destinos das pessoas, porque estava a decidir se alguma pessoa deveria ser retirada da UTI, ou também a chamada fila do transplante; não é o caso do que se cuida aqui” (destaques nossos).

Assim, em última *ratio*, determinar internação em UTI do autor de uma ação pode significar, reflexamente, a desinternação de algum paciente que ali esteja. De forma mais clara: *a decisão positiva pode importar diretamente na perda da vida de alguém inocente e completamente alheio ao processo judicial.*

Outrossim, deve ser destacado, conforme art. 12 da Lei n. 6.360/76, quanto ao fornecimento de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos, que nenhum desses produtos, mesmo os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

O tema é importante quando se tem em mente a existência de produtos estrangeiros com eficácia reconhecida por órgãos competentes de outros países (como a *Food and Drug Administration - FDA*, dos Estados Unidos da América) ou estudos e pesquisas realizadas igualmente em outros países, sem correspondência no Brasil, levados a cabo por reconhecidas instituições internacionais. Existe, inclusive, conforme site internacional da FDA, *Declaração de Cooperação* entre aquele órgão e a ANVISA, com os seguintes objetos:

- A. Explorar o desenvolvimento de procedimentos específicos para o intercâmbio de informações regulatórias e de saúde pública para propósitos rotineiros e/ou emergenciais;
- B. Identificação de esforços de pesquisa e estudos para dar suporte à base científica para exigências regulatórias e ações que sejam de interesse mútuo;

- C. Considerar o intercâmbio de informações resultante de inspeções ou investigações, em progresso ou concluídas, que sejam conduzidas pelos Participantes quando suas inspeções ou investigações se relacionarem a riscos associados ao produto;
- D. Exploração de sinergias, até onde possível, em que o envolvimento dos Participantes pode ajudar a guiar e facilitar as oportunidades para o aumento da capacidade/fortalecimento de sistemas e realização de padrões científicos harmonizados de mútuo interesse e benefício aos Participantes; e
- E. Colaboração para aumentar o entendimento e base(s) de conhecimento sobre os sistemas regulatórios de cada Participante e, sempre que possível, explorar oportunidades para aproveitar os respectivos recursos para ajudar a expandir a rede de segurança para os produtos que os Participantes regulamentam. (2012, acesso eletrônico).

É evidente que órgãos como a FDA e centros de saber notoriamente respeitados (como universidades de países desenvolvidos) utilizam-se de padrões internacionais de análise, classificação e transparência. Numa vista mais rápida, em tese, podem servir a casos surgidos no Brasil e aqui ainda não tratados. Basta dizermos que o Brasil atravessa uma onda de nascimento de crianças com microcefalia (cérebro com má formação), provavelmente relacionada ao vírus *Zika*, cujo vetor de transmissão é o mosquito *Aedes Aegypti*, que tem sido estudada em outros centros internacionais a fim de evitar uma epidemia mundial.

Apesar disso, persiste a vedação legal, sendo o registro na ANVISA *conditio sine qua non* para o fornecimento de tais produtos, de onde, não havendo azo, a não ser em um juízo de interpretação flexibilizadora do preceito citado, à *prestação jurisdicional positiva*. A decisão que ignore essa sábia e existente vedação legal, há de ter em mente o julgador, pode trazer riscos à saúde do postulante, custos acima do razoável para o orçamento público e duvidosa eficácia. Ainda assim, não é incomum ouvir notícias de decisões em tal sentido, que vem sendo reformadas, de longa data, nas instâncias superiores³⁶. Outra alternativa, que refoge a esse trabalho, é o

36 “ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994. TRATAMENTO DE RETINOSE PIGMENTAR EM CUBA. 1. O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado

compelimento da ANVISA a autorizar a importação de medicamento não registrado, com base na Lei n. 9.782/99, cuja possibilidade foi apontada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010).

Seguindo, e como adiantado, nossa proposta é modesta: dar um *standard* decisório razoável de enfrentamento técnico e jurídico das demandas de saúde contra o Poder Público (as demandas de saúde suplementar comportam uma abordagem específica em outro momento, como já adiantado). Assim, parece razoável supor quadrantes alvos de demandas judiciais: a) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes regularmente incluído(s) na política de saúde do SUS; b) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não incluído(s) na política de saúde do SUS, conquanto reconhecido pelos meios científicos de saúde competentes no Brasil (como a listagem da ANVISA); c) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não incluído(s) na política de saúde do SUS, sem suficiente/provável reconhecimento pelos meios científicos competentes no Brasil e estrangeiro; d) ausência de fornecimento de medicamento/produto/tratamento/nutrientes não previsto(s) na política de saúde do SUS, com reconhecimento exclusivamente pelos meios científicos estrangeiros.

Nulla quaestio quanto à omissão em decidir quanto ao item “a”, destinatário de uma tutela jurisdicional positiva porque não há conflito de princípios constitucionais: o direito à saúde e a reserva do possível estão conjugados no próprio reconhecimento estatal, via órgãos executivos competentes, da eficácia, pertinência e obrigatoriedade quanto à prestação

nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243.

2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial” (STJ, 1ª T., EEEARE 1.028.835, rel. Min. Luiz Fux, DJE 02.03.2010).

“ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994.

1. A Primeira Seção desta Corte, no MS n. 8.895/DF, julgado em 22.10.2003, considerou legítima a Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, que vedou o financiamento de tratamento médico no exterior pelo SUS.

2. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, 1ª T., RESP 844.291, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 31.08.2006, p. 281).

terapêutica buscada – e cuja ausência enseja a intervenção jurisdicional. Isso se aplica, inclusive, quanto à questão dos leitos de UTI, na medida em que o tratamento de urgência é algo que não pode ser negado³⁷. Se o ente público não puder prestá-lo diretamente, deverá arcar com o custeio em instituição particular específica³⁸, observando-se os cuidados já referidos sobre

37 “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AUMENTO DE LEITOS EM UNIDADE DE TERAPIA INTENSIVA – UTI. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE NÃO SE CONFIGURA SUBSTITUTIVA DE PRERROGATIVA DO PODER EXECUTIVO. DETERMINAÇÃO DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA EXISTENTE. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (STF, 2ª. T., ARE 740800 AgR/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe-244 12/12/2013).

38 “EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – CUSTEIO, PELO ESTADO, DE SERVIÇOS HOSPITALARES PRESTADOS POR INSTITUIÇÕES PRIVADAS EM BENEFÍCIO DE PACIENTES DO SUS ATENDIDOS PELO SAMU NOS CASOS DE URGÊNCIA E DE INEXISTÊNCIA DE LEITOS NA REDE PÚBLICA – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DE PROTEÇÃO À VIDA RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AOS ESTADOS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL. 2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOCTRINA – PRECEDENTES. 3. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS PESSOAS POLÍTICAS QUE INTEGRAM O ESTADO FEDERAL

pacientes com maior necessidade, limitação de leitos e Centrais de Regulação de Internação e de Urgências.

No entanto, algumas ponderações devem ser feitas. A concessão judicial que envolva medicamento, produto ou procedimento já previsto no SUS ou em Protocolos Clínicos de Diretrizes Terapêuticas (PCDT) deverá determinar a inclusão do demandante em serviço ou programa do SUS já existente, para acompanhamento e controle clínico³⁹. Da mesma forma, ao se cuidar de prestação continuativa, onde a exigibilidade do relatório médico periódico a justificar a sequência do tratamento deve ser viabilizada⁴⁰, inclusive, no caso do câncer, com inclusão e acompanhamento junto a uma unidade específica do SUS⁴¹. Importante frisar que, nada obstante legitimados à causa todos os entes federativos, conforme assentado pelo STF, pode haver o direcionamento do cumprimento da medida judicial para um ou mais deles apenas⁴², de forma a conferir efetividade à execução.

BRASILEIRO, NO CONTEXTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) – COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS (UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS) EM TEMA DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE PÚBLICA E/OU INDIVIDUAL (CF, ART. 23, II). DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL QUE, AO INSTITUIR O DEVER ESTATAL DE DESENVOLVER AÇÕES E DE PRESTAR SERVIÇOS DE SAÚDE, TORNA AS PESSOAS POLÍTICAS RESPONSÁVEIS SOLIDÁRIAS PELA CONCRETIZAÇÃO DE TAIS OBRIGAÇÕES JURÍDICAS, O QUE LHE CONFERE LEGITIMAÇÃO PASSIVA “AD CAUSAM” NAS DEMANDAS MOTIVADAS POR RECUSA DE ATENDIMENTO NO ÂMBITO DO SUS – CONSEQUENTE POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA AÇÃO CONTRA UM, ALGUNS OU TODOS OS ENTES ESTATAIS – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO” (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).

- 39 “Nos casos em que o pedido em ação judicial seja de medicamento, produto ou procedimento já previsto nas listas oficiais do SUS ou em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), recomenda-se que seja determinada pelo Poder Judiciário a inclusão do demandante em serviço ou programa já existentes no Sistema Único de Saúde (SUS), para fins de acompanhamento e controle clínico” (Enunciado n. 11 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).
- 40 “Concedidas medidas judiciais de prestação continuativa, em medida liminar ou definitiva, é necessária a renovação periódica do relatório médico, 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” (Enunciado n. 02 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).
- 41 “Sem prejuízo dos casos urgentes, visando respeitar as competências do SUS definidas em lei para o atendimento universal às demandas do setor de saúde, recomenda-se nas demandas contra o poder público nas quais se pleiteia dispensação de medicamentos ou tratamentos para o câncer, caso atendidos por médicos particulares, que os juízes determinem a inclusão no cadastro, o acompanhamento e o tratamento junto a uma unidade CACON/UNACON” (Enunciado n. 07 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).
- 42 “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” (Enunciado n. 60 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde).

Problemas mais sensíveis são os dos itens “b” a “d”. Por exemplo, a discricionariedade do órgão competente (CONITEC) em não incluir determinado produto ou tratamento na política pública do SUS. Razões de ordem financeira (elevado custo), técnica (entendimento de insuficiente embasamento científico) ou outras, próprias do mérito administrativo, podem informar a não inclusão no SUS. E isso é inerente à função executiva⁴³ e ao Estado Democrático de Direito⁴⁴. Todavia, parece muito racional dizer que *algum tratamento público minimamente eficaz deve ser oferecido*, sem o quê alternativas terapêuticas cientificamente comprovadas e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências) podem ser concedidas judicialmente, como forma de implementação do direito à saúde constitucionalmente assegurado. Aliás, essa linha sensata é sacralizada no Enunciado n. 61 do *Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde*:

Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são elementos organizadores da prestação farmacêutica, de insumos e de procedimentos, e não limitadores. Assim, no caso concreto, quando todas as alternativas terapêuticas previstas no respectivo PCDT já tiverem sido esgotadas ou forem inviáveis ao quadro clínico do paciente usuário do SUS, pelo princípio do art. 198, II, da CF, pode ser determinado judicialmente o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, do fármaco, insumo ou procedimento não protocolizado.

43 “Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem ‘escolhas trágicas’ pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc” (trecho do voto do relator, Min. Gilmar Mendes, no STF, na STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, DJe-076 30/04/2010).

44 “O Poder Executivo é um dos órgãos políticos do Estado, que tem por competência institucional a condução das atividades de Estado, Governo e Administração Pública. Enquanto órgão que exerce a chefia de Estado, representa internacionalmente a soberania estatal; enquanto órgão de chefia de Governo, dirige a vida política nacional, executando as políticas públicas adotadas pela Constituição e pelas leis; e enquanto órgão de chefia da Administração presta os serviços públicos necessários para atender as necessidades coletivas” (CUNHA JR, 2013, p. 1042).

Temas relevantes pendem de julgamento em repercussão geral no STF acerca da saúde pública, como é o caso dos limites da competência do Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde (STF, Pleno, RE 684.612/RJ, rel. Min. Carmem Lúcia, DJe-109 06/06/2014). Também nessa circunstância estão os assuntos mais importantes de todos, seja na formulação de políticas públicas, seja nas decisões judiciais, a saber: a) a controvérsia acerca da obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer *medicamento não registrado na ANVISA* (STF, Pleno, RE 657.718/MG, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-093 11/05/2012); b) a controvérsia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer *medicamento de alto custo* (STF, Pleno, RE 566.471/RN, rel. Min. Marco Aurélio, DJe-157 07/12/2007). Até aqui, porém, aquele Colegiado vem seguindo, em linhas gerais, o que se decidiu no seguinte precedente, já referido antes:

“EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento” (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010).

Esse precedente destaca-se por ter sido proferido posteriormente às Audiências Públicas, havidas em 28, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009, tendo, inclusive, ensejado o início do programa do CNJ *Fórum do Judiciário para a Saúde*, já referido. A partir da análise dos votos diversos, destacando-se a preponderância do relator (com ampla menção à

doutrina e às informações hauridas na audiência pública), Min. Gilmar Mendes, então presidente do STF, pode-se destacar:

- 1) *não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário* para a proteção, promoção e recuperação da saúde, embora haja um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde;
- 2) *a prestação individual da saúde estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do SUS*, a ser demonstrado e fundamentado de forma clara;
- 3) a observância de um *viés programático ao direito à saúde*, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradica;
- 4) *há de ser considerada a proibição do art. 12 da Lei n. 6.360/76* (industrialização, exposição à venda e consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos antes de registrado no Ministério da Saúde), com alguma abertura por conta da viabilidade excepcional de autorização de importação, pela ANVISA, de medicamento não registrado (com base na Lei n. 9.782/99);
- 5) em geral, *deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente*, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade de política de saúde existente;
- 6) medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, *comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso*;
- 7) o Estado não pode ser condenado a fornecer *tratamentos experimentais*;
- 8) *a ausência de tratamento clínico por não estar inserido em Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas*, por si só, *não afasta a sindicabilidade jurisdicional*, sendo essenciais, no entanto audiência e instrução probatória.

Considerando ser o STF um tribunal de direito e não de fato, apenas por exceção os casos concretos são enfrentados com maior vagueza. Ainda assim, vários julgados têm se referido ao precedente acima como linha de argumentação (e.g.: STF, STA 761 AgR/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe-101 29.05.2015; STF, 2ª. T., ARE 876.459/RN, rel. Min. Gilmar

Mendes, DJe-081 04/05/2015; STF, 1ª. T., RE 848.086/RN, rel. Min. Roberto Barroso, DJe-122 24/06/2015; STF, 1ª. T., ARE 799.136/RS, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-161 21/08/2014).

No campo infraconstitucional, considerando a existência de vários tribunais e turmas recursais no país, no âmbito federal e estadual, que processam causas de saúde contra o Poder Público, é que surge maior riqueza de casos judicialmente postos e soluções apresentadas⁴⁵. As decisões, via de regra, caminham pela tez pró-prestação, sem análise aprofundada da reserva do possível. Centremo-nos numa rápida análise.

Num rápido apanhado pelo site do CJF (www.cjf.jus.br), no link *Jurisprudência Unificada* dos cinco TRFs, pudemos colher, por exemplo, do TRF-1 e TRF-3 julgados sem maiores considerações à reserva do possível (TRF-1, 5ª. T., AC 00703590920114013400, rel. Des. Fed. Néviton Guedes, e-DJF1 28/01/2016; TRF-3, 6ª. T., AC 00088598120124036105, rel. Des. Fed. Consuelo Yoshida, e-DJF3 08/05/2015).

Não conseguimos detectar, no site do CJF, julgados de mérito do TRF-4 para os indexadores que utilizamos nos outros TRFs com resultados satisfatórios (“medicamento + registro + ANVISA”, “medicamento + ANVISA”, “fármaco + ANVISA”). Por outro lado, contrariamente, posições que enfrentam mais particularmente a questão do registro do medicamento da ANVISA e da eficácia da alternativa buscada fora do SUS são do TRF-2 e do TRF-5, este, como regra, entendendo importante o registro na ANVISA (TRF-2, 7ª. T. Especializada, AC 201051020025042, rel. Des. Fed. Jose Antonio Lisboa Neiva, E-DJF2R 26/10/2012; TRF-5, 4ª. T., APELREEX 08005206220144058308, rel. Des. Fed. Edílson Nobre).

No âmbito dos Tribunais de Justiça, por exemplo, o de São Paulo, revendo posições anteriores, tem negado o fornecimento de famoso produto não registrado na ANVISA (TJSP, 3ª. Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2006774-56.2016.8.26.0000, rel. Des. José Luiz Gavião de Almeida, d.j. 16.02.2016). Porém, o mesmo tribunal, em outro órgão fracionário, na mesma data, prestigiou o direito à saúde sem maiores ponderações quanto à questão orçamentária (TJSP, 13ª. Câmara de Direito

45 Daí não vemos razão a Maldonado, ao registrar não ser possível invocar-se, como óbice às tutelas jurisdicionais positivas, o princípio da reserva do possível (2015, p. 199). A partir da visão macrossistêmica é que devem ser considerada a pertinência ou não de seu acolhimento.

Público, Apelação n. 0005105-39.2013.8.26.0248, rel. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, d.j. 17.02.2016).

Igualmente, julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro minoram o impacto econômico das prestações positivas (TJRJ, 11ª Câmara Cível, Apelação n. 0042624-79.2012.8.19.0021, rel. Des. Alcides da Fonseca Neto, data de publicação 29/01/2016; TJRJ, 19ª Câmara Cível, Apelação/Reexame Necessário n. 0027922-22.2014.8.19.0066, rel. Des. Ferdinando do Nascimento, data de publicação 01/02/2016).

Importa destacar julgado sobre o fornecimento de medicamento de alto custo proferido pelo, STJ, órgão uniformizador do direito federal:

“Ementa: ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO NA ANVISA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual se objetiva o fornecimento à impetrante de medicamento importado sem registro na Anvisa (substância química: Tetrabenazina; nomes comerciais: Nitoman, Xenazine ou Revocon).

2. O Tribunal de Justiça do Paraná, ao denegar a segurança, por maioria, externou o entendimento de que, "não sendo o medicamento postulado registrado na Anvisa, não é possível ao Estado do Paraná fornecer o referido medicamento a senhora impetrante. Nestas condições, voto para ser extinto o mandado de segurança sem julgamento do mérito porque ausente direito líquido e certo a ser tutelado" (fl. 139).

3. Não se observam a liquidez e a certeza do direito invocado pela impetrante nem a prática de ato ilegal ou de abuso de poder.

4. O fato de o medicamento pretendido não ter registro na Anvisa e, portanto, não poder ser comercializado no território nacional, denota que o alegado direito não é líquido nem certo para fins de impetração de mandado de segurança, porquanto o seu exercício depende de eventual autorização da Anvisa para que o medicamento seja importado e distribuído pelo Estado.

5. A entrada de medicamentos no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador

público responsável pelo fornecimento do medicamento em questão, razão pela qual não há falar que o seu não fornecimento caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder.

6. Recurso ordinário não provido” (STJ, 1ª. T., RMS 35.434/PR, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 09/02/2012).

Analisada a ótica sob a restrição cognitiva (ausência de instrução sobre exaurimento de opções terapêuticas do SUS e eficiência cientificamente comprovada, ainda que no exterior, do tratamento buscado), decidiu-se pela impossibilidade legal de importação de medicamento não listado pela ANVISA. Porém, há pelo menos um julgado da própria 1ª. Turma do STJ em sentido inverso, valendo registrar, porém, que proferido em sede de discussão de tutela antecipada (STJ, 1ª. T., AgRg no AgRg no AREsp 685750/PB, rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 09/11/2015).

Todavia, as considerações retro descritas já dão subsídios suficientes a fundamentos decisórios mais homogêneos.

V. ROTEIRO DECISÓRIO PROPOSTO.

Propomos, finalmente, decisões que podem ser resumidas ao seguinte, com excepcionalidades a depender do caso. A justificativa prática será dada conjuntamente. Nas situações de urgência e de eficácia comprovada apenas em outros países, excepcionalmente, apresentamos duas propostas decisórias, dadas as peculiaridades e iminência de risco de morte.

Propostas decisórias	Justificativas
<i>Solução decisória 1.1.</i> Não há direito à tutela jurisdicional positiva para antecipação de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes previstos no SUS, em desordem ao princípio da igualdade, ainda que sob alegação de urgência (inclusive internação em UTI), mormente por não se poder levar em conta as especificidades de outros usuários do sistema público de saúde, insindicáveis e imponderáveis na	A determinação judicial positiva em prol da parte autora, sem considerar outros usuários que, não tendo judicializado a questão, não terão suas razões e prioridades analisadas, poderá prejudicar a existência de razões de saúde suficientes destes últimos que mereçam igual ou maior proteção constitucional à saúde. A decisão, assim, pode beneficiar a um só, mas prejudicar vários, em detrimento da igualdade (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel.

<p>demanda individual.</p>	<p>Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Tal determinação judicial só poderá ser concedida nos termos do Enunciado n. 11 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citado), observando-se a filtragem pelo profissional médico competente quanto a outras urgências.</p>
<p><i>Solução decisória 1.2.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva para antecipação de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes previstos no SUS, sob alegação de urgência (inclusive internação em UTI), ainda que em desordem ao princípio da igualdade, cabendo à administração implementar a vaga ou custeá-la junto à rede privada.</p>	<p>Dada a magnitude do direito à saúde (art. 196 da CF), a igualdade e eventual preterição de outros usuários não podem ser obstáculo à prestação jurisdicional positiva, devendo ser concedida a ordem judicial de implementação imediata, seja na rede pública, seja na rede privada mediante custeio pelos entes federativos (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).</p>
<p><i>Solução decisória 2.</i> Não há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tidos por mais eficientes, quando o SUS já fornece tratamento eficiente o bastante.</p>	<p>Havendo eficiência da política do SUS, é desarrazoada prestação positiva, a desconsiderar a reserva do possível⁴⁶ (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados ns. 12 e n. 14 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados).</p>
<p><i>Solução decisória 3.</i> Não há direito à tutela jurisdicional positiva para</p>	<p>Não há direito à prestação jurisdicional positiva quando inexistente eficiência</p>

46 “Em se tratando de medicamentos e tratamentos não disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, o Supremo Tribunal Federal tem se posicionado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento/tratamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Nesse sentido, vale citar trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, na STA 175- AgR: “[...] em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.”

Ocorre que, segundo ficou consignado no Tribunal de origem, existe medicamento eficaz no âmbito do SUS para o tratamento da parte recorrente” (trecho destacado da decisão do Min. Luís Roberto Barroso no ARE 893.884/RN, DJe-171 01/09/2015).

<p>fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes <i>off label</i> ou experimentais.</p>	<p>comprovada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados n. 9, 14, 16, 50, 57, 58 e 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados). Art. 12 da Lei n. 6.360/76.</p>
<p><i>Solução decisória 4.1.</i> Não há direito à prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular, não contidos no SUS, não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e sem comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências).</p>	<p>Não há direito à prestação jurisdicional positiva quando inexistente eficiência comprovada (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Enunciados ns. 9, 14, 16, 50, 57, 58 e 59 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (já citados). Art. 12 da Lei n. 6.360/76.</p>
<p><i>Solução decisória 4.2.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular em situações de urgência, quando o SUS não ofereça nenhuma alternativa terapêutica, <i>excepcionalmente</i>, ainda que não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e sem comprovação de eficácia dentro do território nacional (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), desde que atendidos padrões internacionais de procedimentos e confiabilidade de igual ou superior rigidez quanto aos padrões brasileiros (como a FDA, dos EUA, por exemplo) e/ou instituições de pesquisa e saúde renomadas.</p>	<p>Dada a magnitude do direito à saúde (art. 196 da CF), a proibição do art. 12 da Lei n. 6.360/76 (industrialização, exposição à venda e consumo de medicamentos, drogas, insumos farmacêuticos e correlatos antes de registrado no Ministério da Saúde) pode ser relativizada, em <i>situações-limite</i>, de <i>urgência</i> e de <i>forma prudente e excepcional</i>, considerando que o direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas. Assim, pode haver tutela jurisdicional positiva, desde que calcando-se em instituições estrangeiras renomadas e observando-se padrões internacionais tão ou mais rígidos que os nacionais (<i>Food and Drug Administration</i>, dos Estados Unidos da América, e congêneres), bem como estudos e pesquisas realizadas em instituições de pesquisa internacionalmente reconhecidas. Tal decisão, há de ter em mente o julgador,</p>

	<p>pode trazer riscos à saúde do postulante, custos acima do razoável para o orçamento público e duvidosa eficácia.</p>
<p><i>Solução decisória 5.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tipos por mais eficientes nos casos de sua ausência nas instituições de saúde competentes, quando regularmente incluídas no SUS, não podendo a administração objetar dificuldades financeiras.</p>	<p>Não há conflito de princípios constitucionais. O direito à saúde e a reserva do possível estão conjugados no próprio reconhecimento estatal, via órgãos executivos competentes, da eficácia, pertinência e obrigatoriedade quanto à prestação (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010). Se o ente público não puder prestá-lo diretamente, deverá arcar com o custeio em instituição particular específica (STF, 2ª. T., ARE 727864 AgR/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe-223 13/11/2014).</p>
<p><i>Solução decisória 6.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva para fornecimento de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes diversos tipos por mais eficientes, reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e com comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando, embora existentes, as alternativas fornecidas pelo SUS resultarem ineficazes.</p>	<p>Uma vez esgotadas as alternativas fornecidas pelo SUS, o direito à saúde garante, sob pena do esvaziamento de sua eficácia, alternativas mais eficientes (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), desde que comprovada cientificamente a eficácia e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, listagem da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências). Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.</p>
<p><i>Solução decisória 7.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular, reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA) e com comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em</p>	<p>O direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas (STF, Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), observando-se a comprovação científica e dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, listagem da ANVISA e pautada</p>

<p>Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando o SUS não ofereça alternativa terapêutica alguma.</p>	<p>pela Medicina Baseada em Evidências). Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.</p>
<p><i>Solução decisória 8.</i> Há direito à tutela jurisdicional positiva nos casos de prescrição de procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes por médico particular em situações de urgência, <i>excepcionalmente</i>, ainda que não reconhecidos pelos meios públicos de saúde (como a listagem da ANVISA), desde que haja comprovação de eficácia dentro de padrões mínimos (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, da ANVISA e pautada pela Medicina Baseada em Evidências), quando o SUS não ofereça nenhuma alternativa terapêutica.</p>	<p>O direito à saúde demanda alternativa minimamente eficaz pelo SUS, sem a qual alternativas eficientes devem ser viabilizadas . Assim, ainda que a ANVISA não tenha listado procedimentos/tratamentos/medicamentos/nutrientes, em <i>situações-limite, de urgência, de forma prudente e excepcional</i>, observando-se a comprovação científica suficiente (normas da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa e pautada pela Medicina Baseada em Evidências) pode haver tutela jurisdicional positiva. Enunciado n. 61 do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde.</p>

VI. CONCLUSÃO.

Há grande desuniformidade nos critérios judiciais utilizados no tratamento das questões de saúde movidas contra o Poder Público.

A menção ao direito de saúde (art. 196 da CF), por si só, é fundamento que pouco ou nada satisfaz no universo de causas que envolvem a matéria.

Há pontos de tensão cada vez maiores na calibração de princípios importantes envolvidos, como o da tripartição de funções (art. 2º da CF) e da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, igualmente na *Lex Mater*), sendo o caso de um juízo de relevância.

Os problemas orçamentários são tão presentes que essencialmente informam a chamada “reserva do possível”, a serem sopesadas pelo julgador, sob pena de arbítrio judicial. Essa a tese acolhida no seio do STF.

Por “reserva do possível” há de se entender, essencialmente, razoabilidade da pretensão deduzida e existência de disponibilidade financeira.

O crescimento do número de demandas dessa ordem associado ao correlato incremento de verbas públicas destinadas ao cumprimento dessas decisões judiciais ensejam critérios mais seguros de fundamentação, calcando-se em argumentos técnico-científicos mais elaborados.

Há uma variedade muito grande de decisões, notadamente nos tribunais de apelação (regionais federais e estaduais). Entretanto, o STF e o CNJ já propiciam referências de julgamento deveras importantes para subsidiar os magistrados.

Assim, devem ser sopesadas sempre (i) as informações colhidas nas Audiências Públicas promovidas pelo STF (havidas em 28, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio do ano de 2009), (ii) os parâmetros postos na decisão-referência do STF (Pleno, STA 175 AgR/CE - Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe-076 30/04/2010), (iii) os enunciados do programa do CNJ *Fórum do Judiciário para a Saúde*, (iv) as informações técnicas pertinentes, principalmente a Medicina Baseada em Evidências (decisões do CONITEC, PCDT, Cartilha UNIMED, NATs).

Dessa forma, foram propostas soluções decisórias para os problemas mais comuns submetidos ao Judiciário.

BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. Direitos fundamentais e a reserva do possível em matéria de saúde nos 25 anos da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais Nordeste**. São Paulo: RT, n. 1, p. 97-104, set/out 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: RT, 2015.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. A ideia de separação de Poderes, a cláusula pétrea e as mudanças constitucionais a partir de 1988. **Cadernos**

jurídicos da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 59-66, abr/jun 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Disponível em: «<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>». Acesso em 22.02.2016.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 5^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

CALDO, Diego Santiago y. O ideal controle jurisdicional de políticas públicas e o novo Código de Processo Civil. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil.** São Paulo: Editora Síntese, n. 97, p. 507-523, set/dez 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 3^a ed., Coimbra: Almedina, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil.** Disponível em: «<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>». Acesso em 12.01.2016.

_____. **Fórum do Judiciário para a Saúde.** Disponível em: «<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>». Acesso em 12.01.2016.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. **A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil.** Revista do Conselho da Justiça Federal. Brasília: CJF, n. 28, p. 40-53, mar/2005.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial. Relação direito e processo. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (org.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (org.). **O processo em perspectiva.** São Paulo: RT, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, TERESA et al. **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil.** São Paulo: RT, 2015.

CUNHA JR., Dirley. **Curso de direito constitucional**. 7^a. ed., Salvador: JusPodivm, 2013.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: um contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação dos poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 67-81, abr/jun 2015.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Contra fraudes, Saúde criará normas para uso de próteses e órteses no SUS**. Edição de 07.07.2015. Disponível em: [«http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1652684-contrafraudes-saude-criara-normas-para-uso-de-protese-e-ortese-no-sus.shtml»](http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/07/1652684-contrafraudes-saude-criara-normas-para-uso-de-protese-e-ortese-no-sus.shtml). Acesso em 12.01.2016.

_____. **Judicialização na saúde faz desigualdade avançar, dizem especialistas**. Edição de 29.03.2014. Disponível em: [«http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml»](http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2014/03/1432517-judicializacao-na-saude-faz-desigualdade-avancar-dizem-especialistas.shtml). Acesso em 12.01.2016.

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **U.S. FDA – Brazil ANVISA, Declaração de Cooperação para Ampliar Atividades de Interesse Mútuo**. Disponível em: [«http://www.fda.gov/InternationalPrograms/Agreements/MemorandaofUnderstanding/ucm330170.htm»](http://www.fda.gov/InternationalPrograms/Agreements/MemorandaofUnderstanding/ucm330170.htm). Acesso em 15.02.2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional das políticas públicas. *In*: WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional das políticas públicas**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 4^a. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KIM, Ricardo Pae. Separação de poderes e as teorias interna e externa dos direitos fundamentais. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 165-187, abr/jun 2015.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. O Poder Judiciário e o princípio da reserva do possível. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 40, p. 189-212, abr/jun 2015.

MELO FILHO, Renato Soares; DUARTE NETO, José. Considerações epistêmicas sobre o controle judicial de políticas públicas. **Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 40, p. 131-141, abr/jun 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário, controle jurisdicional e políticas públicas. *In*: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (org.); MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro (org.). **O processo em perspectiva**. São Paulo: RT, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUNSTEIN, C. & HOLMES, S. **The Cost of Rights: why liberties depends on taxes**. New York: Macmilann, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11^a. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa; THAMAY, Rennan Faria Krüger. Ativismo judicial e judicialização da política: determinação judicial de políticas públicas: determinação judicial de políticas públicas. **Revista brasileira de direito processual**. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 92, p. 129-143, out/dez 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA. TJPB vai instalar em trinta dias a Câmara Técnica de Saúde para gerir demandas de tratamentos pelo SUS. Disponível em: «<http://www.tjpb.jus.br/tjpb-vai-instalar-em-trinta-dias-a-camara-tecnica-de-saude-para-gerir-demandas-de-tratamentos-do-sus/>». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. Parceria entre o TJPE e o Poder Executivo auxilia magistrados em ações judiciais relacionadas à saúde. Disponível em: «https://www.tjpe.jus.br/intranet/noticias_ascomSY/ver_noticia.asp?id=9762». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Tribunal De Justiça cria núcleo para mediar liminares nas questões que envolvem cobertura de planos de saúde. Disponível em: «<http://www.tjsp.jus.br/institucional/canaiscomunicacao/noticias/Noticia.aspx?Id=26272>». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Rio cria estrutura própria para atender casos de saúde que chegam à justiça. Disponível em: «www.tjrj.jus.br/ca_ES/home/-/noticias/visualizar/25002». Acesso em 15.02.2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE. TJRN disciplina funcionamento de Câmara Técnica para demandas voltadas à saúde. Disponível em: «<http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/8793-tjrn-disciplina-funcionamento-de-camara-tecnica-para-demandas-voltadas-a-saude>». Acesso em 15.02.2016.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal.** Laboratório de ANÁLISE JURISPRUDENCIAL do STF. Curitiba: Juruá, 2009.