
GRUPO DE ESTUDOS

DIREITO À SAÚDE



RELATÓRIO DE ATIVIDADES

RELATÓRIO DAS ATIVIDADES DO GRUPO DE ESTUDOS DE DIREITO À SAÚDE

Alana Alves Santos¹
Amanda Mussi Gregório²
Ana Kelly Amaral Arantes³
Eduardo Brandão Pereira⁴
Fernanda Mendonça Silva Terra⁵
Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth⁶
José Honório de Rezende⁷
Juliana Faleiro de Lacerda Ventura⁸
Marcus Vinícius Borges Maciel⁹
Paulo Eduardo Gontijo de Araújo¹⁰
Raquel Discacciati Bello¹¹
Raquel Monteiro Calanzani de Mattos¹²
Renato Luís Dresch¹³
Renzzo Giacomo Ronchi¹⁴
Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão¹⁵

1 APRESENTAÇÃO E RESUMO PRELIMINAR DOS TRABALHOS

Tanto já se pesquisou sobre o tema do direito à saúde, e milhares de contribuições acadêmicas já foram publicadas examinando diversos aspectos desse assunto, que se torna um verdadeiro desafio diagnosticar algo de novo que já não tenha sido escrito. Essa dificuldade se tornou ainda maior depois que Ramiro Nóbrega Sant'ana defendeu e publicou sua tese de

¹ Assessora no Juizado Especial de Itabira.

² Assessora na Vara da Infância e Juventude de Uberlândia.

³ Juíza de Direito da Segunda Unidade Jurisdicional do Juizado Especial de Belo Horizonte.

⁴ Assessor na Comarca de Vara única de Caldas.

⁵ Juíza de Direito da Segunda Vara Cível, Criminal e de Execuções Penais da Comarca de Brasília de Minas.

⁶ Juíza de Direito do Juizado Especial de Uberlândia.

⁷ Juiz de Direito da Primeira Vara Cível da Infância e Juventude de Belo Horizonte.

⁸ Juíza de Direito da 2ª Vara de Fazenda Pública de Uberlândia.

⁹ Assessor na 2ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia.

¹⁰ Assessor na Comarca de Vara única de Carmo do Cajuru.

¹¹ Juíza de Direito do Juizado Especial da Fazenda Pública de Belo Horizonte.

¹² Assessora na Vara de Fazenda Pública na Comarca de Varginha.

¹³ Desembargador e Segundo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Superintendente da Escola Judicial Edésio Fernandes.

¹⁴ Juiz de Direito do Juizado Especial de Teófilo Otoni e coordenador do grupo de estudos.

¹⁵ Assessora de Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

doutorado intitulada *A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública*, vencedor do *Prêmio Capes de Tese 2018*, na qual, para além do seu ineditismo, realizou mapeamento completo do debate acadêmico, englobando as narrativas defensoras da judicialização e a crítica à tese da judicialização.

Há também a importante contribuição de magistrados desembargadores e juízes da magistratura mineira, além de advogados e profissionais da área da saúde, que promoveram o curso jurídico de direito à saúde em 2015, em parceria exitosa entre a Escola de Saúde Pública de Minas Gerais e a Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que rendeu prestigiosa publicação de artigos coordenada pela desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade, e com grande contribuição do desembargador Renato Luís Dresch, dentre outras magistradas e magistrados.

De todo modo, embora a Constituição da República de 1988 já tenha completado 35 anos de vigência, ainda hoje os tribunais não chegaram a um consenso sobre o conceito de universalidade do SUS, estando o tema do direito à saúde ainda muito presente no radar deliberativo da jurisprudência. A impressão é a de que os estudos acadêmicos não ecoam nas sessões de julgamentos colegiados porque o realismo jurídico força a que magistrados não apliquem e interpretem de forma adequada a legislação sanitária, como se esse microssistema normativo do Sistema Único de Saúde, composto por leis, portarias e atos normativos, no fundo, fosse um verdadeiro entrave para a ideia de justiça. Os realistas, embora não ignorem a legislação, acabam muitas vezes a desconsiderando por compreenderem que seria uma falácia sustentar a ideia de completude do direito e equidade de julgamento sem uma margem de discricionariedade dos juízes. (KELLY, 2018, p. 473-474).

Se essa ideia pode parecer sedutora a outras áreas do direito, na judicialização das políticas públicas sociais o impacto deliberativo do realismo jurídico é desastroso à organização da sociedade, tanto que o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça, até hoje não conseguiu equacionar o impacto dessa demanda no Poder Judiciário.

Aliado a isso, julgar o tema do direito à saúde não é um problema numérico (quantitativo), mas qualitativo, escapando, assim, a uma intensa agenda de trabalho institucional do Conselho Nacional de Justiça preocupada com gestão de pessoas, de números, de processos e, por conseguinte, de temas como planejamento estratégico, automatização de julgamentos, baixas processuais, justiça 4.0, metas de julgamentos, dentre outros assuntos correlatos.

É para essa pequena aresta que talvez ainda reste para abordar no tema do direito à saúde que este grupo de estudos e pesquisa foi criado e este trabalho é o resultado das nossas atividades onde buscamos aperfeiçoar a metodologia deliberativa, tendo como objetivos específicos compreender as seguintes questões: (i) a atuação judicial em um ambiente democrático, seus limites decisórios frente à separação de Poderes e a ideia de autocontenção como mecanismo institucional de respeito político-jurídico; (ii) o desenho constitucional do direito à saúde e a importância da política pública para a concretização dos princípios da universalidade, isonomia, equidade e integralidade; (iii) a importância da ciência para o direito à saúde; (iv) os limites de atuação do Poder Judiciário diante de relatórios técnicos produzidos por órgãos sanitários, que são atos administrativos, para saber em que situações eventualmente podem ser afastados para atendimento da necessidade individual do paciente; e (v) as boas práticas nas demandas de saúde pública.

Organizado em 5 (cinco) encontros, o grupo realizou a leitura e discutiu os seguintes textos:

- (i) WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 1-42 e 151-201;
- (ii) FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, 44, n. 175, jul./set. 2007;
- (iii) **Tema 793 do STF** (EDcl no RE nº 855.178/SE, rel. min. p/ Acórdão min. Edson Fachin, Pleno, DJe de 16.4.2020). Leitura integral do Acórdão e, necessariamente, do Acórdão de mérito proferido no **IAC nº 14 do STJ**, de relatoria do min. Gurgel de Faria, assim como da decisão, assinada pelo min. Gilmar Mendes, que concedeu parcialmente pedido incidental de tutela provisória formulada pelo Colégio de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, e da deliberação plenária posterior (**Tema 1234 do STF**);
- (iv) SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos. Por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 1-21;
- (v) **Tema 106 do STJ** (RESP nº 1.657.156/RJ, rel. min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, DJe de 4.5.2018). Leitura integral do Acórdão;
- (vi) MELO, José da Cunha. **Direito à saúde baseada em evidências**. Orientador: prof. dr. Antônio Alvares da Silva. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022;
- (vii) **Tema 500 do STF** (RE nº 657.718/MG, rel. min. p/ Acórdão Roberto Barroso, Pleno, DJe de 9.11.2020). Leitura integral do Acórdão;
- (viii) WANG, Daniel Wei Liang. **Controle judicial e alocação de recursos em saúde na Inglaterra**. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 20, n. 121, p. 268-309, jun./set. 2018;
- (ix) **Tema 1161 do STF** (RE nº 1165959/MG, rel. min. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Pleno, DJe de 22.10.2021). Leitura integral do Acórdão;

(x) **Tema 6 do STF** (RE nº 566.471/MG, rel. min. André Mendonça, Pleno, pendente de julgamento). Acompanhamento do processo e leitura dos votos que já foram antecipados por alguns ministros; e

(xi) **Enunciados das Jornadas de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça**. Leitura integral.

O grupo admitiu como ponto de partida a premissa de que os gestores públicos não estariam agindo como determina o art. 196 da Constituição da República¹⁶ (BRASIL, 1988). Contudo, à medida que as leituras foram sendo realizadas e as discussões foram sendo aprofundadas, ainda que não tenha havido consenso, houve uma nova compreensão porque o grupo começou a pensar temas como “conceito e concretização de políticas públicas”, “escassez de recursos inerente às democracias liberais”, “escolhas trágicas”, “racionalidade do ato decisório”, “dificuldades orçamentárias inerentes ao ambiente político”, “novas tecnologias de saúde que impactam a alocação de recursos”, “o papel institucional dos órgãos sanitários legitimados pelo direito”, e “a formação dos precedentes nos tribunais superiores”.

Se a primeira impressão era a de que juízes e tribunais possuem ampla margem de liberdade para decidir os casos de saúde pública, ao final dos encontros, houve a percepção da importância de maior rigor na interpretação dos textos legais. Se a regra do art. 196 da CR/88 (BRASIL, 1988) dispõe sobre o direito à saúde mediante “políticas sociais e econômicas” que garantam o acesso universal e igualitário, o grupo, assim, compreendeu que é necessário estudar essas políticas para que as decisões judiciais sejam pautadas por maior racionalidade e observando o princípio da deferência aos órgãos de regulação.

O texto que segue é uma síntese reflexiva de nossas discussões ao longo dos encontros. Refletimos sobre questões como políticas públicas, justiça distributiva de recursos na saúde pública e os limites do protagonismo judicial, assim como foram pensados os temas da conduta médica, a ciência aplicada ao Direito à saúde e uma ideia de ética institucional entre os Poderes no enfrentamento dessas políticas. Procuramos escrever um texto mais conciso, não esgotando tudo o que estudamos e discutimos em nossos encontros.

Em seguida nós apresentamos algumas dificuldades práticas e, na sequência, fizemos algumas sugestões que, se implementadas, poderiam auxiliar aos juízes e tribunais a decidirem melhor essa tema, que é tão desafiador ao Poder Judiciário.

Por fim, com exceção do primeiro encontro, que teve o formato de uma aula inaugural, todos os demais encontros foram gravados. Fizemos o esforço de degravar o seu conteúdo

¹⁶ “Constituição da República. 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”. (BRASIL, 1988).

porque se trata de material que pode servir não somente a quem está iniciando suas funções nessa área, mas também para aqueles que já trabalham com a matéria há mais tempo e gostariam de estudar um pouco mais.

2 OS TEMAS ESTUDADOS E DISCUTIDOS PELO GRUPO

2.1 Políticas públicas, justiça distributiva e protagonismo judicial

Existe um problema no Poder Judiciário ao fundamentar as decisões nessa matéria porque a Constituição da República, para além de trazer um enorme catálogo de direitos sociais, dispõe sobre princípios, de forma abstrata, com força normativa, porém exigindo sua aplicação por meio de filtros legais que nem sempre são levados a sério, como é o caso do próprio art. 196 (BRASIL, 1988), que menciona a concretização do direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, mas essas mesmas políticas acabam não sendo examinadas no ato judicial. Um bom exemplo reconhecido é a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990), o ato normativo que dispõe de forma orgânica sobre a saúde pública e raramente sendo mencionado nas decisões judiciais.¹⁷ O estudo do texto do constitucionalista Jeremy Waldron (2003) intitulado *A dignidade da legislação* foi importante aos debates porque houve o entendimento preliminar às demais discussões sobre a importância de uma atuação judicial em conformidade com a ideia de ética institucional entre os Poderes e que a Lei nº 8.080/1990 (BRASIL, 1990) foi um esforço coletivo para organizar o Sistema Único de Saúde, tanto que esse ato normativo foi considerado em julgamento mais recente do STF no Tema 793 da Repercussão Geral (BRASIL, 2020), precisamente no voto que prevaleceu no Plenário do STF do min. Edson Fachin em que mencionou expressamente que o julgamento da STA nº 175/CE (BRASIL, 2010) contribuiu para a desestruturação do Sistema Único de Saúde, pois “qualquer pessoa poderia demandar contra o SUS independentemente do que a **lei prevê** e ignorando as pactuações no âmbito **das políticas públicas**¹⁸”. (BRASIL, 2020, grifo nosso).

¹⁷ O art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.080/1990, dispõe que “O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1990).

¹⁸ O min. Edson Fachin, em seu voto, citou texto de autoria do des. Renato Dresch (2014) intitulado *Federalismo Solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde*, texto que contribuiu decisivamente para firmar a responsabilidade judicial pelo direcionamento adequado aos entes federativos competentes para a prestação de saúde.

O tema do subfinanciamento das políticas do SUS também atravessou as discussões do grupo, sendo reconhecido como uma possível causa que justificaria empiricamente o maior protagonismo judicial nas demandas de saúde pública. De fato, a Emenda Constitucional nº 95/2016 (BRASIL, 2016) impactou nas políticas de saúde ao implantar um novo regime fiscal para os próximos 20 (vinte) exercícios financeiros, criando um teto de gastos. De todo modo, a ideia de um “juiz herói” acaba se tornando um sério problema nas demandas de saúde pública porque, mesmo que esteja sendo guiado por ideais nobres como justiça e salvação, a luta política travada no processo para conceder tecnologias de saúde não incorporadas ao SUS acaba prejudicando a classe mais pobre composta de milhares de usuários do Sistema Único de Saúde que não recebem o mesmo tratamento, sendo desconsideradas as consequências imediatas para a coletividade. Nesse sentido, o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prescreve que a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas”. (BRASIL, 2018).

Além disso, as decisões sobre políticas públicas, que lidam com recursos coletivos escassos, levam em consideração consequências econômicas, políticas, sociais e orçamentárias que não podem ser objeto de tratamento em demandas judiciais porque *juízes não fazem política dentro de uma sala de audiências*. A frase é de Dworkin em seu livro *Levando os direitos a sério* (2017, p. 133):

Portanto, as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funcione com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiência.

A ideia de “justiça” nessas demandas em razão, em tese, das opções ilegítimas orçamentárias incentiva a premissa equivocada de que o juiz pode fazer qualquer coisa, inclusive distribuir recursos a quem busca o Poder Judiciário, tomando decisões discricionárias contra regras jurídicas em um ambiente processual cuja racionalidade deve ser ditada por um discurso técnico normativo. Nesse ponto, a teoria da argumentação jurídica cumpre importante papel institucional em um Estado Democrático de Direito porque estabelece um programa de decisão e uma responsabilidade do julgador. É um sistema de controle do comportamento, cuja pretensão de correção do discurso jurídico exige a aceitação da validade do Direito e a submissão às regras jurídicas. Não significa, por óbvio, submissão ao sentido literal dos textos

legais e nem que estes não possam ser testados pela hermenêutica, segundo critérios estabelecidos pela dogmática jurídica, mas uma forma de controle que impõe limites ao discurso jurídico¹⁹. Dito de outro modo, o juiz não possui discricionariedade ao interpretar os textos legais, submetendo-se ao princípio da legalidade.

Coincidentemente essa importante reflexão feita pelo grupo foi expressamente reconhecida pelo min. Luís Roberto Barroso (presidente do STF e CNJ), que, no 2º Congresso do Fonajus, realizado no final de 2023 em Foz do Iguaçu, alertou em seu discurso de abertura do evento para o fato de que “a exclusão dos mais pobres se aprofunda pela circunstância de o governo transferir recursos para o cumprimento de decisões judiciais”. (BRASIL, 2023).

Esse primeiro recorte temático conduziu ao entendimento de que juízes devem se atentar para dois tipos de judicialização da saúde pública: i) a primeira, consistente em pedido formulado pela parte para cumprimento de política pública existente e padronizada pelo Sistema Único de Saúde. Nesse caso, a atuação judicial deve ser ampla porque o Poder Judiciário atua como guardião de direitos previstos normativamente; e ii) a segunda, consistente em pedido formulado pela parte para concessão de tecnologia de saúde não incorporada ao SUS. Nesse caso, a atuação judicial deve ser exercida restritivamente e com máximo cuidado, sob pena de invadir competências de outros Poderes, desorganizando profundamente a sociedade. Os Tribunais Superiores, ao admitirem o acesso à saúde fora das políticas públicas como direito social, acabam exigindo prova da hipossuficiência, uma postura que não corresponde à ideia do direito à saúde como direito humano fundamental social. Isso deve conduzir à compreensão de que a saúde seja tratada, portanto, somente no centro das políticas públicas.

2.2 Conduta médica, ciência e respeito institucional

Muitos juízes e juízas vivenciam o dilema moral ao julgarem as demandas de saúde pública quando leem os relatórios médicos dos pacientes, que prescrevem medicamentos ou procedimentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde. Ora esses documentos não mencionam de forma clara os passos que poderiam ter sido adotados para ser cumprida a política pública, ora mencionam a situação de urgência de forma genérica e abstrata sem apontar o risco concreto na hipótese de não concessão da tecnologia de saúde prescrita.

Os relatórios médicos devem ser circunstanciados, detalhando a enfermidade do paciente e mencionando de forma clara as tentativas, sem sucesso, das opções terapêuticas

¹⁹ Confira-se o livro de Manuel Atienza *As razões do Direito. Teoria da argumentação jurídica*. (2022).

previstas nas políticas públicas, não bastando informações genéricas como “foram feitas tentativas sem sucesso dos medicamentos previstos no SUS” ou algo do tipo. O grupo compreendeu que o médico precisa informar concretamente o nome do medicamento ou procedimento previsto no SUS e o tempo de sua utilização, demonstrando o caminho adotado até avançar para além da política pública²⁰.

Se necessário, o juiz pode exigir que o médico providencie o prontuário do paciente porque esse documento representa um histórico de atendimento com todas as consultas, prescrições, solicitações de exames, compondo informações importantes do médico e do paciente atendido.

O Código de Ética Médica, em seu art. 89, proíbe que o profissional libere cópias do prontuário sob sua guarda, exceto para atender ordem judicial ou para sua própria defesa, bem como se for autorizado por escrito pelo paciente. Além disso, segundo o § 1º do art. 89, quando requisitado judicialmente, o prontuário será encaminhado ao juízo requisitante. (BRASIL, 2018). Em caso de exigência desse documento é recomendável que o magistrado avalie a gravidade da doença do paciente para, sendo medida de cautela, impor o segredo de justiça para preservar as informações médicas somente entre as partes do processo.

Essa cautela discutida pelo grupo sinaliza uma preocupação com a aplicação do princípio do resgate pelo qual todos que ingressam no Poder Judiciário, postulando uma tecnologia de saúde não padronizada pelo SUS, buscam ter acesso ao melhor e mais moderno tratamento frente a um sistema de saúde universal e igualitário para mais de 160 milhões de pessoas. Dworkin (2019) enfrentou esse dilema em seu livro *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*, especialmente no capítulo 8 intitulado *A justiça e o alto custo da saúde*, sustentando ser inútil no debate defender que todos tenham a mesma assistência médica que os mais ricos podem oferecer a si porque essa desigualdade não será eliminada pelo Estado, que possui orçamento escasso. Assim, Dworkin substitui o princípio do resgate pelo princípio do seguro prudente, pelo qual haverá certos limites na cobertura universal como forma de garantir, em situação de igualdade, que todos possam ter o mesmo acesso à saúde.

Para além dessa cautela que deve ser observada pelo juiz ao receber uma demanda de saúde pública, há também a importância de uma atuação em conformidade com as evidências científicas porque essa exigência constitui um pressuposto de execução das políticas públicas

²⁰ O primeiro modelo de relatório médico para judicialização disponibilizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais foi aprovado em reunião do dia 29.2.2016 pelo Comitê Executivo Estadual da Saúde de Minas Gerais do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde do CNJ - FONAJUS. À época o Comitê de Minas Gerais era coordenado pelo des. Renato Luís Dresch.

pelo Sistema Único de Saúde, conforme dispõe o art. 19-Q, § 2º, inciso I, da Lei nº 8.080/1990²¹ (BRASIL, 2011). Se o SUS, pela via administrativa, exige evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento ou procedimento, o magistrado, pela via judicial, acaso compreenda pela concessão de uma tecnologia de saúde não padronizada, deve também por igual razão seguir esse mesmo caminho.

O grupo debateu esse tema, entendendo que isso tem sido um problema dentro do Poder Judiciário porque, à luz da tese de doutorado escrita por José da Cunha Melo (2022), as evidências científicas em saúde vão desde a revisão sistemática da literatura médica e os estudos clínicos randomizados, que são os níveis mais elevados de confiabilidade, até os relatos de casos e a opiniões dos especialistas, classificados como os níveis mais baixos de confiabilidade.

Embora a opinião do especialista esteja no posto mais baixo de rigor da medicina baseada em evidência (MBE), ainda é muito considerada por juízes ao decidirem casos de saúde pública, que acabam afastando relatórios técnicos produzidos por órgãos sanitários legitimados pelo Direito, inclusive da própria Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - Conitec, somente à vista da prescrição médica e do relato do profissional manifestado no processo.

O grupo compreendeu a importância de os juízes sempre buscarem subsídio técnico do Núcleo de Avaliação de Tecnologias em Saúde (NATS), inclusive por desembargadores na segunda instância, se necessário, uma vez que esses órgãos vinculados aos tribunais constituem estratégia de fortalecimento de trabalho profissional.

3 AS DIFICULDADES PRÁTICAS RECONHECIDAS PELO GRUPO

Todos os integrantes do grupo manifestaram a necessidade de melhor estruturação do Natjus do Tribunal de Justiça de Minas Gerais porque é comum que juízes solicitem notas técnicas para decidir casos urgentes e as respostas não sejam fornecidas no prazo solicitado, acarretando prejuízo ao exame do caso. Conquanto seja sabido que o tribunal possui quadro reduzido de servidores no Natjus, nós entendemos que esse déficit precisa ser suprido, o mais

²¹ “Lei nº 8.080/1990. Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. [...] § 2º. O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará 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”. (BRASIL, 2011).

breve possível, com profissionais capacitados para responderem a tempo as demandas dos juízes que lidam com saúde pública e suplementar, até mesmo porque em atos normativos recentes que tratam do tema do direito sanitário, a Resolução nº 530/2023 (BRASIL, 2023) e a Recomendação nº 146/2023 (BRASIL, 2023), ambas do CNJ, consta orientação expressa sobre a oitiva prévia dos núcleos de apoio técnico do Poder Judiciário, assim como esses órgãos deverão ser aprimorados com a criação de cargos de servidores exclusivos para esse quadro, aliada à capacitação permanente desses profissionais.

Houve também o consenso de que os procuradores das fazendas estadual e municipal precisam aperfeiçoar as peças processuais, que quase sempre se afastam do caso concreto e das políticas públicas existentes para a enfermidade do paciente atendido nos autos, elaborando escritos padronizados que se replicam em milhares de processos.

Por outro lado, o grupo reconhece que mesmo os magistrados que estão estudando a matéria há mais tempo e se sentem mais familiarizados com o tema possuem dificuldades eventuais de pesquisa, haja vista a grande diversidade de atos normativos distribuídos em um embaraçoso microssistema legislativo sanitário, além dos atos administrativos que compõem as políticas públicas, as notas técnicas e os PCDTs elaborados pela Conitec, sem prejuízo também das notas técnicas já confeccionadas para casos semelhantes pelos núcleos de apoio técnico dos tribunais. Assim, nós entendemos a necessidade de essa diversidade de atos ser consolidada em um único site criado pelo setor de informática do tribunal como mecanismo de otimização.

Nossa última preocupação consiste no baixo estímulo institucional a quem busca exercer um trabalho de qualidade no Poder Judiciário. As metas quantitativas são por demais importantes. E embora relevantes porque a política nacional de gestão processual deve ser exercida pelo Conselho Nacional de Justiça, chama a atenção o fato de que não há nenhuma meta qualitativa relacionada ao conteúdo do ato judicial, sobretudo na área da saúde. Se é certo que a demora dos julgamentos e o elevado número de processos continuam sendo problemas quantitativos a serem tratados a nível nacional, não significa que o aspecto qualitativo deva ser relegado a um segundo plano, como vem ocorrendo nos últimos tempos. Magistrados são pressionados a observar dezenas de metas quantitativas que são impostas em um cenário institucional verticalizado onde o discurso de ordem é julgar mais processos que os distribuídos e, embora não se discuta a importância desse compromisso, sutilmente o resultado tem sido negativo porque a crise de qualidade das decisões judiciais afeta áreas sensíveis com enorme impacto social, como é o tema do direito à saúde. Há inúmeras pesquisas empíricas, reproduzidas reiteradamente, comprovando que decisões judiciais concedem o fornecimento de

remédios, tratamentos e cirurgias não previstos nos protocolos do SUS e pouco ou quase nada se valem de termos técnicos e das regras existentes sobre a matéria, mencionando princípios abstratos e valendo-se de expressões vagas que impedem o exercício de um controle racional sobre o conteúdo decisório²². É necessário cuidado para não confundir a “função social da lei” pela “função emocional da lei”, o que pode fomentar o populismo judicial, que é nocivo para a jurisdição.

4 CONCLUSÃO E SUGESTÕES

Com a anuência de todos os membros, o grupo sugere a entrega deste relatório de nossas atividades:

- i) À Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, solicitando respeitosamente avaliação sobre a possibilidade de melhor estruturação do Núcleo de Apoio Técnico (Natjus) à luz da realidade orçamentária;
- ii) À Corregedoria-Geral de Justiça de Minas Gerais, solicitando respeitosamente avaliação sobre a possibilidade, em conjunto com a Dirfor, de criação de uma ferramenta que reúna, em um ambiente virtual específico, as informações sobre políticas públicas de saúde, a lista da Rename, legislação, avaliação de estudos clínicos etc;
- iii) À Superintendência de Saúde do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, solicitando respeitosamente avaliação sobre a possibilidade, por meio do Comitê Executivo Estadual da Saúde, de realização de reuniões com as maiores procuradorias municipais e a procuradoria do Estado de Minas Gerais, orientando-as sobre a necessidade de aperfeiçoamento das peças processuais e oferta permanente de cursos sobre direito sanitário; e
- iv) À Segunda Vice-Presidência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, solicitando respeitosamente avaliação sobre a possibilidade de oferta permanente de cursos sobre direito sanitário público e complementar a magistrados e assessores, sendo obrigatórios na etapa de vitaliciamento.

²² Para se ter um panorama desse quadro, confira-se o texto publicado por WANG (2021) intitulado *Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde*.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teoria da Argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

BATISTA DOS SANTOS, Márcia W. *et. al.* **O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com risco à saúde**. In: DALLARI BUCCI, Maria Paula; DUARTE, Clarice Seixas. (coords.). *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217/2018**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>, acesso em: 20 24 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. **Enunciados sobre direito à saúde**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Judicialização e Sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judiciário deve priorizar litígio coletivo das demandas de saúde, destaca presidente do CNJ**. Notícia publicada em 23 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/judiciario-deve-priorizar-litigio-coletivo-das-demandas-da-saude-destaca-presidente-do-cnj/>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 146/2023, que dispõe sobre estratégias para o cumprimento adequado das decisões judiciais nas demandas de saúde pública**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5360>>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 530/2023, que institui a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde, que estabelece diretrizes para o planejamento de ações no âmbito do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) e o seu respectivo Plano Nacional (2024 – 2029)**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Intergestores Tripartite. **Resolução nº 29/2017, que dispõe sobre a apresentação de justificativa para a prescrição de medicamento(s) não padronizado(s) no Sistema Único de Saúde (SUS) e centralização de dados**. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2017/res0029_01_11_2017.html>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Comissão de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC. Estrutura organizacional atualizada em 3 de junho de 2022**.

Disponível em: <<https://www.gov.br/conitec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional>>, acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Netflix. **Explorando o desconhecido. A máquina do tempo cósmica.** Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/81473680>>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 95/2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>, acesso em: 1 fev. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.401/2011, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm#art1>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.787/1999, que altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.** Disponível em: <[BRASIL. Senado Federal. **Promulgada Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos.** Notícia publicada em 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>, acesso em: 20 jan. 2024.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.787%2C%20DE%2010%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201999.&text=Altera%20a%20Lei%20no,farmac%C3%AAuticos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>>, acesso em: 25 jan. 2024.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 30/4/2010. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE (Tema 793 do STF)**. Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin. Pleno. DJe de 15/4/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (Tema 500 do STF)**. Rel. Min. p/ Acórdão Roberto Barroso, Pleno, DJe de 9.11.2020. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1165959/MG (Tema 1161 do STF)**. Rel. Min. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Pleno, DJe de 22.10.2021. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757870908>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/MG. Rel. Min. André Mendonça (Tema 6 do STF)**. Pleno. Pendente de julgamento. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF)**. Rel. Min. Luiz Fux (à época presidente da Corte). Pleno. DJe de 13/9/2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762992810>>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF). Decisão proferida pelo relator do recurso, determinando a suspensão do processamento em âmbito nacional dos recursos extraordinário e especial**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 11 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF). Decisão proferida pelo relator do recurso, concedendo em parte tutela provisória incidental**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 17 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357370113&ext=.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Incidente de Assunção de Competência no julgamento dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS; 187.533/SC e 188.002/SC (Tema 14 IAC)**. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção, 26out. 2022.

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=164839483®istro_numero=202200976139&peticao_numero=202200545140&publicacao_data=20221125&formato=PDF, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Assunção de Competência no julgamento dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS; 187.533/SC e 188.002/SC (Tema 14 IAC)**. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção. DJe de 13/6/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=156184989®istro_numero=202200976139&peticao_numero=202200IJ2100&publicacao_data=20220613, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106 do STJ)**. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. DJe de 4.5.2018). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1750502&num_registro=201700256297&data=20180921&peticao_numero=201800276127&formato=PDF, acesso em: 20 jan. 2024.

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde**. In: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

EWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, 44, n. 175, jul./set. 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA; Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

KUBLER-ROSS, Elizabeth. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 1969.

MELO, José da Cunha. **Direito à saúde baseada em evidências**. Orientador: prof. dr. Antônio Alvares da Silva. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022.

SÃO PAULO. Universidade de São Paulo. Apoio às disciplinas. Vivência profissional. **“Sicko”**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3659666>, acesso em: 26 jan. 2024.

SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos. Por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang. **Controle judicial e alocação de recursos em saúde na Inglaterra.** Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 20, n. 121, p. 268-309, jun./set. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. **Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde.** Revista de Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/Renzzo/Dropbox/PC%20\(2\)/Downloads/650-2843-1-PB.pdf](file:///C:/Users/Renzzo/Dropbox/PC%20(2)/Downloads/650-2843-1-PB.pdf), acesso em: 11 set. 2023.

5 TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS ENCONTROS²³

1º Encontro. O Poder Judiciário, a democracia e o arranjo constitucional do direito à saúde na Constituição da República de 1988

Encontro não gravado por se tratar de aula inaugural.

2º Encontro. O valor da política pública para o direito à saúde

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: o primeiro encontro serviu para delimitar algumas propostas do grupo de estudo. Em primeiro lugar, o grupo de estudos não tem o formato de aula. Em segundo lugar, existe uma interação. Alguém coloca um argumento, que vira debate e reflexão do grupo. Quando se cria essa metodologia ativa de participação o aprendizado e a experiência são muito maiores. Nesse contexto, os textos são gatilhos para as discussões, não quer dizer que constituam uma verdade sobre o tema. A literatura é uma forma de olhar para o mundo. Fiquem à vontade para compartilhar de outras fontes para alimentar nossa pesquisa e debate.

Nesse segundo encontro nossa atenção gira em torno do texto que fala do custo dos direitos, que desvela o custo do dinheiro público. É um tema que foi muito mal abordado pelos nossos Tribunais. Não se pode falar em sistema jurídico e a proteção desse sistema sem considerar os recursos públicos destinados a garantir isso. Importante porque o tema vem sendo relegado, não abordado pelos julgados que tratam de políticas públicas de saúde. Outro assunto é a leitura e análise do julgado, que foi o primeiro passo para assumir a responsabilidade sobre o tema da saúde, que é o Tema 106 do STJ, julgamento de 2018. Há vários problemas nesse julgado, mas não podemos desconsiderar que houve avanços. Todos os dias percebem-se julgados tratando de matéria da saúde, concedendo medicamentos que não fazem parte da política pública, sendo que o sistema possui alternativa terapêutica e a decisão sequer abordou aquilo que está na política pública.

Desembargador Renato Luís Dresch: difícil tratar desse tema sem querer ser juiz Hércules, muito falado na atualidade. Sobre o tema 106, embora o Min. Celso de Mello, já no ano de 2000, tenha sinalizado, ele fala que a saúde como direito fundamental humano e social

²³ Com a finalidade de publicação, após a degravação do conteúdo, o texto foi revisado tão somente para ajustar os discursos orais à discursividade escrita com correções ortográfica e redacional. De todo modo, manteve-se ao máximo a integridade dos debates.

seria objeto de análise judicial considerada a incapacidade financeira. Isso porque fora da política pública a saúde não é direito social, mas assistencial. Dessa forma o destaque para esse encontro é falar sobre as políticas públicas de saúde. Nós ainda não entendemos o que é ter deferência ao gestor público. A intenção é que os textos provoquem esse assombro de que não se percebia, na prática, algo que deveria naturalmente ser compreendido.

Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão: eu participei, na semana passada, de um congresso sobre políticas públicas e privadas de saúde. Uma das questões debatidas foi essa questão dos custos em saúde. O palestrante era o dr. Roberto Fonseca do Hospital Horizonte. Concordamos ser importante a leitura e aperfeiçoamento nos estudos do direito à saúde.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: vejamos como o trato da matéria orçamentária nos EUA é muito sério. Estava assistindo a um documentário sobre a construção do telescópio James Webb, que é um sucessor do Hubble, com informações importantes sobre a origem do universo. Essa construção custou bilhões de dólares. Isso é importante porque quando a NASA resolveu levar adiante esse projeto isso foi discutido no Congresso²⁴. Os norte-americanos são muito práticos com a questão sobre qual seria realmente a vantagem de investir essa parte do orçamento nessa pesquisa. Isso levou meses e meses de discussão para que esse orçamento fosse aprovado.

No Brasil me parece que nós temos um comportamento diferente. Quando isso é discutido no Congresso nossa tendência é de dizer que o que eles estão fazendo é defender interesse próprio e ninguém presta na política. Contudo, temos que saber que tem gente séria trabalhando. Em diálogos com políticos percebemos que tem gente trabalhando seriamente. Por outro lado, não temos muito conhecimento de como é construído, debatido e direcionado o orçamento.

Essa parte do texto é importante, pois nos EUA eles possuem essa noção sobre o custo das coisas. No livro do Cass Sunstein e do Stephen Holmes²⁵ eles falam de um exemplo de um incêndio na Califórnia em que os cidadãos concebem o quanto aquilo custou ao orçamento. Isso é importante para se ter a noção de que o mínimo direito, que imaginamos não ter custo, exige algum tipo de gasto. Há uma tendência em imaginar que os direitos de primeira geração não demandariam destinação de verbas porque não exigem ação direta ou positiva, nenhum fazer do poder público, já que são direitos negativos. Mas esses autores defendem o contrário. Mesmos esses direitos, considerados negativos, demandam custos. No mínimo exigem a

²⁴ O documentário está disponível na plataforma de streaming Netflix e pode ser encontrado no seguinte link: <<https://www.netflix.com/br/title/81473680>>, acesso em: 26 jan. 2024.

²⁵ **O custo dos direitos. Por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019

manutenção da polícia, do Judiciário, vale dizer, dos sistemas de sua proteção. Para garantir o direito de propriedade, por exemplo, o Poder Judiciário deve ser operoso e garantir o cumprimento de contratos não cumpridos, demandando a presença da polícia para resguardar proprietários de invasões indevidas, além de furtos e roubos.

O sistema judiciário do Brasil é um dos mais caros do mundo. Não temos consciência disso, de colocarmos na balança o quanto custa uma demanda relacionada ao direito à saúde. Essas opções podem ser feitas por nós em casos individuais, quando avançamos para além de uma política pública, isto é, concedermos a alguém que ingressou com uma demanda no Poder Judiciário sem que outras também tenham o mesmo direito?

Um trecho interessante, na página 5, diz que os direitos dependem do Governo, do Estado. Os direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento nem apoio público. O direito à propriedade privada custa dinheiro porque demanda ações de garantia. Todos os direitos impõem exigências ao tesouro público.

Desembargador Renato Luís Dresch: nós falamos sobre o direito à propriedade, de primeira geração, art. 5º, XXII (“é garantido o direito de propriedade”), mas o inciso XXIII já exige o cumprimento da função social (“a propriedade atenderá a sua função social”).

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: exatamente. Outro trecho importante, na página 13, diz o seguinte: Por que esse tema tem sido ignorado? Embora o custo dos direitos seja quase um truísmo soa, antes, como um paradoxo, uma ameaça à preservação dos direitos. Reconhecer o custo dos direitos é confessar que temos de renunciar a algo para adquiri-lo ou garanti-lo. É deixar certas trocas dolorosas fora do nosso campo de visão. Por isso, talvez todos busquem ignorar essas observações. Falar de custos é um tabu. A jurisprudência dos tribunais superiores dos anos 90 não adentrava nesse mérito, talvez porque historicamente estivéssemos mais preocupados com a própria efetividade das normas constitucionais, o que era natural para aquele momento. O problema foi abordar a saúde como se esse direito não estivesse sujeito a um limite financeiro. Estava sendo discutido no Supremo sobre tratamento para o vírus da AIDS. Hoje já se sabe, por estudos, que as decisões do Judiciário atrapalharam avanços do Governo em uma política que fosse feita inclusive com menos custo para a população. O STF começou a compreender esse problema a partir dos tratamentos experimentais, tanto que dentro do Poder Judiciário vivenciamos o momento trágico da *Fosfoetalamina*, uma lei que foi declarada inconstitucional pelo STF por extrapolar capacidade institucional que pertence à Anvisa. Essa lei foi aprovada pelo Congresso sem qualquer debate, sendo sancionada integralmente pela então presidente Dilma Rousseff. O projeto era de autoria do então deputado Jair Bolsonaro.

Hoje começamos a entender um pouco mais que é absolutamente inviável desconsiderar o sistema de saúde pública como uma política pública. Não existe similar no mundo em relação ao nosso SUS. Não existe sistema que atenda mais de 160 milhões de pessoas sendo assistidas por um sistema único. Não existe país no mundo com um sistema de saúde que assista a esse número de pessoas, portanto, vamos perceber problemas complexos.

Juíza Raquel Discacciati Bello: as leituras propostas foram importantes para estimular a reflexão sobre o orçamento. Ainda parece algo muito distante da nossa realidade, não só como operadores do Direito, mas como cidadãos mesmo. Veja a experiência de Belo Horizonte, do orçamento participativo, que se divide em regionais e as pessoas são convidadas a participar para que elas próprias possam dizer o que é importante para aquela comunidade. É um início para começar a entender que o dinheiro tem limite, principalmente diante da máxima de que não importaria o custo para a tutela do direito à saúde. Um adendo interessante é o Documentário *Sicko*, do diretor Michael Moore²⁶. Esse documentário mostra o sistema de saúde em que pessoas são retiradas de dentro do hospital quando não pagam pelo serviço, como é o caso dos EUA.

Desembargador Renato Luís Dresch: realmente o magistrado deve entender sobre orçamento e gestão, pois não poderia julgar sem ter um mínimo de noção. Ou então ele deverá se amparar por um perito. Quando se fala em independência do poder não quer dizer independência completa, mas uma interdependência, que depende da compreensão por parte dos magistrados de que estão atrelados à gestão e ao orçamento.

Falando de outros países, como os exemplos de Canadá e Inglaterra, lá se não há previsão na política pública o Poder Judiciário não interfere. Lembro-me do caso da criança que seria levada para ser tratada nos EUA e o pedido era para que o Judiciário Inglês permitisse, mas o pedido não foi concedido. O laboratório pretendia tratar de graça aquela criança, fazendo com aquele ser humano uma experiência que poderia depois ser aproveitada para o lucro extraído da judicialização. A enfermidade era grave e a criança faleceu, mas esse caso revela a seriedade com que o Poder Judiciário lida com essas demandas.

A reconhecida autora Elizabeth Kübler-Ross, no livro *Sobre a morte e o morrer*, diz que precisamos compreender que as pessoas morrem não somente em razão da idade, mas também por causas naturais. Às vezes nós magistrados pensamos estar fazendo o justo, o correto, e que, se não concedermos o medicamento ou o procedimento solicitado, seremos o responsável pela morte da pessoa. Esse dilema moral não pode nos afastar da racionalidade jurídica nas decisões

²⁶ O documentário pode ser encontrado no seguinte link: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3659666>>, acesso em: 26 jan. 2024.

porque o Sistema Único de Saúde foi criado para alcançar a universalidade de acesso e integralidade no atendimento de acordo com as políticas públicas. Essa é a deferência que precisamos ter para com o orçamento, as políticas públicas e o gestor público.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: Como fazer, então, para termos essa deferência e, ao mesmo tempo, cobrar dos gestores que a fila de internações tenham mais celeridade?

Desembargador Renato Luís Dresch: no Município de Formiga, em Minas Gerais, em um evento, a Secretária de Saúde disse que a Juíza teria concedido uma liminar para que o 10º ou o 11º da fila fosse atendido com prioridade em uma situação ortopédica. A Secretária reclamou. Respondi que a Juíza estava correta, vez que a política pública falhou. Isso nós fazemos com certa tranquilidade. Se a fila é longa e posterga o atendimento do cidadão, a política pública precisa ser corrigida pela necessidade de preservação da vida e da saúde.

Juíza Raquel Discacciati Bello: quando recebo pedido de exame ou cirurgia, tenho aplicado o Enunciado nº 93 do Fonajus, que fala de um prazo razoável (100 dias, para consultas e exames, e 180 dias para cirurgias e tratamentos²⁷). Eu determino que a parte demonstre há quanto tempo está na fila para analisar se o prazo é razoável ou não. Quando se extrapolou o prazo razoável, eu determino, concedendo a ordem para que se faça o procedimento ou a cirurgia.

Desembargador Renato Luís Dresch: eu participei da elaboração desse enunciado e chegamos à conclusão que era necessário estabelecer um prazo razoável. A partir de determinado tempo o Poder Público estará em mora. Foi usado como paradigma o entendimento já adotado na Inglaterra.

Juíza Fernanda Mendonça Silva Terra: tenho percebido que há um certo desconhecimento ou omissão dos gestores, como se não soubessem dar o devido direcionamento na formalização das demandas. Faz-se a indagação sobre o cadastro no SusFácil e os gestores não sabem sobre a necessidade desse cadastro. Estou procurando por ajuda para trazer esse conhecimento em regiões que estão mais carentes sobre o fluxo do atendimento. A própria demanda não é formalizada da forma correta e o gestor não tem conhecimento.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: Temos que organizar as ideias e as informações. O importante desde o primeiro encontro é entender nossa maior deferência sobre as demandas que

²⁷“ FONAJUS. Enunciado nº 93. Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos nas políticas públicas, considera-se inefetiva essa política caso não existente prestador na rede própria, conveniada ou contratualizada, bem como a excessiva espera do paciente por tempo superior a 100 (cem) dias para consultas e exames, e de 180 (cento e oitenta) dias para cirurgias e tratamentos. (Redação dada na VI Jornada de Direito da Saúde - 15.06.2023)”.

chegam ao Poder Judiciário e não possuem previsão nas políticas públicas. Por isso é importante separar os casos. Existe a interferência judicial sobre o que não está na política pública e existe aquilo que já está previsto na política pública. O que está previsto o juiz deve avançar, temos que fazer cumprir aquilo que está normatizado e previsto no SUS. Nesse caso, o Judiciário deve atuar e determinar ações, sem receio. Se eu estou percebendo que a política pública é falha naquilo que já tem previsão, o Poder Judiciário deve mitigar a deferência, determinando o cumprimento. Quando há uma fila regulada, mesmo eletiva, que aponte que tem alguém aguardando seu atendimento numa posição longa, mas o sistema ainda está atendendo casos de 2017, nesses casos eu não aplico o Enunciado 93 do Fonajus porque a política pública é falha e o prazo previsto no enunciado não terá qualquer utilidade. Além disso, o prazo previsto nesse enunciado é para cirurgia eletiva, não para situações de urgência. Se tem a fila regulada o prazo é razoável porque se evita o efeito de “furá-la”, gerando preterição por desigualdade de tratamento. Quando não há uma fila regulada, eu concedo independentemente do prazo. Meu entendimento é que o prazo vira mora para o poder público quando não tem fila. Se não tem fila regulada, por que eu vou conceder um prazo? Deixo essa ponderação ao grupo até mesmo para ser discutida e possivelmente refutada.

Desembargador Renato Luís Dresch: É o mesmo raciocínio do art. 23, inciso II, da Constituição da República, que fala da solidariedade entre União, Estados e Municípios. Quando um ente federativo não atua, o outro passa a ter responsabilidade. Sabemos da realidade fática em que aquele que entrou com a ação judicial recebe o atendimento e o outro, que não ingressou com ação judicial, ainda está aguardando a fila do SUS, deixando de receber o mesmo tratamento. Então, o que está na política pública deve ser cumprido. Nossos encontros nos ajudam a entender que a atuação do Poder Judiciário não pode ocorrer sem qualquer critério.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: dentro do que foi falado, de que grande parte do que chega ao Poder Judiciário está relacionado a medicamentos que não estão na política pública, penso que precisamos avançar sobre o julgado do STJ, pois ele excepciona para que possa ser fornecido quando a parte já utilizou os disponibilizados pelo SUS e não surtiram o efeito terapêutico. Ao formular os pedidos, a Defensoria Pública apresenta um relatório em que coloca para o médico responder se já foi utilizado o que está na política pública e ele justifica se para aquela patologia não tem medicamento disponível pelo SUS ou que já foi utilizado e não teve o resultado necessário para o tratamento.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: o Magistrado, de certa forma, acaba deferindo diante dessas informações já apresentadas. Sobre o Tema 106, há alguns problemas nesse julgamento que precisam ser considerados por nós neste grupo. É um julgado de 79 páginas. Temos enorme

respeito e deferência aos ministros e a todos os julgadores dos tribunais superiores e tribunais de segunda instância e qualquer crítica que aqui fizermos não é dirigida à pessoa, mas às ideias e às teorias porque esse espaço de liberdade acadêmica, de crítica acadêmica, é que serve muitas das vezes para o aperfeiçoamento das práticas institucionais. O julgamento cita a lei, mas não aborda a lei. Vejam a páginas 16 a 19 do julgado, onde diz sobre a legislação aplicável. Cita a Constituição da República, depois cita a Lei n. 8.080/1990 e a Lei n. 12.401/2011. Cita, inclusive, quais os protocolos que devem ser respeitados pela Conitec para incorporar uma tecnologia de saúde, mas depois não examina esses textos legais, deixando de considerá-los em razão de vários outros julgamentos e argumentos retóricos, sendo autorreferenciais. Assim, a despeito da tese estabelecida, as leis que tratam da matéria não foram examinadas.

Desembargador Renato Luís Dresch: sobre a questão trazida pela dra. Kenia, quando a prescrição do medicamento não está prevista nas políticas públicas, no Relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça de 2021 intitulado *Judicialização e Sociedade*²⁸, a Conselheira Candice Jobim recomenda a criação de uma interlocução administrativa e pós-processual. Ainda, prevê a criação de uma câmara de apoio administrativo. É uma proposta minha.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: a proposta é que os Municípios tenham uma comissão de farmácia terapêutica. O próprio magistrado pode criar uma interlocução convocando o secretário de saúde e esclarecendo que serão solicitadas informações para subsidiar a decisão. Convoca à interlocução pré e pós-processual. Essa aproximação é importante até para que o médico se explique. Eles geralmente estão abertos a essa interlocução. Essa medida é trabalhosa, mas vem sendo incentivada pelo CNJ. É o que vem sendo adotado, inclusive, em processos estruturais. É possível realizar inspeções periódicas a partir dos questionamentos *qual é a rede de saúde da comarca; quais hospitais; quais farmácias?* Cria-se um formulário, listando esses estabelecimentos e realizando as inspeções periódicas. Isso é interessante porque nós magistrados temos a oportunidade de perceber um sistema diferente daquele só no papel. Muitas vezes existe um sistema que funciona. Em cidades menores a sugestão é listar entidades de saúde e farmácias para se compreender como são os atendimentos e os protocolos. Isso é importante para conhecer onde nós, magistrados, estamos interferindo. Além das inspeções, é importante que façamos audiências públicas com a rede de saúde porque isso provoca reflexões, convocando a Defensoria Pública e o Ministério Público para participarem porque são eles os

²⁸ O relatório pode ser encontrado no seguinte link: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf>, acesso em: 26 jan. 2024.

maiores atores que judicializam as demandas sem considerar o problema por uma perspectiva estrutural, desaguando em demandas individuais no Poder Judiciário. Já que o magistrado vai decidir sobre essa matéria e o tema é de sua competência, mesmo que não pareça ser sua atribuição convocar essas audiências públicas, essas iniciativas para além de uma atuação estrita no processo proporcionam maior segurança à decisão judicial.

Sobre o Tema 106 do STJ especificamente, não podemos observar o relatório médico como se fosse um documento incontroverso. Muitos médicos, inclusive do SUS, não conhecem as políticas pública de saúde. Talvez pelo fato de isso não ser matéria médica. Farmacêuticos talvez estejam mais preparados para entender sobre políticas públicas de saúde.

Desembargador Renato Luís Dresch: o professor Augusto Guerra é farmacêutico e pós-Doutor em Farmácia. Leu a fórmula de um medicamento que foi prescrito para a mãe dele, que possui diabetes. Ele analisou a fórmula e tinha um componente a mais que iria fazer mal. Era um medicamento novo, mais moderno. Ele falou com a mãe dele e orientou a própria mãe a retornar ao médico para prescrever outro medicamento que ela já vinha tomando.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: como podemos aplicar o Tema 106 do STJ na prática? Devemos exigir um relatório circunstanciado, isto é, deve ser o mais detalhado possível. E não basta o relatório. Eu exijo o relatório e o prontuário. O prontuário é uma prova concreta que a política pública foi tentada primeiro. Isso exige um trabalho quando a pessoa pede um medicamento que não está na política pública. Isso porque em 99 % dos casos existe alternativa terapêutica para aquele pedido. Isso nos permite estudar e conhecer que o SUS já tem outro medicamento disponível. Isso é importante para que a parte apresente a prova de que o medicamento da política pública não surtiu o efeito desejado. O resultado é que na grande maioria dos casos esse prontuário não é apresentado. Todo mundo quer o melhor tratamento, o medicamento mais novo. É o princípio do resgate: todos querem ter o melhor acesso e o medicamento e o tratamento mais modernos. Mas o sistema é universal e igualitário para mais de 160 milhões de pessoas. Quando o Judiciário defere um medicamento individualmente essa pessoa acaba sendo seletivamente beneficiada. Portanto, ao julgar essas demandas, nós não podemos raciocinar com a intenção de se “livrar do problema”, mas, ao contrário, para resolvê-lo. O problema de uma pessoa é resolvido, mas como ficam as pessoas atendidas pelo SUS? Então, olhar para o Tema 106 do STJ é compreender essa importante deferência para com as políticas públicas. Sempre mostramos em nossos despachos que a política pública tem uma alternativa que não constou no relatório e que não foi tentada. É o que ocorre na maioria dos casos. O Tema 106 do STJ diz que o direito ao outro medicamento surgirá quando comprovada a ineficácia do que está disponibilizado pelo SUS.

Juíza Raquel Discacciati Bello: essa experiência traz a reflexão sobre a rotina do magistrado. Quando pedimos um relatório adicional, ou às vezes até em cumprimento de sentença para saber se o medicamento ainda é necessário, a primeira queixa sempre é que, para conseguir essa resposta em uma consulta no SUS, o paciente irá aguardar por muito tempo. Isso nos faz refletir que o relatório do CNJ é completo e que traz as informações de que as alternativas terapêuticas já foram tentadas e não deram certo. Quando eu peço um prontuário é mais ou menos dizer que o magistrado não confia no que o médico apontou em seu relatório. O cidadão tem essa dificuldade porque o médico não gosta muito de ser indagado sobre o que está prescrevendo, além da fila a ser enfrentada para a nova consulta. A dúvida, portanto, é quando não são apresentados esses outros elementos, inclusive o prontuário, cuja determinação de juntada não foi cumprida. Posso decidir só com base nesse relatório?

Desembargador Renato Luís Dresch: esse relatório de fato foi criado há muitos anos com participação do CRM, CFM, e da Odontologia também. Houve uma ampla discussão. Em 2011 não tínhamos notas técnicas e foi construída uma parceria com o Município de Belo Horizonte. Na época uma decisão foi proferida com base em relatório dessa comissão. Em um caso prático, foi elaborada uma nota sobre uma cirurgia de coluna, que exige um monitoramento medular, para não atingir e prejudicar. O Município respondeu que não disponibilizava a tecnologia, mas que era eficaz para o caso.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: recebemos as demandas cujos pacientes são atendidos por médicos da rede pública e outras demandas cujos pacientes são atendidos por médicos da rede privada, mas todos esses pacientes acionam a saúde pública no Judiciário. Não posso obrigar ao médico da rede particular a me fornecer um relatório porque não podemos obrigá-lo a trabalhar gratuitamente. Então quando a pessoa é atendida pela rede particular, determino que ela retorne ao médico para que ele apresente o relatório. Por outro lado, o médico da rede pública não pode prescrever medicamento por marca, ainda mais quando há alternativa padronizada pelo SUS. Esse médico deve responder ao magistrado porque ele não está ali como profissional autônomo, mas como agente público. Isso nos exige um pouco mais de trabalho, mas o médico também está criando um pouco mais de problema para o sistema de saúde. Então, deve-se distinguir sobre o atendimento, se foi particular ou público. De fato, isso incomoda ao médico. Eu oficio ao próprio médico da rede pública, como agente público, e determino que seja informado de acordo com a previsão. Mas eu não encaminho somente a determinação. Encaminho também alguma nota técnica e, quando há, também algum relatório da Conitec. É um trabalho que pode ajudar no decorrer do tempo.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: na maioria dos relatórios a informação é resumida pelo médico. Só colocam que outras tecnologias já foram usadas sem especificá-las. Se eu exigir o prontuário, terei que examinar qual delas foi usada e qual foi negligenciada.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: é uma forma de se acautelar para que a palavra do médico não seja recebida em absoluto, de forma incontestável. Há situações em que, na minha opinião, pensando à luz da teoria das capacidades institucionais, se o medicamento já foi submetido a uma análise da Conitec e o órgão recomendou a não incorporação, compreendo que o pedido de concessão não pode ser deferido, ainda que venha relatório circunstanciado e prontuários médicos. Exemplifico com o caso do medicamento *empagliflozina* para o tratamento de diabetes tipo II em que a Conitec recomendou a não incorporação. Esse exame foi feito em conjunto com outro medicamento, a *dapagliflozina*, também para o tratamento de diabetes tipo II. Para esse último medicamento a Conitec recomendou a incorporação, observado determinado corte etário ou tipos de doenças associadas ao diabetes. Foi realizada uma análise exaustiva para não se recomendar a *empagliflozina*. Quando recebo demanda em que a pessoa pede a *empagliflozina* compreendo que o pedido não pode ser acolhido porque a Conitec fez uma análise exaustiva sobre evidência científica e custo-efetividade. A Conitec fez uma análise econômica de comparação com as outras tecnologias já disponibilizadas pelo SUS. Isso para mim é respeitar a capacidade institucional de um órgão criado pelo Direito para tal.

Desembargador Renato Luís Dresch: o art. 3º da Lei n. 9.787/1999 obriga que a prescrição deva ser segundo a denominação brasileira ou internacional. Há projeto de lei que exige que todas as prescrições sejam feitas de acordo com o princípio ativo. No SUS é obrigado a prescrever medicamento pelo princípio e padronizado, mas isso não ocorre na saúde privada. No SUS o médico somente pode prescrever medicamento por marca não padronizado em situação excepcional e justificada, conforme Resolução nº 29/2017 da Comissão Intergestores Tripartite.

3º Encontro. O direito à saúde e a medicina baseada em evidência

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: o tema do encontro de hoje é o direito à saúde e a medicina baseada em evidências científicas. É complexo, pois não é um tema jurídico, mas médico, escapando à nossa compreensão. Temos por base a tese de doutorado do professor José da Cunha Melo. A tese é de 2022 e, por isso, recente, sendo esse o primeiro motivo de sua escolha. Tratou-se de pesquisa defendida na UFMG. Preocupou-me trazer uma tese recente. É muito comum usarmos dados empíricos de pesquisas realizadas há mais tempo, o que dificulta

a fidedignidade de certas premissas. O segundo motivo pelo qual escolhi esse estudo é porque o professor José da Cunha Melo tem formação em medicina e, depois, já com mais idade, resolveu estudar o direito para compreender melhor essa interdisciplinaridade.

Estamos acostumados a ouvir falar sobre a medicina baseada em evidência sob o ponto de vista jurídico. Mas a Lei n. 8.080/1990 só traz o conceito, a definição, mas não explica necessariamente o que vem a ser a medicina baseada em evidências. Então, a partir do momento em que temos uma tese de doutorado por um médico que também é formado em direito, esse conceito passa a ser melhor compreendido por nós porque o professor José da Cunha Melo trabalhou isso com mais profundidade. Ele mostra que o conceito da medicina baseada em evidências, em que pese ser complexo, é construído através de níveis de hierarquia. Um exemplo é o estudo clínico randomizado, o que fica muito claro na tese. O mais interessante é que, dentro desses níveis de hierarquia, o que me chama mais a atenção é que o primeiro é a revisão sistemática da literatura (página 56 da tese); em segundo lugar, são os estudos clínicos randomizados; em terceiro estão os estudos de coort; em quarto o controle de casos e, vejam, no último posto da hierarquia nós temos as séries de casos, relatos de casos e a opinião do especialista. E é isso que me chama mais a atenção: a opinião do especialista. A opinião do especialista que atende ao paciente é o nível mais baixo de confiabilidade da medicina baseada em evidências. É o nível mais baixo de hierarquia da segurança da informação. Isso me preocupa porque é geralmente com essa informação que nós, Juízes, estamos acostumados a decidir.

Muitas das vezes desconsideramos políticas públicas, que são estudos feitos por órgãos que têm capacidade institucional, apenas e exclusivamente a partir de relatórios médicos que nos são apresentados nos processos. A pergunta é: o que estamos fazendo com a medicina baseada em evidências? Sempre defendemos que entender o tema do direito sanitário exige “dar um passo para trás” para termos uma compreensão teórica do tema. Não existe democracia sem *accountability*. *Accountability* significa prestação de contas, responsividade. Todo aquele que detém parcela de poder institucional em uma democracia, sendo representante do povo, deve necessariamente prestar contas. Se esses representantes cumprem ou não esse *accountability*, somente o tempo vai dizer por que vivemos em democracias e essas pessoas estarão sujeitas ao escrutínio público, podendo ou não continuarem no mandato. No direito constitucional uma das grandes questões, até hoje sem uma resposta definitiva embora o tema tenha sido debatido por grandes autores, é a relação da democracia com o Poder Judiciário. Juízes, sobretudo no Brasil, não são eleitos e detêm uma grande parcela de poder institucional. Se não são eleitos, como exigir o *accountability* do Poder Judiciário? Juízes, portanto, não teriam legitimidade

democrática? Juízes possuem legitimidade democrática, derivada da própria Constituição, que outorgou a essa importante classe o poder-dever institucional de resolver conflitos. Só que como posso exigir prestação de contas do Juiz? Somente de uma forma: fundamentação! Art. 93, inciso IX, da CR/1988 (BRASIL, 1988) (“todas as decisões do Poder Judiciário serão públicas e fundamentadas”). É na fundamentação que conseguimos construir nosso elo, nosso *accountability* com a democracia.

Voltando agora para o tema da medicina baseada em evidências, faço a seguinte pergunta: é preciso pensar meu *accountability* quando decido processos de saúde? Sim, porque estamos julgando casos que, no fundo, por trás do processo individual há uma política pública. Quando a decisão se baseia em um conflito de direito civil ou criminal, comum, cuja repercussão somente se reflete entre as partes, a hermenêutica é uma. Mas quando o magistrado é instado a decidir sobre um tema que pertence à toda a coletividade, em que já houve uma opção anterior da política pública, cujo instrumento é a escolha democrática para racionalizar um serviço ou o oferecimento de um produto dentro de um ambiente de escassez, o que eu faço tem muita gravidade, tem muita seriedade. Esses casos envolvem elementos técnicos que nós precisamos compreender para interpretar o direito de forma adequada.

A medicina baseada em evidência é a escolha da lei, que fala que o SUS será organizado dentro da medicina baseada em evidências. Quando eu vejo a tese de doutorado que diz que a opinião do médico que atende ao paciente é a mais baixa em nível de confiabilidade, isso muito me preocupa. Ele é quem atendeu ao paciente, mas ele é contaminado por vieses econômicos, emocionais. Somos seres humanos, mas temos que entender que na hora de julgar temos que separar esse papel, sob pena de não ter condições de um julgamento imparcial e justo. Como ser humano, como pessoa, se eu adoecer, é compreensível que busque o melhor tratamento, mas como magistrado não posso decidir dessa forma dentro de um sistema jurídico e normativo.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: Sobre os vieses, todos acabam sendo contaminados, de fato, como foi o caso da pílula do câncer. Isso é importante para mostrar que devemos ter uma postura mais técnica nas decisões judiciais.

Desembargador Renato Luís Dresch: sobre o texto da fosfoetanolamina sintética, distribuído para leitura em nosso grupo de estudos²⁹, descobriu-se que a substância não surtia qualquer efeito. No Estado de São Paulo, na época, havia cerca de 400 liminares concedidas determinando o fornecimento da fosfo. A lei aprovada pelo Congresso não observou critérios

²⁹ BATISTA DOS SANTOS, Márcia W. *et. al.* **O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com risco à saúde.** In: DALLARI BUCCI, Maria Paula; DUARTE, Clarice Seixas. (coords.). *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo.* São Paulo: Saraiva, 2018.

técnicos para o fornecimento. Em 2016 comentávamos que a fosfo é um complemento alimentar, e não medicinal. Foi solicitada uma nota técnica para a UFMG. Na nota foi explicado que a fosfo não tem evidência científica alguma para qualquer tipo de recuperação para o câncer.

Faço um parêntese importante. Os colegas magistrados de primeira instância, às vezes, preocupam-se sobre a decisão ser reformada pelos desembargadores, magistrados de segunda instância. Não se preocupem com isso. Na minha câmara eu sempre fui vencido, mas, depois de um tempo e de muito debate, os colegas magistrados começaram a perceber que a minha fundamentação nessa matéria de saúde pública era a mais adequada. Por isso não se preocupem se a decisão for reformada, principalmente quando tiverem certeza de que estão fundamentando adequadamente. Isso pode trazer um ônus na rotina diária, que já é muito sobrecarregada, mas, com o tempo, os colegas magistrados e os próprios advogados vão adquirir respeito pelo trabalho desempenhado.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: o texto sobre a fosfo talvez nos mostre um problema ainda não superado no Poder Judiciário. Talvez não vivenciemos aquilo de novo. Mas o problema continua muito presente no Poder Judiciário. A tese de doutorado do professor José da Cunha Melo prova isso porque na página 162, quando ele vai para a análise dos estudos empíricos, ele diz, item 4.2, a proporção de sentenças em que a medicina baseada em evidência foi parametrizada na decisão judicial: foi feita uma busca pelo termo e, nas 1151 sentenças analisadas, em apenas 30, o que corresponde a 2,6 %, o Juiz levou em consideração os dados da literatura sobre MBE. Por outro lado, o termo Natjus foi detectado em 5,2 % das sentenças. Isso implica que no julgamento das ações relativas ao tema do direito à saúde os juízes deixam de considerar os dados baseados em medicina baseada em evidências.

Outro ponto que reforça ainda mais essa percepção está no item 4.4 na página 163: os pedidos e decisões seguem um padrão de texto que é independente do caso específico, com citação das mesmas fontes bibliográficas e jurisprudenciais, somente modificando-se para o caso nos parágrafos específicos. Esse comportamento de sentença padrão foi detectado em varas da justiça estadual e federal.

Isso mostra que o problema da fosfo está presente. Resolvemos o caso da fosfo. Ele é o mote para o julgamento do Tema 500 da repercussão geral do STF, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Esse Tema foi julgado para resolver essa questão, vale dizer, uma substância que estava sendo consumida sob a alegada cura do câncer, mesmo de forma experimental e sem registro na Anvisa.

O modo de decidir, isto é, a responsividade do magistrado me parece um problema que ainda permanece porque a fundamentação nessa matéria que estamos estudando não é satisfatória.

Nós não estamos absolutamente amarrados à informação técnica, mas ela nos serve como um caminho para que nosso trabalho seja feito de forma racional. Eventualmente posso contrariar um parecer elaborado por um órgão, que tem capacidade institucional, se eu fundamentar com base na medicina baseada em evidência. Se estou julgando demanda da saúde devo observar a MBE, por disposição legal. Os relatórios da Conitec nos ajudam muito. Eles são feitos com base em revisão sistemática da literatura, portanto, estão no posto mais elevado da MBE. Se em um caso concreto compreendo que o relatório da Conitec deve ser afastado, sendo que este relatório está no posto mais elevado da MBE, devo pesquisar um relatório técnico no mesmo grau de hierarquia. Isso implica em talvez termos que buscar em outro país, estudar outra língua, para buscar essa informação e fazer a análise de um relatório, o que dificulta muito a análise. Isso demonstra a importância da tese de doutorado. Ela mostra uma realidade brasileira, de que o Judiciário tem dificuldade para decidir demandas de saúde.

Juíza Raquel Discacciati Bello: existe um critério para decidir, embora perceba nas decisões judiciais que essa questão da saúde fique muito atrelada aos princípios de direito constitucional, principalmente o direito à vida. O Juiz geralmente pensa que se o médico prescreveu ele não deve contrariá-lo. Falta muito interesse em buscar a informação técnica para uma fundamentação mais adequada, muitas vezes sob o entendimento de que não é especialidade do magistrado se inteirar sobre isso. Isso ainda esbarra também na nossa rotina atarefada. É um somatório de coisas. Acredito que seja um processo para inserir esse raciocínio técnico nas decisões.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: ainda temos dificuldade em entender os relatórios técnicos. Até na conclusão dos relatórios da Conitec, às vezes, é difícil compreender seus termos.

Juíza Ana Kelly Amaral Arantes: quando era juíza na vara de fazenda pública em Divinópolis tinha muito cuidado em somente conceder liminares de saúde que não impactassem o orçamento da municipalidade porque, dependendo da tecnologia postulada, a decisão traria impacto para outras 30 ou 40 mil pessoas. Nos municípios do interior isso deve ser observado, sendo um desafio para o magistrado.

Desembargador Renato Luís Dresch: o relatório tem que ser técnico mesmo. A linguagem às vezes não é acessível. De modo geral, a conclusão costuma ser clara nos relatórios da Conitec. Talvez seja interessante, quando houver dúvida, buscar auxílio com um médico para

esclarecer aquele conteúdo. O próprio médico, para se contrapor a esse relatório, tem que fazer um estudo muito profundo. Trata-se de um respeito ao princípio da deferência já salientando pelos próprios ministros do Supremo Tribunal Federal, isto é, os órgãos com suas competências institucionais devem ser respeitados em suas conclusões.

Juíza Juliana Faleiro de Lacerda Ventura: aqui em Uberlândia, naquele momento de grande divergência de interpretação sobre o Tema 793 do STF, em que o processo ia para a Justiça Federal e voltava, eu percebi que lá os magistrados determinavam a perícia antes de analisar se é o caso era, ou não, de deferimento. Na Justiça Estadual não fazemos isso. Lá eles já têm os médicos cadastrados. Se eu determinar essa perícia, pela justiça estadual, creio que irei demorar até que encontre um médico para fazê-la. Se fosse possível ter médicos preparados para nos amparar nesse apoio técnico, seria interessante. Talvez isso gere um custo, mas pode nos ajudar em situações de medicamentos de alto custo. No caso da perícia, o médico cadastrado poderia reavaliar o paciente, trazendo uma opinião de forma mais imparcial. Isso nos ajudaria sobre a dificuldade de resposta do NatJus. É uma ideia que venho amadurecendo.

Juíza Raquel Discacciati Bello: a minha maior dificuldade tem sido quando o medicamento ou procedimento ainda não foram submetidos a estudos e temos que recorrer a informações técnicas muitas vezes não presentes ou disponíveis com facilidade. Nesses casos o relatório do NatJus é essencial.

Desembargador Renato Luís Dresch: a medicina é muito subjetiva. O paciente vai sendo submetido a procedimentos terapêuticos que são testados pelo médico que o atende. O CFM permite que ele assim o faça. O problema é que ele faz isso em prejuízo do erário. A Constituição diz que será atendido quem comprovar a insuficiência de recurso. Saúde é um direito fundamental dentro da política pública, fora disso vira um direito assistencial. Essa diferença é importante e há de ser ressaltada. Saúde é um direito público subjetivo fundamental se estiver de acordo com a política pública que lhe confere essa base.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: o importante desses encontros é que um assunto vai se ligando ao outro. Muitas das preocupações externalizadas aqui se ligam ao que foi tratado no segundo encontro, da construção de políticas públicas.

Conceber políticas públicas é se valer de conceito utilitarista. Uma política pública nunca será justa com todo mundo. Se formos analisar todos os desenhos das políticas públicas sociais certamente encontraremos injustiças, mas não podemos nos ater a essas questões para as análises dos casos individuais.

Sobre a perícia, tenho dúvida se justiça federal está julgando melhor que nós da justiça estadual. Geralmente eles se contentam com a opinião emanada desse profissional, o perito. E

nesse caso é o grau mais baixo da confiabilidade dentro da MBE. Não temos só os relatórios da Conitec, estamos nos esquecendo dos Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas - PCDT's. O SUS deve observar esses protocolos porque estão baseados em estudos de casos. Imaginem se nós formos criar um banco de peritos para decidir as questões de saúde. Passaremos a confiar em uma opinião, que não é um meio seguro para a decisão. Isso pode nos trazer mais dificuldades para as soluções nas demandas de saúde.

Juíza Juliana Faleiro de Lacerda Ventura: a maior dificuldade não é a compreensão das notas técnicas, mas quando o paciente apresenta vários tipos de doença. Em determinados casos concretos o relatório não apresenta a resposta concreta sobre o motivo pelo qual não pode ser concedido o medicamento. Nós apresentaríamos os quesitos e direcionaríamos nossas dúvidas. Seria seja mais um subsídio para decidir ao lado das notas técnicas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: talvez seja o caso de uma câmara técnica. O problema do perito é que ele vai dar a solução para aquele caso individual, concreto. Eu vejo essa câmara como um órgão que dê o respaldo para olhar para o paciente sem desconsiderar a política pública. Eu tenho muita dificuldade em confiar somente no perito. Muitas vezes em relação a esses pacientes com diversas doenças os médicos não nos apresentam seus prontuários para mostrar quanto tempo eles foram submetidos às terapêuticas oferecidas pelo SUS. Talvez as câmaras técnicas sejam uma saída viável. Elas não são perfeitas. NatJus não são perfeitos. Em Minas Gerais temos o melhor banco de dados do país envolvendo notas técnicas de saúde, isso se deve a um trabalho iniciado pelo Des. Renato Dresch. Sabemos que as câmaras técnicas também podem não ser a solução mais adequada. De todo modo, mesmo para a criação dessas câmaras, existe a dificuldade acarretada pela limitação de recursos e pela seleção do profissional que irá integrar essa câmara técnica. Volto à questão: se formos olhar de forma imparcial para o tema, muito do que julgamos não exige nada disso. Com nossos estudos aqui temos base suficiente para julgar. A dificuldade é implementar isso porque culturalmente somos viesados pelos relatórios médicos apresentados nos processos judiciais. Precisamos começar a ver o problema de forma mais crítica e menos viesada pelos relatórios médicos.

Desembargador Renato Luís Dresch: naquele programa do CNJ (Judicialização e Sociedade) sugere-se a criação das câmaras de apoio administrativo em que o próprio gestor presta informações. Os Municípios se interessam muito em colaborar. Sobre a perícia da Justiça Federal, penso que se trata apenas de um *plus*. É um relatório médico prévio de uma pessoa isenta. Não temos dificuldade em ouvir os gestores públicos. Quem está no interior pode tentar criar com os Municípios para que respondam rápido com relatórios de médicos que o Município

apresente. Isso pode não resolver, mas ao menos minimiza um pouco a dificuldade que todos possuem para julgar essas demandas.

4º Encontro. As possibilidades e os limites de atuação do Poder Judiciário diante de relatórios técnicos elaborados por órgãos sanitários

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: Hoje vamos discutir dois textos, um do professor Daniel Wang, intitulado *Controle judicial e alocação de recursos em saúde na Inglaterra*, e o outro um acórdão, que é o Tema 1161 da Repercussão Geral do STF. Pretendo usar como reflexão para o acórdão o método MAD - Metodologia de Análise de Decisões, que aprendi com o professor Roberto Freitas Filho³⁰.

Juíza Ana Kelly Amaral Arantes: tenho resistência em buscar o direito comparado porque o Brasil tem muita diversidade. Mas esse texto é muito importante, sobretudo no ponto em que trata da análise rigorosa da decisão administrativa. Isso é importante para saber se o gestor está se valendo de todos os meios disponíveis e da análise técnica científica para a formulação das políticas públicas. É como se a Justiça tivesse o intuito de negar tudo para o paciente, mas não é isso. A intenção é não interferir na política pública sem critérios. Na sexta-feira tivemos uma reunião com o Comitê Executivo Estadual da Saúde e houve a exposição feita por um gerente do Tribunal de Contas. Ele explicou como Tribunal de Contas fiscaliza as contas dos Municípios. O Tribunal de Contas criou um sistema de “inteligência artificial” que monitora as notas fiscais dos Municípios e criou uma “malha-fina”. Ele fiscaliza se a nota está dentro do valor de mercado e, se não estiver, pede explicações ao gestor. Ainda, estão desenvolvendo um programa específico para compra de medicamentos. Quando o dinheiro é liberado direto para o paciente, a nota é emitida no CPF do paciente, inviabilizando a fiscalização pelo Tribunal de Contas. Embora esse dinheiro seja público ele cai num limbo que o Tribunal de Contas não consegue fiscalizar. Eles orientaram que a nota fiscal seja emitida no CNPJ do poder público para possibilitar a triagem. Indagamos sobre a possibilidade de criar um link para os magistrados onde são publicadas essas tabelas de preço.

Juíza Juliana Faleiro de Lacerda Ventura: chama a atenção esse papel que o Judiciário tem na saúde. A cada dia que se passa somos chamados a decidir cada vez mais sobre as questões da saúde e o grupo de estudos é importante para buscarmos o conhecimento. Embora o caso da criança tenha sido revertido na Corte Superior, as razões de decidir fizeram

³⁰ Confira-se o texto de FREITAS FILHO, Roberto; LIMA; Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

jurisprudência porque, a partir desse caso emblemático, passou-se a exigir mais clareza do gestor na motivação da escolha da política pública. Fico me perguntando como vamos balizar as políticas públicas e se é papel do Judiciário substituir o administrador. Ontem mesmo fiz uma audiência sobre um caso de demanda coletiva de saúde em Uberlândia. A Defensoria Pública pede a implementação de um convênio em que o município arque e assistencialize as doenças raras. Um paciente não teve o atendimento que deveria para a sua doença rara. O Município explicou que o custo-benefício para esse convênio não seria adequado porque são poucos casos e teria que estruturar um centro para tal. Mas ele não trouxe na defesa qual seria o tipo de prestação que o SUS oferece para esse tipo de paciente. Em conversas nessa audiência eles esclareceram sobre os atendimentos destinados, o que não tinha sido explicado no processo, sendo que o tratamento já está disponível na rede pública. Ao final eu determinei que o município fornecesse todas essas informações no processo para que pudesse julgar com mais segurança. A decisão estava encaminhada para que não fosse obrigado o Município a implementar a política pública. O que entendi do texto foi que o grande movimento que houve na Inglaterra foi a falta de clareza na escolha e nos critérios adotados para as políticas públicas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: os textos sobre processos estruturais podem ajudar. Uma ressalva com relação às doenças raras. Elas são doenças que fogem da curva do orçamento, vale dizer, daquilo que entendemos como limite de gastos. Elas não entram na massa por serem casos pontuais (“raros”). Elas fogem um pouco à regra. Nesse caso, o Judiciário pode ter uma atuação mais proativa. De todo modo, penso que não fizemos um caminho semelhante ao da Justiça Inglesa. Penso ser ela mais rigorosa. Na Inglaterra os tratamentos eram direcionados de forma discricionária pelo NHS (“National Health Service”). O sistema fazia o direcionamento até de forma aleatória. Nessa época (década de 80) a jurisprudência dos tribunais ingleses era bastante deferente, compreendendo que o gestor estaria amparado pela *expertise*. De repente, a partir dos anos 90, casos paradigmáticos (como é o caso da criança com câncer), a jurisprudência passa a entender que a deferência não pode ser absoluta, vez que as políticas públicas não podem ser chanceladas sem critérios. Então o sistema público de saúde começa a repensar sua estruturação. Foi criado o Nice (“The National Institute for Health and Care Excellence”), que é o instituto que serve de inspiração para a nossa Conitec aqui no Brasil³¹. O reclamo na jurisprudência inglesa não era necessariamente quanto ao mérito, mas quanto à

³¹ A Conitec é um órgão colegiado de caráter permanente, integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, e tem como objetivo assessorar o Ministério da Saúde nas atribuições relativas à incorporação, exclusão ou alteração pelo SUS de tecnologias em saúde, bem como na constituição ou alteração de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas. (BRASIL, 2022).

forma, quanto ao procedimento. Ora, como eu digo que a pessoa não tem direito de receber o tratamento se eu não sei o custo, o impacto no orçamento, a certeza sobre a evidência científica. Mas a partir do momento em que há um órgão, que é o Nice, que traz publicidade, contraditório e fundamentação, a jurisprudência começa a entender que chegou a um patamar ideal.

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: a nossa situação social pode causar essa percepção de que o movimento da Inglaterra foi diferente. Ao que parece lá não existe a desigualdade social que vivenciamos no Brasil.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: parece que nosso modo de atuação é balizado por um pouco de pietatismo...

Juíza Kenia Suzete Baía Ferreira Heilbuth: não estamos fazendo caridade com o dinheiro público, por isso temos que julgar de acordo com a técnica. Mas perceber as nuances sociais entendo que não é decidir por piedade.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: como já discutimos em outros momentos, sobre aquilo que está previsto na política pública, penso que não temos que ter deferência. O papel do Judiciário, quando a política pública está normatizada, é semelhante a um *panóptico*. A pessoa tem o direito subjetivo de ingressar no Judiciário para fazer cumprir a política pública.

Outra perspectiva é aquilo que não está na política pública. É o que converge para as discussões. É o que traz o grande problema. Se compararmos a situação social da América Latina com a Europa percebe-se a grande diferença. A desigualdade social na Europa é menor. De todo modo, a desigualdade social não pode, por si só, justificar a intervenção judicial, o protagonismo judicial para além das políticas públicas de saúde. Muitos Juízes, ainda que digam que não julgam com compaixão, acabam por trazer esse sentimento nas próprias decisões, mesmo não manifestando isso expressamente. Pergunto-me se as decisões judiciais diminuíram nossa desigualdade social. Em 35 anos de atuação, após a vigência da Constituição da República de 1988, pergunto-me se essa forma de atuação do Poder Judiciário trouxe alguma melhoria ao sistema público de saúde.

Juiz José Honório de Rezende: O sistema inglês é diferente do nosso. Na Inglaterra o sistema é dotado de muita racionalidade. No Brasil existe um movimento da primeira instância para estruturar as decisões, compreendidas as limitações do sistema de saúde. Quando se vai para a segunda instância, parece que isso encontra maior dificuldade. Política pública nenhuma consegue ser aprimorada dessa forma. O Judiciário acaba por criar distorções com essa prática.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: os tribunais na Inglaterra são racionais e conscientes sobre a escassez de recursos. No Brasil o caminho foi exatamente inverso. Não se indagava sobre escassez de recursos, que não tinha importância quando se tratava sobre o direito à vida

e à saúde. Agora temos esse problema no Tema 6 da repercussão geral do STF, que não foi decidido ainda. De fato, na primeira instância, temos uma atuação mais racional, mas isso muda a partir da 2ª instância. O texto do constitucionalista Jeremy Waldron, que lemos para o nosso primeiro encontro, nos ajuda muito para olharmos mais criticamente para as decisões judiciais em matéria de direito à saúde, vale dizer, por conta do desprestígio à lei nas decisões. Para mim isso não é papel do juiz: abandonar o direito e fazer justiça social. O Juiz não pode ser o criador do direito e fazer o que ele pensa. Imagina cada um de nós decidindo sobre o que é justiça. Retornando ao texto do Wang, há uma parte importante para ser destacada: página 26 (293), sobre a criação do Nice. É um órgão que avalia novas tecnologias médicas e traz mais transparência para as decisões administrativas, englobando quatro condições para o *accountability reasonableness*: publicidade; relevância; questionamento e revisão; Esse é o papel da Conitec hoje no Brasil. Ela faz um trabalho público. É um órgão com diversos representantes do Governo e da sociedade. Ela realiza consultas públicas. Toma uma primeira decisão, preliminar, e, depois, a submete ao escrutínio (pode realizar consultas públicas). Ela tem o prazo de 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias³². Ela tem que apresentar decisões razoáveis à luz de critérios como custo-efetividade e impacto orçamentário³³. A Conitec geralmente se alinha às conclusões do Nice. A Conitec, em seus relatórios, costuma incorporar os fundamentos do Nice. Assim, o caminho da jurisprudência inglesa foi um caminho de justiça procedimental, de forma, e não de mérito. As decisões eram de maior deferência, mas depois que o Nice foi criado o Judiciário passou a concluir que existe uma justiça procedimental. Hoje sabe-se o impacto no orçamento para que a tecnologia seja oferecida em caráter universal para a população. É um caminho diverso do nosso. Para mim no Brasil ainda não há diálogo entre a Justiça e a Conitec. Aliás, vejo muita gente lidando com questões de saúde sem saber o que é a Conitec. Concordo que a nossa realidade social e institucional seja muito diversa. Mas pelo menos deveríamos manter esse diálogo.

³² “Lei nº 8.080/1990. [...]. Art. 19-R. A incorporação, a exclusão e a alteração a que se refere o art. 19-Q serão efetuadas mediante a instauração de processo administrativo, a ser concluído em prazo não superior a 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, admitida a sua prorrogação por 90 (noventa) dias corridos, quando as circunstâncias exigirem”. (BRASIL, 2011).

³³ “Lei nº 8.080/1990. [...]. Art. 19-Q. Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS. [...]; § 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará 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”. (BRASIL, 2011).

Prosseguindo em nossas discussões, sobre o Tema 1161 do STF, chamou-me a atenção o fato de que, não obstante o acórdão possuir 65 páginas, somente na página 29 é que efetivamente o caso concreto começa a ser objeto de análise. Até então somente uma frase diz que a criança teve 80 convulsões e, após a medicação do canabidiol, passou para 4 convulsões. Esse é o subsídio que fundamenta a decisão, não observando as particularidades do caso concreto à luz dos critérios técnicos da regulação sanitária. O acórdão se escora na Anvisa para a concessão do canabidiol, mas a Anvisa tem um papel institucional no sistema nacional de vigilância sanitária, ao passo que a Conitec tem outro papel. A Anvisa faz a análise de segurança e acurácia no ambiente de livre mercado. Ela somente verifica se os requisitos foram atendidos pelo laboratório para permitir com que o medicamento seja comercializado. A Conitec, por outro lado, quando demandada, faz uma análise mais rigorosa porque, na eventualidade de recomendar ao Ministério da Saúde a incorporação da tecnologia, essa decisão terá grande impacto porque o custo será universalizado. A Anvisa não está preocupada em um primeiro momento sobre o custo por que a liberação é para o livre mercado, embora haja um teto de custo que deva ser observado para todo medicamento. De todo modo, a Conitec emite seu relatório diante do contexto da medicina baseada em evidências. Nesse ponto a decisão no Tema 1161 somente observou que o medicamento teve sua autorização de importação concedida pela Anvisa, mas o exame de evidência científica não é feito pela Anvisa, mas pela Conitec. Foi citado no voto vencedor um enunciado do Fonajus que, na época do julgamento, já tinha sido revogado pelo Fonajus. Além disso, quando do julgamento, a Conitec já tinha emitido relatório técnico recomendando a não incorporação do canabidiol para o tratamento de epilepsia refratária e confesso não ter visto esse diálogo no acórdão, vale dizer, a formação de um precedente sem um diálogo com o órgão legitimado pelo próprio direito para deliberar, de forma técnica e institucional, sobre a incorporação de tecnologias de saúde no Sistema Único de Saúde. É possível que um ato da Conitec seja afastado, mas é necessário enfrentar as razões do ato e fundamentar a decisão judicial de forma racional, como uma espécie de *distinguishing*. O incômodo que me gera no Tema 1161 é essa falta de diálogo, pois em momento nenhum o ato da Conitec foi mencionado.

5º Encontro. Boas práticas nas demandas de saúde pública

Desembargador Renato Luís Dresch: fiquei responsável por trazer alguns comentários sobre os enunciados 8, 55 e 56 do Fonajus. Eu participei efetivamente da elaboração dos enunciados das Jornadas I, II e III, passando pela seleção, discussão e aprovação.

Eu sei realmente o que foi discutido. Sobre o Enunciado 8 (“**Nas apreciações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas as regras administrativas de repartição de competência entre os entes federados**”), foi um contraponto às decisões do STF que vinham sendo proferidas indistintamente, sobretudo decisões liminares. Mas hoje está muito claro: o art. 196 da Constituição diz que o acesso deve ser universal e igualitário de acordo com as políticas públicas; o art. 197 manda regular a lei e a Lei nº 12.401/2011 regulou no art. 19-U, de forma clara, que a responsabilidade do poder público será de acordo com o que ficou pactuado. Isso reforçou a necessidade de observância da regra constitucional e infraconstitucional, até para justificar que, se eventualmente as regras de repartição de competência não forem respeitadas, o magistrado precisa fundamentar para demonstrar que essa forma de organização tem falhas. É bom lembrar que existem regras e elas devem ser observadas. Assim, não se pode impor ao município uma despesa elevada, que ultrapasse as regras da atenção primária e que não tenha sido pactuada pelo ente municipal, se há regramento dizendo que essa despesa deve ser suportada pelos Estados ou pela União.

Juíza Raquel Discacciati Bello: ao pesquisar esse enunciado, encontrei o nome do Des. Renato Dresch. De fato, surgem dúvidas de ordem prática no caso de sentenças que estabelecem cumprimento de obrigações de forma continuada. Mesmo nessas hipóteses, já em fase de cumprimento de sentença, devo realizar essa análise da distribuição das competências, mesmo que a sentença tenha falado sobre a solidariedade? Outra dúvida que tenho é a distribuição dessas competências administrativas em relação aos medicamentos não padronizados.

Desembargador Renato Luís Dresch: em relação à solidariedade, se o Estado fez parte da lide, isso pode ser feito. Se não fez parte da lide, a obrigação não pode ser direcionada a ele por força dos limites subjetivos da lide. O STF decidiu no Tema 793 que o magistrado deve direcionar a obrigação para o ente responsável. Ficou decidido que, se tiver política pública, a obrigação deve ser direcionada ao ente com a competência administrativa. Se a decisão não for respeitada, cabe reclamação ao STF.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: penso como o Desembargador Renato. Se existe uma demanda intentada exclusivamente contra o Município, mas esse ente não é o responsável, diante do Tema 793 do STF, e respeitando os limites subjetivos da coisa julgada, a obrigação não pode ser direcionada para o Estado. Mas o título pode ser declarado inconstitucional em sede de cumprimento de sentença porque se deu uma interpretação divergente daquela que foi feita pelo STF, vale dizer, houve a violação a um precedente qualificado. A parte, entretanto, poderá ajuizar nova demanda contra o ente obrigado pela regra administrativa de competência.

Por outro lado, se a demanda foi ajuizada contra ambos (Estado e Município), é possível que se direcione somente contra um deles de acordo com a regra administrativa de repartição de competência.

Sobre a pergunta envolvendo a distribuição das competências no caso de tecnologias não incorporadas, trata-se de um tema mais complexo, que está em análise no STF sob o Tema 1234 da Repercussão Geral. Sobre isso eu escrevi um texto para a Escola Judicial onde exponho minha visão. Todos estão preocupados em saber a quem deverá ser imposta uma obrigação quando a tecnologia não for incorporada. Eu tenho outra preocupação: antes de saber a quem direcionar essa obrigação, preciso saber se a pessoa tem direito a receber uma tecnologia que não foi incorporada pelo SUS. Isso para mim é mais importante e essa resposta não é fácil porque não faz parte do raio de organização e execução da política pública englobar o que não foi objeto de análise prévia pela Comissão Intergestores Tripartite. Há muitas nuances nesse cálculo que precisam ser levadas em consideração, sobretudo nuances econômicas porque, uma vez padronizado, o oferecimento será feito em caráter igualitário e universal. Estamos tentando dar uma resposta ao Tema 1234, só que penso haver uma prejudicialidade com o Tema 6, também do STF, que consiste em saber se o Estado pode ser obrigado a fornecer medicamento de alto custo.

Superada essa primeira abordagem, meu ponto de vista é o de que nem tudo o que não está incorporado ao SUS deve ser fornecido pela União somente por causa da regra prevista no art. 19-Q da Lei nº 8.808/1990³⁴. Isso é um erro, a meu ver, porque Estados e Municípios podem elaborar suas listas complementares/suplementares, conforme art. 27 do Decreto nº 7.508/2011. Cada um faz de acordo com as peculiaridades da região, desde que estejam em conformidade com a Rename³⁵. Além disso, a Conitec não fará o exame de toda e qualquer tecnologia de baixo custo. É o caso da fralda geriátrica. Fralda geriátrica não é incorporada ao SUS porque há um programa com desconto concedido pelo Ministério da Saúde. Nesse caso me parece que se trata de um insumo da atenção básica, que não pode ser de responsabilidade da União. A União somente deve ser obrigada ao fornecimento de tecnologias não incorporadas de alto custo.

³⁴ “Lei nº 8.080/1990. [...] Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS”. (BRASIL, 2011).

³⁵ “Decreto nº 7.508/2011. [...] Art. 27. O Estado, o Distrito Federal e o Município poderão adotar relações específicas e complementares de medicamentos, em consonância com a RENAME, respeitadas as responsabilidades dos entes pelo financiamento de medicamentos, de acordo com o pactuado nas Comissões Intergestores”. (BRASIL, 2011).

Desembargador Renato Luís Dresch: É importante estabelecer um diálogo com o gestor municipal para saber como isso está sendo tratado pelo município. Há exames que não estão incorporados ao SUS, sobretudo os mais complexos. O diálogo é importante porque o exame mais caro e mais complexo pode ser substituído por aquele que a rede pública dispõe.

Juíza Juliana Faleiro de Lacerda Ventura: é um grande desafio compreender a questão envolvendo o ente administrativo competente para direcionar o cumprimento da obrigação. Tenho observado que o próprio documento de negativa fornecido pelo município ou Estado aponta quem é o ente obrigado. Se existe uma repartição, entendo que cabe ao ente público trazer essa informação dentro do processo. Essa repartição acaba por observar a gravidade e complexidade do tratamento. Geralmente o município traz a informação de que o medicamento é da assistência farmacêutica especializada ou da atenção primária.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: nossos encontros acabam sendo muito resumidos para tratar com profundidade sobre todos os assuntos. Servem mesmo para lançar boas ideias e boas práticas de cada um. É importante sempre fazermos uma divisão de tecnologias, tendo em mente a seguinte diferença: Se estou lidando com medicamento ou com procedimento. Sobre medicamentos, existe uma lista muito didática que estabelece quais são os da atenção básica. Fica fácil estabelecer a competência. Precisamos ler um pouco mais a *Rename*. Ela é autoexplicativa. Por exemplo, o medicamento comum para o controle do diabetes tipo II é o *cloridrato de metformina*, de competência dos municípios, por se tratar da assistência farmacêutica da atenção básica. Já a *dapagliflozina* (quando o cloridrato de metformina não surtir efeito e a pessoa estiver dentro do corte etário estabelecido pela política pública ou possui a doença preexistente), a *Rename* aponta como sendo da competência dos Estados ou da União por se tratar da assistência farmacêutica especializada.

Quanto aos procedimentos, a *Renames* foi editada somente uma única vez, em 2012, não tendo sido mais atualizada. Nesse caso, é necessário consultar a PPI – Programação Pactuada Integrada. Se não há pactuação com o Município, a obrigação deve ser direcionada somente ao Estado. Se há pactuação, a obrigação pode ser direcionada de forma solidária ou somente ao Município, a depender do tipo de exame. Isso pode, eventualmente, exigir que se faça um diálogo com o gestor na sua comarca. O diálogo prévio do magistrado com o gestor é importante, sobretudo no caso de procedimentos. Mas se o caso for urgente, o magistrado pode decidir e diferir o diálogo para um momento posterior. Defere-se, em caráter solidário, ressalvando-se o Tema 793, vale dizer, de que ao longo do processo a competência será debatida e, com o esclarecimento, em sentença procede-se ao ressarcimento, caso a obrigação tenha sido cumprida em caráter liminar por um ente que não tinha a obrigação. É possível que na própria

sentença se faça o Sisbajud para o ressarcimento de um ente ao outro. Se o ente não integrou a lide, cabe a ele em ação autônoma buscar esse ressarcimento. Mas é preciso ter muito cuidado para não ser feito o direcionamento de forma equivocada. A decisão deve ser bem fundamentada para não afetar indevidamente o orçamento municipal da saúde, que é voltado essencialmente para a atenção básica da população.

Assessora Amanda Mussi Gregório: me surge a dúvida sobre a possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para posterior ressarcimento.

Juiz de Direito Renzo Giacomo Ronchi: as pessoas imaginam que existe uma rede da Saúde toda organizada e bem estruturada. Isso não existe na prática. Se não respeitamos as regras de repartição administrativa de competências, causamos um problema para a população. Quando um magistrado direciona uma obrigação para o Município em uma situação para a qual o ente não é o responsável, criam-se problemas com falta de vacinas, ausência de destinação de recursos a hospitais, restrição de médicos, afetando estruturalmente a atenção básica. Imagine-se ainda o município, que não deu causa ao problema estrutural, tendo que ajuizar uma ação autônoma para cobrar valores dos quais ele não era responsável. Por isso o magistrado precisa ter cuidado quando defere uma liminar em caráter solidário, fazendo a ressalva do Tema 793 do STF.

Juíza Fernanda Mendonça Silva Terra: não sei se é uma peculiaridade local da Comarca onde atuo, mas as informações não são confiáveis. Frequentemente as informações prestadas nos processos estão equivocadas. Quando consulto a Renome observo que muitas informações sobre as competências não estão adequadas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: Ainda temos dois enunciados para o Desembargador Renato Dresch comentar: Enunciado 55. “**O levantamento de valores para o cumprimento de medidas liminares nos processos depende da assinatura de termo de responsabilidade e prestação de contas periódica**” e o Enunciado 56. “**Havendo depósito judicial ou sequestro de verbas (Bacenjud) para aquisição de medicamentos, produto ou serviço, antes da apreciação do pedido, deve-se exigir da parte a apresentação prévia de até 3 (três) orçamentos, exceto nas hipóteses de complexa definição de custos (cirurgias, internações e fornecimento de insumos de uso hospitalar), em que outros parâmetros poderão ser observados**”.

Desembargador Renato Luís Dresch: O enunciado 55, para mim, caiu em desuso. Peço os 3 orçamentos e destino o dinheiro diretamente para o fornecedor. Sobre o Enunciado 56, de fato, não posso prescindir dos 3 orçamentos porque se trata de respeito ao princípio da impessoalidade. Não podemos escolher de onde o medicamento será adquirido. Como há

muitos problemas com o levantamento do dinheiro pela própria parte, havendo desvios, precisamos determinar o pagamento diretamente ao fornecedor.

Assessora Raquel Monteiro Calanzani de Mattos: queria uma ajuda porque isso que o Desembargador falou é um problema na nossa Comarca. Até como um problema a ser trazido para meu projeto de intervenção, que apresentarei após o término dos encontros. Aqui nós sempre expedimos o alvará em favor da parte. As partes trazem os três orçamentos e nós, no gabinete, conferimos aquele de menor valor. E a parte tem que prestar contas no prazo de 5 dias. Muitas vezes a Defensoria Pública não consegue entrar em contato com o assistido, ele sumindo e não fazendo a prestação de contas. Já tivemos casos em que a pessoa recebeu o dinheiro e o valor acabou sendo bloqueado pela Justiça do Trabalho, onde ela era devedor. Como conseguir operacionalizar para direcionar esse dinheiro? Devemos ligar para o laboratório e pedir a conta?

Desembargador Renato Luís Dresch: exatamente isso. Entre em contato com a clínica, o fornecedor. Deixem tudo documentado no processo.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: e exijam a emissão e apresentação no processo de nota fiscal.

Juíza Ana Kelly Amaral Arantes: e que a nota fiscal seja emitida em face do CNPJ do ente público, conforme orientação do Tribunal de Contas Estadual.

Assessora Amanda Mussi Gregório: os enunciados 82 e 113 me parecem conexos com o que estamos discutindo. (Enunciado 82. “**A entrega de valores bloqueados do orçamento público da saúde para custeio do tratamento na rede privada não deve ser feita diretamente à parte demandante, e sim ao estabelecimento que cumprir a obrigação em substituição à Fazenda Pública, após comprovação da sua realização, por meio de apresentação do respectivo documento fiscal**”. Enunciado 113. “**Nas determinações judiciais de juntadas de orçamento(s) para instrução de sequestro de verbas públicas, recomenda-se que as diligências impostas observem a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade dos demandantes, de forma a atribuir diretamente à parte requerida (ente estatal) diligências para complementação dos orçamentos em quantidade e qualidade suficientes à instrução do processo, ou oficial diretamente aos entes privados responsáveis pela apresentação dos orçamentos**”).

Juiz de Direito Renzo Giacomo Ronchi: eu faço muito isso aqui na unidade judiciária onde atuo. Quando vejo que a parte está totalmente desassistida, atuando por atenuação, a própria secretaria realiza a pesquisa na rede de farmácias. A própria unidade jurisdicional já é treinada a fazer isso. Nós temos que ter essa sensibilidade porque, embora

julguemos à luz do Direito, não podemos nos esquecer o quão dificultoso é o acesso à justiça para pessoas carentes.

Juiz José Honório de Rezende: Fiquei incumbido de comentar os Enunciados 21, 44 e 51 (Enunciado 21. “**Nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, considera-se o rol de procedimentos como referência mínima para cobertura, conforme regulamentações da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas**”. Enunciado 44. “**O paciente absolutamente incapaz pode ser submetido a tratamento médico que o beneficie, mesmo contra a vontade de seu representante legal, quando identificada situação em que este não defende o melhor interesse daquele**”. Enunciado 51. “**Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato**”).

Sobre o Enunciado 21, considero que ele está superado. A minha crítica é que ele tem um problema de lógica. Se o rol é exemplificativo, não se justificaria a existência do próprio rol. Bastaria no caso concreto a própria prescrição médica. Mas essa prescrição, como visto nos nossos estudos, é considerada como fundamento fraco para conferir validade ao tratamento porque pode ser permeada por interesses e vieses. Houve decisão do STJ que afastou a natureza exemplificativa do rol e a lei nº 14.454/2022, embora muitos defendam que ela tornou o rol novamente exemplificativo, em meu entendimento ela não trouxe essa inovação jurídica. O tratamento prescrito e não previsto no rol da ANS obriga as operadoras a partir de determinadas condições científicas.

Sobre o Enunciado 44, ele tem uma importância no meu caso, que sou Juiz da Infância, pois trata do absolutamente incapaz, que pode ser submetido a tratamento mesmo que os responsáveis legais sejam contrários. Mas não válida a recusa de tratamento pelo incapaz. São casos, por exemplo, de transfusão de sangue. Na pandemia também foi obrigatória a vacinação de crianças e adolescentes quando os pais se negavam. Uma dúvida poderia surgir quanto ao relativamente incapaz, se poderia ser aplicado o mesmo entendimento. No caso de transplante de medula óssea entre irmãos, a lei exige o consentimento dos genitores. Quando não há esse consentimento o Judiciário pode ter que intervir. Uma referência sobre esse caso é o Livro *A balada de Adam Henry* de Ian MacEwan³⁶, em que o Poder Judiciário é acionado para autorizar transfusão de sangue negada pela família e pelo adolescente por força de crença religiosa. Traz

³⁶ EWAN, Ian. *A balada de Adam Henry*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

um tema interessante que foi um marco na legislação do sistema jurídico inglês. Isso diz respeito à maturidade na tomada de decisão sobre as questões da saúde.

Por último, sobre o Enunciado 51, o que me chama a atenção é a banalização da urgência. Todos os casos acabam sendo urgentes. Até a somatropina, que é um hormônio do crescimento, acaba entrando nessa ideia da urgência. Então, em todos os pedidos fico atento ao relatório médico e são raros os casos em que há contemporaneidade entre o ajuizamento da ação e a elaboração do relatório. São raros os casos que se atentam ao conceito sobre o que consiste em urgência e emergência.

Assessor Marcus Vinícius Borges Maciel: aqui na 2ª Vara Cível de Uberlândia, que tem competência prioritária nos feitos de saúde suplementar, lidamos diariamente com pedidos de tutela de urgência. Vemos mesmo uma banalização da urgência. Confunde-se pressa com urgência. Tem pedidos de antecipação de tutela em casos em que não há indicação expressa de urgência no relatório médico. É o caso de cirurgia reparadora posterior à bariátrica. Os médicos não evidenciam essa urgência, mesmo assim os relatórios são usados para embasar o pedido. Mas temos indeferido os pedidos por falta de demonstração da urgência e, traduzindo para as linhas do CPC, fazemos a análise à luz do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Mesmo assim, na segunda instância o tribunal tem reformado as decisões sob o entendimento de que essa urgência é inerente, ainda que o relatório médico não indique.

Assessor Paulo Eduardo Gontijo de Araújo: fiquei incumbido de comentar os Enunciados 54, 56 e 82, mas penso que os Enunciados 54 e 56 já foram abordados. Falarei sobre o Enunciado 82. (Enunciado 82. “**A entrega de valores bloqueados do orçamento público da saúde para custeio do tratamento na rede privada não deve ser feita diretamente à parte demandante, e sim ao estabelecimento que cumprir a obrigação em substituição à Fazenda Pública, após comprovação da sua realização, por meio de apresentação do respectivo documento fiscal**”). O comentário que faço é baseado na minha experiência vivenciada em que a Fazenda Pública tem se manifestado nos processos no sentido de que ela mesma não nega a possibilidade de entrega de valores diretamente à parte, ressaltando a necessidade de prestação de contas. A manifestação da Fazenda trouxe cinco itens que devem ser observados nessa hipótese excepcional de o valor ser entregue diretamente à parte. Um dos itens trata da necessidade da prestação de contas. Outro resalta a necessidade de cuidado na suspeita de fraude na emissão da nota fiscal eletrônica. O que parece é que a própria Fazenda não exclui a possibilidade excepcional de direcionamento do valor à parte.

Desembargador Renato Luís Dresch: eu não entendi bem. A Fazenda está permitindo que faça o pagamento direto?

Assessor Paulo Eduardo Gontijo de Araújo: a manifestação foi nesse sentido, sim, mas que fosse rigorosa a prestação de contas.

Desembargador Renato Luís Dresch: creio que tenha sido mais no sentido de que, se algum juiz tem determinado entregar o valor diretamente à parte, para que haja maior rigor na prestação de contas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: eu penso exatamente como o desembargador Renato. Não quer dizer que a Fazenda estimule a entrega direta. O que a fazenda está fazendo no processo é dizer que, se a postura do magistrado é de liberar valores diretamente à parte, isso seja feito com maior rigor. Para dizer a verdade, muitos desses enunciados nos geram dificuldade de compreensão da matéria. Penso que deveria haver uma revisão sistemática, cancelando qualquer enunciado que trate da possibilidade de entrega de valores diretamente à parte. Vejam a situação que a Raquel trouxe de sua experiência em Varginha: valor do Estado direcionado para pagamento de verba trabalhista.

Juíza Ana Kelly Amaral Arantes: também percebemos que para o ente público é muito confortável depositar o dinheiro e deixar nas mãos do Judiciário. Ele não se preocupa em pesquisar e fazer essa compra. A compra pelo ente público tem um desconto que não é acessível para o particular. O caminho deveria ser o próprio ente público fazer essa compra com os descontos e previsões dentro do orçamento.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: realmente percebemos o quão precária é a atuação da fazenda nos processos. Mas eu insisto em uma parte que já discutimos em nossos encontros anteriores. Se a compra é da política pública ou não. Muito do que fazemos no dia a dia da judicialização da saúde é sobre tecnologias não incorporadas. Daí surge a indagação se seria responsabilidade da fazenda. Estou concedendo algo que não está na política pública e ainda obrigo a fazenda a cumprir. Não vejo como obrigação da fazenda, mas nossa. Nós avançamos para além da política pública entendendo que a pessoa tem o direito. De outro lado, se se trata de algo que foi pactuado e está na política pública, é importante colocar no processo que houve a falha e que ela deve ser corrigida pelo poder público. É muito importante essa distinção. Não consigo conceber como obrigar a fazenda a cumprir algo que não foi normatizado, padronizado.

Juíza Ana Kelly Amaral Arantes: escolhi o Enunciado 106 (“**Deve ser priorizada a tentativa de conciliação na área de saúde, com o envio do processo aos CEJUSC- SAÚDE ou instâncias de conciliação similares**”) porque já houve, por iniciativa do des. Dresch, a instalação do pré-processual no Juizado Especial de Belo Horizonte, tanto na matéria de saúde pública quanto na matéria de saúde suplementar, e sempre foi muito elogiado. As pessoas chegavam ao balcão da secretaria e já eram orientadas sobre o direito ao medicamento. Havia

um atendente para fazer essa intermediação. Isso foi extinto e agora estamos tentando reacender e reformular essa importante iniciativa. Inicialmente vamos começar com a Unimed Saúde. Sendo questão de saúde, a parte ingressará em um link fornecido pela Unimed para ter uma resposta imediata sobre a negativa. Isso vai envolver também o CEJUSC Saúde e o objetivo maior é ampliar para o setor público. É importante observar que há pedido de medicamento que custa 20 reais, o que não justifica movimentar um processo no Judiciário, que gera custo médio de 8 mil reais. Outro problema é perceber quando um medicamento é fornecido pelo Município na dosagem de 10mg, mas ele precisa de um medicamento de 20mg. Seria o caso de ele tomar dois comprimidos, mas faz a compra do medicamento de 20mg porque ele não está na listagem padronizada do SUS. São questões simples que podemos resolver de forma imediata pelo pré-processual. Então esse enunciado justificativa essa iniciativa.

Também gostaria de falar rapidamente sobre os Enunciados 107 (“**A consulta ao Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus pode ser determinada em processos em grau de recurso, sem a necessidade de devolução dos autos ao Juízo de 1º grau para nova instrução**” e 110 (“**Nos contratos de assistência à saúde com opção de livre escolha de prestadores em que haja previsão de critérios objetivos para o cálculo de reembolso prevalecem os limites das disposições contratuais pactuadas**”).

Sobre o Enunciado 107, ele também é interessante porque fortalece uma atuação judicial mais centrada nas evidências científicas, encorpando o NatJus tanto para o apoio aos Juízes na primeira instância quanto aos desembargadores na segunda instância.

E sobre o Enunciado 110, eu participei das discussões para envio da redação. Nesse encontro em Cuiabá, houve a participação de 26 Estados, mais o Distrito Federal. Foram 200 propostas, 66 enunciados selecionados, 14 novos e 10 alterados. Um enunciado foi revogado. Dessas propostas, apresentamos 10 e dois enunciados nossos foram aprovados. Um deles é esse Enunciado 110. O enunciado foi no sentido de que a parte contrata uma consulta médica com o profissional da escolha dela e o plano reembolsaria de acordo com as disposições contratuais, e não de acordo com a tabela do médico com o qual ela consultou.

6º Encontro. Boas práticas nas demandas de saúde pública (continuação)

Assessora Alana Alves Santos: vou falar sobre os Enunciados 14 (“**Não comprovada a ineficácia, inefetividade ou insegurança para o paciente dos medicamentos ou tratamentos fornecidos pela rede de saúde pública ou rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, deve ser indeferido o pedido (STJ - Recurso Especial Resp. nº**

1.657.156, Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves - 1ª Seção Cível - julgamento repetitivo dia 25.04.2018 - Tema 106” e 74 (“Não havendo cumprimento da ordem judicial, o Juiz efetuará, preferencialmente, bloqueio em conta bancária do ente demandado, figurando a multa (astreintes) apenas como *ultima ratio*”).

Quando escolhi o Enunciado 14, imaginei que seria mais tranquilo para comentar depois de tudo que já foi tratado em nossos encontros. Mas a obviedade do enunciado ainda precisa ser dita. Mesmo porque já foi decidido no Tema 106 do STJ sobre os requisitos para concessão de medicamento não padronizado. Nessa linha do Tema 106 ficou definido que deveria ser demonstrada a imprescindibilidade do medicamento e a necessidade de usar especificamente esse não padronizado. Nessa linha da imprescindibilidade deve estar demonstrada a inexistência de alternativa similar disponibilizada pelo SUS. Na Unidade de Itabira, em que atuo como assessora, em relação ao campo para ser preenchido no relatório médico se existem alternativas pelo SUS e se foram usados medicamentos similares, ou o motivo de não ter sido receitado o tratamento disponibilizado pelo SUS, percebe-se que as respostas no relatório médico são genéricas. Geralmente constam respostas simples como “não há indicação para o caso” ou “sem melhora clínica” ou “já foram tentadas várias alternativas”. Na verdade, existem vários outros protocolos a ser seguidos. Essas respostas são rasas e não consta o motivo de fornecer especificamente aquele medicamento. Por exemplo, no caso de fibromialgia, em que o paciente pediu o medicamento *dual* (princípio ativo *duloxetine*), os médicos geralmente listam três medicamentos, mas há toda uma lista do SUS para essa situação. Esse enunciado é o que mais traduz as conclusões que eu cheguei com os nossos encontros. Imaginamos que é evidente o que está disposto no Enunciado n. 14, que todo mundo já assimilou, mas não, algo mais precisa ser dito. Eu me lembro de uma palestra que a Egef ofereceu no meio do ano passado em que um servidor da Conitec falou sobre a boa judicialização, que é quando o Judiciário garante o medicamento que está na lista.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: esse enunciado é importante porque, quando o Tema 106 do STJ foi julgado, ao ler o voto do Min. Benedito Gonçalves, ele deixa ao julgador uma margem para fundamentar a decisão, para entender como isso vai ser demonstrado no caso concreto. É muito comum ver que o médico fez constar no laudo que “todas as medidas terapêuticas oferecidas pelo SUS foram tentadas sem sucesso” e, por isso, o motivo da prescrição da tecnologia/produto/procedimento fora das políticas do SUS ou daquilo que foi padronizado ou contratualizado pelo SUS. Como vou saber que os demais medicamentos foram usados e não surtiram efeito somente a partir de um laudo? Então, o que me satisfaz é a juntada do prontuário médico porque o laudo não me satisfaz com o nível de informações sobre os

medicamentos usados no tratamento. Com o prontuário vou poder verificar a conduta médica com relação a determinado medicamento. Posso determinar a juntada do prontuário, mas ainda subsiste uma questão. Como saber quais os medicamentos e o roteiro que o SUS disponibiliza para aquela doença, e que deveria ser seguido pelo médico, mas ele não seguiu? É importante saber qual o roteiro estabelecido para a política pública para podermos exigir. Há muitos PCDT's (Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas) que a Conitec já elaborou para tratar de muitas enfermidades. Tendo ciência disso, o parâmetro de cobrança do médico é mais seguro.

Assessora Alana Alves Santos: o outro enunciado que escolhi foi o 74. Esse enunciado foi escolhido porque é muito utilizado na prática. Não poderíamos fazer a análise completa da política pública e de impacto orçamentário no momento de conceder o medicamento e depois descuidar disso no momento de fixar multa. Percebe-se que a multa desestimula o ente público a fornecer o tratamento/medicamento. Claro que se concede um prazo para cumprir a ordem porque tem que se considerar que o cumprimento segue todo um procedimento formal, de modo que, não cumprindo no prazo, determinamos que a parte apresente 3 orçamentos. Depois disso passamos ao bloqueio. Não conseguimos perceber que a multa tenha efetividade no cumprimento da obrigação. Ainda, preocupo-me em não afetar o orçamento da saúde pública. A Defensoria Pública insiste bastante na fixação da multa, sob o fundamento de inércia do poder público. É grande o impacto orçamentário quando imposta a multa e não se pode descuidar que há toda uma dificuldade de se fornecer um tratamento que não é padronizado.

Assessora Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão: gostaria de complementar a questão em relação à multa porque trabalhei bastante tempo como assessora em Câmara especializada em Direito Público. Há três anos trabalho como assessora em Câmara especializada em direito privado. Era muito comum fixar a multa, principalmente em caso de atraso de fornecimento de medicamento. Atualmente estou na 18ª Câmara Cível e os desembargadores têm aplicado a multa para operadoras de planos de saúde, principalmente em casos de atraso prolongado. Tem sido uma constante esse descumprimento pelas operadoras.

Desembargador Renato Luís Dresch: quando o juiz impõe a multa, eu a suspendo de ofício. Então eu faço o bloqueio e mando pagar direto ao laboratório ou ao prestador do serviço. Já suspendi os efeitos de multa imposta na casa do milhão, que ofendiam até mesmo o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determina que observemos o impacto das decisões.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: penso ser importante fazermos a distinção entre a judicialização da saúde pública e a judicialização da saúde suplementar. Na saúde suplementar,

parece-me que há um consenso de que a imposição de multa realmente pode ser necessária, até porque o magistrado não está lidando com ente público. E esse bloqueio, diferentemente do que acontece em demanda sobre saúde pública, está afeto às relações jurídicas de direito público. E embora isso possa causar certo prejuízo ao grupo do plano de saúde, sabemos que a operadora trabalha em regime de lucro. Assim, parece-me que a multa realmente pode e deve ser estimulada nas demandas da saúde suplementar. O problema é maior na judicialização da saúde pública em que não lidamos mais com normas de direito privado, mas com normas de direito público. E aqui não devemos fazer a distinção entre a tecnologia que está padronizada e a que não está padronizada pela política pública. Precisamos efetivamente ter entendido que aquilo que não está padronizado foge ao raio de uma enorme quantidade de coisas que o Poder Público nem pensou. Não foram feitos estudos técnicos, econômicos, não foi analisado pelos órgãos legitimados pelo direito. Às vezes até já foi examinado, por exemplo pela Conitec, e acabou rejeitado pelo Ministério da Saúde após recomendação de não incorporação pela Conitec. Mesmo assim, a Defensoria Pública insiste em pedir e ainda quer a imposição de multa. A Defensoria Pública pedir a imposição de multa para aquilo que não está padronizado é, no mínimo, profundo desconhecimento da matéria. Temos que ter esse cuidado porque esse tipo de conduta atinge o orçamento. Se imponho *astreinte*, além do que a pessoa precisa, vale dizer, um valor maior, indiretamente estou distribuindo recurso público.

Desembargador Renato Luís Dresch: sou a favor da especialização pela necessidade de saber fazer essa distinção entre o público e o privado. Temos que compreender que no direito público estou tratando de orçamento, de interesse público e da coletividade, sem fins de lucro. Por outro lado, na iniciativa privada tenho o contrato, o lucro. O olhar é diferenciado. Por isso é importante se especializar. Quem trabalha em vara pública, em família, em crime, cada um tem seu olhar.

Assessora Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão: exatamente isso. Há uma diferença gritante entre a análise da judicialização da saúde no âmbito público e no privado.

Juíza Raquel Discacciati Bello: também não tenho por hábito fixar multa. Sobre os processos de saúde pública, pensando em uma demanda de medicamento de uso contínuo, a obrigação é de fazer, no sentido de fornecer o medicamento. Sistemáticamente o que vemos são processos em cumprimento de sentença com mais de dez anos em que a parte ainda precisa do medicamento. E é necessário fazer o bloqueio nesses casos. Em processos em cumprimento de sentença o juiz fica fazendo esses bloqueios, mas penso que seria necessária uma medida, talvez a própria multa, para que o ente público adote alguma forma de fornecer para evitar essa repetição de bloqueios.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: vejo com certa dificuldade impor ao poder público que promova licitação e operacionalize de uma forma tal quando o cumprimento da decisão é para a aquisição de um medicamento que não foi pensado pela política pública. O poder público, a meu ver, não pode ser obrigado se organizar de uma forma tal por conta de uma decisão judicial. Se esse medicamento tivesse sido pensado pela política pública e padronizado pelo SUS, aceitaria isso perfeitamente. Nesse caso, não há dúvida! Esse medicamento foi pensado pela política pública, ele está dentro do sistema de universalidade do SUS e não está sendo fornecido. Há uma falha do poder público. Mas, veja, quando não estamos mais dentro desse raio de organização da política pública é porque o magistrado entendeu de forma diversa. A máquina pública toda passa a ser movimentada por causa de um medicamento específico. Penso que não deveria impor esse ônus de alterar toda a máquina por conta de um magistrado que pensou de outra forma. Infelizmente o fornecimento vai ser individualizado, não tendo como ele ser objetivado dentro da máquina pública.

Desembargador Renato Luís Dresch: lembro-me da fosfo. Havia mais de 400 relatos de casos de que essa substância curava câncer. E os juízes começaram a conceder a liminar. Mas os que concederam a liminar o fizeram sem evidência científica.

Juiz de Direito Renzzo Giacomo Ronchi: o canabidiol parece caminhar no mesmo sentido. Não há registro na Anvisa, mas mera autorização. Não sabemos ainda os efeitos colaterais desse medicamento, digo a longo prazo. Por isso, como magistrado, eu preciso confiar na posição institucional da Conitec, que não recomendou sua incorporação ao SUS para o tratamento da epilepsia refratária.

Assessora Raquel Monteiro Calanzani de Mattos: gostaria de comentar três enunciados (Enunciado 3. “**Nas ações envolvendo pretensões concessivas de serviços assistenciais de saúde, o interesse de agir somente se qualifica mediante comprovação da prévia negativa ou indisponibilidade da prestação no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS e na Saúde Suplementar. (Redação dada na III Jornada de Direito da Saúde - 18.03.2019)**”. Enunciado 49. “**Para que a prova pericial seja mais fidedigna com a situação do paciente, recomenda-se a requisição do prontuário médico**”. E Enunciado 103. “**Havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS - CONITEC pela não incorporação de tecnologia judicializada, a decisão que a deferir, desacolhendo tais fundamentos técnicos, deve ser precedida de análise do Núcleo de Apoio Técnico do Judiciário - NatJus, ou substituto, que aponte evidência científica de desfecho significativo à luz da condição específica do paciente. (Redação dada na VI Jornada de Direito da Saúde - 15.06.2023)**”).

Sobre o Enunciado 3, penso que se não há a negativa, falta o interesse de agir. Penso que todos têm o direito de acionar a tutela jurisdicional. Mas muitas vezes o advogado entra visando somente aos honorários no final. E às vezes o poder público já fornece o medicamento e a parte nem sequer traz a negativa de fornecimento.

Desembargador Renato Luís Dresch: eu estou de acordo com essa posição. Concedese um prazo de 30 (trinta) dias para demonstrar que provocou no âmbito administrativo, sob pena de indeferimento da petição inicial.

Assessora Raquel Monteiro Calanzani de Mattos: Sobre o Enunciado 49, não tínhamos a prática de exigir o prontuário médico. Mas depois de nossos encontros, eu percebi a importância de sua apresentação.

Desembargador Renato Luís Dresch: se exigirmos o prontuário médico no processo, devemos impor o sigilo de justiça ou que esse documento fique em separado, sendo preservado o sigilo. Alguns médicos se preocupam dizendo que algumas enfermidades são muito delicadas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: tenho feito isso também para preservar o sigilo. Mas entendo que isso não impede a exigência, desde que adotada a cautela.

Assessora Raquel Monteiro Calanzani de Mattos: e sobre o Enunciado 103, temos o cuidado de toda vez em que há um pedido de concessão de medicamento acessarmos o site da Conitec. Outra questão, professor Renzo, é que os colegas têm me questionado que não sabem o caminho para as pesquisas e nem as ferramentas que o próprio Tribunal disponibiliza. Acho que podemos fazer um trabalho em cima disso.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: em 2021 escrevi um roteiro de 50 páginas trazendo todas essas informações, diferenciando está dentro e fora da política pública; a quem direcionar; saber olhar Rename etc. Mas essa parte visual pode ser trabalhada. Vou disponibilizar no grupo. Podemos trabalhar em cima desse arquivo. Podemos atualizar esse texto, pois já temos informações que necessitam ser atualizadas, como próprio Tema 1234 do STF.

Sobre o enunciado n. 103, ele é importantíssimo. Reparem que ele orienta “havendo recomendação [...], a decisão que deferir desacolhendo os fundamentos técnicos”, quer dizer que a decisão deve obrigatoriamente enfrentar a política pública. Ela não usa a expressão desconsiderando, desatendendo, por isso é preciso trazer fundamentos. O ato da Conitec é um ato administrativo, dotado de presunção de veracidade e legitimidade. Se estou desacolhendo preciso apresentar fundamento idôneo porque o ônus argumentativo passa a ser do juiz. A carga argumentativa passa a ser daquele que desacolhe o ato. Por isso que o Enunciado 103 fala que a decisão deve estar amparada por consulta técnica ao NatJus e/ou que aponte evidências

científicas de desfecho à luz da condição do paciente. Mas é preciso enfrentar a política pública. Reparem que ao fixar a tese do Tema 1161 da Repercussão Geral o STF não desacolheu os fundamentos da Conitec sobre o canabidiol, ele nem sequer os enfrentou. Por isso, é preciso ter fundamento para desacolher esse ato da Conitec. Não posso fazer isso com a prática costumeira de invocar princípio abstrato. E não podemos fazer isso porque o princípio invocado na decisão é o mesmo que também já foi aplicado na política pública para não englobar a tecnologia. Resumindo: se for desacolher, deve fazê-lo com base em fundamentos concretos e não abstratos.

Desembargador Renato Luís Dresch: quando se fala somente na dignidade da pessoa humana, sem o exame da legislação sanitária que é emanção desse princípio, no fundo, isso representa violação ao art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que fala que não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem considerar as consequências práticas.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: trava-se uma luta política no processo judicial porque o gestor público, para incorporar a tecnologia, já observou o princípio da dignidade da pessoa humana.

Juíza Raquel Discacciati Bello: Sobre o enunciado 69 (“**nos casos em que o pedido em ação judicial seja a realização de consultas, exames, cirurgias ou procedimentos especializados, recomenda-se consulta prévia ao ente público demandado sobre a existência de lista de espera organizada e regulada pelo Poder Público para acessar o respectivo serviço, de forma a verificar a inserção do paciente nos sistemas de regulação, de acordo com o regramento de referência de cada Município, Região ou Estado, observados os critérios clínicos e de priorização**”), é muito comum o uso do Judiciário para “furar fila”. Esse enunciado visa não prejudicar a organização da fila que existe e muitas vezes é sumariamente ignorada sem o exame da urgência e sem o cuidado de ouvir o ente público. Depois de nossos encontros tenho sido mais cuidadosa nas decisões e tenho visto uma prática da Defensoria Pública, que litiga muito na unidade judiciária onde atuo, juntando novos relatórios depois do indeferimento da tutela com base em relatório, recomendação da Conitec. A Turma Recursal tem aceitado essa prática da defensoria de que se o relatório médico insiste que é necessário o ato da Conitec não tem peso para negar o direito.

Desembargador Renato Luís Dresch: esse enunciado 69 está indicando para que se conheça a rede. A Constituição Federal é clara no sentido de que o serviço será prestado em uma rede regionalizada e hierarquizada. E essa hierarquia segue um grau de complexidade. Então não se pode impor a determinado Município (principalmente os de menor porte) a

realização de procedimento complexo. O juiz tem que saber isso. Por isso tanto lutei para especializar a matéria, criando-se a segunda vara como sendo a responsável pela saúde. Ainda sobre o Enunciado 69, ele pode ser complementado com o Enunciado 93, que estabelece os prazos fixando um paradigma para saber a partir de que momento existe a mora. Eu fui autor da proposta desse enunciado 93 e observei que havia a necessidade de um paradigma para saber quando há o atraso. Então agora temos um paradigma.

Juíza Raquel Discacciati Bello: Sobre o Enunciado 89 (“**Deve-se evitar a obstinação terapêutica com tratamentos sem evidências médicas e benefícios, sem custo-utilidade, caracterizados como a relação entre a intervenção e seu respectivo efeito - e que não tragam benefícios e qualidade de vida ao paciente, especialmente nos casos de doenças raras e irreversíveis, recomendando-se a consulta ao gestor de saúde sobre a possibilidade de oferecimento de cuidados paliativos de acordo com a política pública**”), ele traz uma reflexão sobre questões que não gostamos de lidar. A questão da morte, de querer fazer o impossível. O magistrado pensar que a recusa dele vai ocasionar o óbito fora da hora. Muitas das vezes somos pressionados pelos laudos médicos quando já não há muito mais o que fazer. Temos que refletir nossa atitude para pensar também um pouco sobre até onde ir. É uma tarefa difícil, mas é um trabalho de conscientização, de reflexão. Lembro-me de uma pessoa próxima, que o pai já estava em estado terminal de câncer, e o médico conseguiu prescrever uma última quimioterapia, que era uma “inovação da inovação”, e me disse que ia judicializar para ficar com a consciência tranquila. De fato, ela judicializou e, mesmo assim, o pai faleceu cerca de 15 (quinze) dias depois. Esse enunciado é necessário porque nos cobra uma reflexão de ordem moral. Muitas vezes somos joguetes nas mãos da indústria farmacêutica ou de médicos mal-intencionados. Por isso devemos trabalhar em cima das evidências científicas.

Desembargador Renato Luís Dresch: o julgador precisa preservar a razão para julgar demandas de saúde, não confundindo aspectos sociais da lei com a sua própria emoção.

Juíza Raquel Discacciati Bello: eu já li duas obras de uma médica que eu gosto muito, que fala de cuidados paliativos, que é a Ana Quintana Arantes. Ela tem tido muita dificuldade de trazer esse assunto entre os próprios médicos. Os médicos entendem que a obrigação deles é ir até o fim. Se uma médica enxerga essa dificuldade de os próprios profissionais da saúde compreenderem a necessidade de aceitar cuidados paliativos para situações incuráveis, imagine isso entre nós, magistradas e magistrados. É uma questão importante para se refletir porque devemos ser técnicos e isentos.

Juiz Renzo Giacomo Ronchi: em uma inspeção na farmácia municipal da comarca onde atuo, a farmacêutica coordenadora pediu-me um auxílio sobre o que fazer com quatro

caixas de medicamentos oncológicos que custaram 200 mil reais, e a paciente havia falecido. Eu não tinha uma resposta para essa situação e indaguei se não conseguia vender ou destinar para outra pessoa. Ela apresentou as dificuldades na destinação. Temos nossos dilemas morais, mas a responsabilidade deve ser maior.

Juíza Fernanda Mendonça Silva Terra: gostaria de comentar o Enunciado n. 76 (“**A decisão judicial sobre fornecimento de medicamentos e serviços de saúde deverá, à vista do contido nos autos, trazer fundamentação sobre as suas consequências práticas, considerando os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas (arts. 20 a 22 da LINDB), não podendo fundar-se apenas em valores jurídicos abstratos (art. 20 da LINDB)**”). O Desembargador Renato Dresch já tangenciou sobre esse enunciado. Isso reforça nosso pesadíssimo ônus argumentativo. Estou enfrentando um caso recente em que o PDCT tem os parâmetros de idade para o fornecimento. A requerente se encontra muito próxima dessa idade, mas ainda não alcançou. Então como não há discussão sobre a eficácia e não houve a incorporação por critérios econômicos isso realmente me deixa muito preocupada, angustiada, com relação a esse ônus, de considerar que já foi analisada a incorporação sob esses parâmetros, segundo os quais ela não tem direito por esse critério meramente econômico. São nossos dilemas que enfrentamos todos os dias. Estamos em busca de aprimoramento judicial. É realmente muito difícil argumentar nesse sentido: como falar dessas dificuldades, obstáculos e consequências práticas ao afastar uma política pública e, ao mesmo tempo, não considerar que existe um medicamento com eficácia comprovada para o caso clínico.

Desembargador Renato Luís Dresch: esse é o mundo do juiz. Decisões difíceis devem ser tomadas.

Juíza Fernanda Mendonça Silva Terra: seguindo, sobre o Enunciado 52 (“**Nas ações reiteradas na mesma Comarca que apresentem pedidos de medicamentos, produtos ou procedimentos já previstos nas listas oficiais, como medida de eficácia da atuação jurisdicional, é pertinente o magistrado dar ciência dos fatos aos Conselhos Municipal e Estadual de Saúde**”), essa é uma questão que já foi discutida em encontros anteriores. Pedidos de concessão de medicamento que já estão incorporados na política pública, mas, por questão de vazio institucional, pelo tamanho da cidade, não estão sendo fornecidos. Uma questão que me surgiu foi de fazer um controle sobre o índice desse tipo de demanda para usar dessa ferramenta para informar ao administrador público. Às vezes o gestor não tem a dimensão do impacto que está tendo em relação às contas públicas.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: a ideia da inspeção também é interessante para saber o que está acontecendo. Se é falta de estoque, qual foi o motivo. De fato, o enunciado vem nesse sentido.

Juíza Fernanda Mendonça Silva Terra: acerca do Enunciado 112 (“**O orçamento realizado pelo autor, na rede privada, deve descrever minuciosamente os honorários médicos, taxas hospitalares, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, observando-se a Resolução CFM nº 2.318/2022 e, quando da prestação de contas, o autor deve trazer aos autos o prontuário médico, em especial o relatório de cirurgia e as notas fiscais individualizadas emitidas pelos prestadores de serviços**”), é preciso que haja mesmo esse cuidado com a própria elaboração do orçamento.

Assessor Marcus Vinícius Borges Maciel: vou ser bem breve e falar desses dois enunciados de uma vez porque estão interligados (Enunciado 95. “**A alteração de dosagem, posologia, quantidade ou forma de apresentação de medicamento, produto ou insumo em relação ao postulado na inicial não implica ampliação dos limites objetivos da lide, aplicando-se a regra da fungibilidade**” e Enunciado 111. “**Salvo concordância da parte contrária, viola o artigo 329 do Código de Processo Civil pedido de alteração da tecnologia de saúde após o saneamento, devendo, no caso de necessidade de alteração do tipo de tratamento, ser proposta nova demanda**”). O enunciado 95 estabelece a hipótese em que a mudança no tratamento, deixando de ser mera tecnologia para ser em verdade outro tipo de cura, não atrai a regra do aditamento da inicial. Sabemos que uma prescrição médica não é um ato imutável e pode sofrer alteração no decorrer do tempo, conforme o paciente evolua ou piore a depender do caso. Por isso o pedido é interpretado de acordo com o conjunto da aplicação. Uma vez que foi formulada a tecnologia, a mudança na forma de aplicação não atrairia a necessidade de alteração da inicial. E o Enunciado 111 reforça essa possibilidade de modificação do tratamento no curso do tempo, principalmente nos oncológicos. Por vezes a substância já não surte mais efeitos no tratamento do câncer. É interessante porque o ente pode concordar com a parte contrária. Esse enunciado transita muito entre os casos de saúde pública e suplementar. Afasta-se aquele marco do saneamento para alteração dos limites objetivos da lide. Essa interpretação privilegia a economia processual na medida que respeita o próprio consenso das partes.

Juliana Faleiro de Lacerda Ventura: ainda sobre o Enunciado 93, penso ser muito importante. Como todos sabem as cirurgias eletivas foram suspensas no período de pandemia (que são essas que vão para as filas do SUS). Como houve essa suspensão, acredito que foi por mais de um ano, houve um acúmulo muito grande. Hoje há esse problema, que o prazo de 180

dias já foi ultrapassado. Vejo, pelos pedidos que chegam, que existem classificações dessas cirurgias nessas filas. Existem as classificações de ordem vermelha e amarela. Já estão chegando pedidos em que a pessoa não está classificada como vermelha, mas já ultrapassou os 180 dias. Ou seja, pelo enunciado já se constata o atraso na prestação de serviço. A ideia é mesmo dizer que as filas do SUS existem. É um enunciado que poderia ser tratado nas demandas coletivas. A judicialização individualizada pode gerar injustiça na formação, na ordem de classificação dessa fila. É um tema a ser tratado de forma coletiva para que junto com o Município, através de reuniões, haja o tratamento igualitário.

Assessora Simone Letícia Severo e Sousa Dabés Leão: Gostaria de falar rapidamente sobre os Enunciados 42 e 43 (Enunciado 42. “**Quando comprovado o desejo de viver e de ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil**” e Enunciado 43. “**É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização**”). O SUS oferece, mas nem todos os Estados disponibilizam. A fila de espera pode chegar a 10 (dez) anos. Alguns juízes ainda são resistentes ao tema, negando pleito sob o fundamento de que cirurgia seria necessária. Em 2009 o STJ já tinha dado o primeiro passo para que a pessoa tivesse o direito de usar o nome social sem a cirurgia. Depois, em 2017, o STJ evoluiu e reforçou essa questão em decisões posteriores, deixando claro que é possível a alteração do nome. Fiz questão de separar esses enunciados porque, apesar de ser uma questão tão óbvia, por se pacífica na jurisprudência dos tribunais, muitos juízes ainda têm exigido a cirurgia para a alteração do nome. E temos observado que o TJMG tem modificado essas sentenças de primeiro grau em que se exige a prévia cirurgia para troca de nome.

Juiz Renzzo Giacomo Ronchi: a pessoa já lida com o sofrimento de não se adaptar ao próprio corpo. Não deveria encontrar resistência judicial.

REFERÊNCIAS

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito. Teoria da Argumentação jurídica**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2022.

BATISTA DOS SANTOS, Márcia W. *et. al.* **O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com risco à saúde**. In: DALLARI BUCCI, Maria Paula; DUARTE, Clarice Seixas. (coords.). *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Código de Ética Médica. Resolução CFM nº 2.217/2018**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde. **Enunciados sobre direito à saúde**. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/06/todos-os-enunciados-consolidados-jornada-saude.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Judicialização e Sociedade. Ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judiciário deve priorizar litígio coletivo das demandas de saúde, destaca presidente do CNJ**. Notícia publicada em 23 de novembro de 2023. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/judiciario-deve-priorizar-litigio-coletivo-das-demandas-da-saude-destaca-presidente-do-cnj/>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 146/2023, que dispõe sobre estratégias para o cumprimento adequado das decisões judiciais nas demandas de saúde pública**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5360>>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 530/2023, que institui a Política Judiciária de Resolução Adequada das Demandas de Assistência à Saúde, que estabelece diretrizes para o planejamento de ações no âmbito do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus) e o seu respectivo Plano Nacional (2024 – 2029)**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5330>>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. Comissão Intergestores Tripartite. Resolução nº 29/2017, que dispõe sobre a apresentação de justificativa para a prescrição de medicamento(s) não padronizado(s) no Sistema Único de Saúde (SUS) e centralização de dados. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cit/2017/res0029_01_11_2017.html>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Comissão de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC. Estrutura organizacional atualizada em 3 de junho de 2022**.

Disponível em: <<https://www.gov.br/conitec/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional>>, acesso em: 31 jan. 2024.

BRASIL. Netflix. **Explorando o desconhecido. A máquina do tempo cósmica.** Disponível em: <<https://www.netflix.com/br/title/81473680>>, acesso em: 26 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Emenda Constitucional nº 95/2016, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.080/1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>, acesso em: 1 fev. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.401/2011, que altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm#art1>, acesso em: 25 jan. 2024.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.787/1999, que altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências.** Disponível em: <[BRASIL. Senado Federal. **Promulgada Emenda Constitucional do Teto de Gastos Públicos.** Notícia publicada em 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>, acesso em: 20 jan. 2024.](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19787.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.787%2C%20DE%2010%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201999.&text=Alterar%20a%20Lei%20no%2C%20farmac%C3%AAuticos%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.>>, acesso em: 25 jan. 2024.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE.** Rel. Min. Gilmar Mendes. Pleno. DJe de 30/4/2010. Disponível em:

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 855.178/SE (Tema 793 do STF)**. Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Min. Edson Fachin. Pleno. DJe de 15/4/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 657.718/MG (Tema 500 do STF)**. Rel. Min. p/ Acórdão Roberto Barroso, Pleno, DJe de 9.11.2020. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 1165959/MG (Tema 1161 do STF)**. Rel. Min. p/ Acórdão Alexandre de Moraes, Pleno, DJe de 22.10.2021. Disponível em: <<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757870908>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 566.471/MG. Rel. Min. André Mendonça (Tema 6 do STF)**. Pleno. Pendente de julgamento. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2565078&numeroProcesso=566471&classeProcesso=RE&numeroTema=6>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF)**. Rel. Min. Luiz Fux (à época presidente da Corte). Pleno. DJe de 13/9/2022. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762992810>>. Acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF). Decisão proferida pelo relator do recurso, determinando a suspensão do processamento em âmbito nacional dos recursos extraordinário e especial**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 11 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357222379&ext=.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 1.366.243/SC (Tema 1234 do STF). Decisão proferida pelo relator do recurso, concedendo em parte tutela provisória incidental**. Rel. Min. Gilmar Mendes. 17 abr. 2023. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15357370113&ext=.pdf>>, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Incidente de Assunção de Competência no julgamento dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS; 187.533/SC e 188.002/SC (Tema 14 IAC)**. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção, 26 out. 2022.

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=164839483®istro_numero=202200976139&peticao_numero=202200545140&publicacao_data=20221125&formato=PDF, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Incidente de Assunção de Competência no julgamento dos Conflitos de Competência n. 187.276/RS; 187.533/SC e 188.002/SC (Tema 14 IAC)**. Rel. Min. Gurgel de Faria. Primeira Seção. DJe de 13/6/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=156184989®istro_numero=202200976139&peticao_numero=202200IJ2100&publicacao_data=20220613, acesso em: 20 jan. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106 do STJ)**. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Seção. DJe de 4.5.2018). Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1750502&num_registro=201700256297&data=20180921&peticao_numero=201800276127&formato=PDF, acesso em: 20 jan. 2024.

DRESCH, Renato Luís. **Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde**. In: SANTOS, Lenir; TERRAZ, Fernanda. (Org.). *Judicialização da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes, 2014, p. 25-57.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

EWAN, Ian. **A balada de Adam Henry**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

FREITAS FILHO, Roberto. **Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões**. Brasília, Revista de Informação Legislativa, 44, n. 175, jul./set. 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA; Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

KUBLER-ROSS, Elizabeth. **Sobre a morte e o morrer**. São Paulo: Martins Fontes, 1969.

MELO, José da Cunha. **Direito à saúde baseada em evidências**. Orientador: prof. dr. Antônio Alvares da Silva. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022.

SÃO PAULO. Universidade de São Paulo. Apoio às disciplinas. Vivência profissional. **“Sicko”**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/resource/view.php?id=3659666>, acesso em: 26 jan. 2024.

SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. **A judicialização como instrumento de acesso à saúde: propostas de enfrentamento da injustiça na saúde pública**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) - Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **O custo dos direitos. Por que a liberdade depende dos impostos.** São Paulo: Martins Fontes, 2019.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WANG, Daniel Wei Liang. **Controle judicial e alocação de recursos em saúde na Inglaterra.** Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol. 20, n. 121, p. 268-309, jun./set. 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. **Revisitando dados e argumentos no debate sobre judicialização da saúde.** Revista de Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, p. 849-869, maio/ago 2021. Disponível em: [file:///C:/Users/Renzzo/Dropbox/PC%20\(2\)/Downloads/650-2843-1-PB.pdf](file:///C:/Users/Renzzo/Dropbox/PC%20(2)/Downloads/650-2843-1-PB.pdf), acesso em: 11 set. 2023.