

RESUMO EXPANDIDO

REFLEXÕES SOBRE A *ACCOUNTABILITY* JUDICIAL EM DEMANDAS QUE VISEM AO FORNECIMENTO DE TECNOLOGIAS EM SAÚDE

Fernanda Mendonça Silva Terra*

1 INTRODUÇÃO

A participação no grupo de estudos que culminou na elaboração do presente trabalho decorreu de uma necessidade premente de compreender os mecanismos que permeiam o Direito Sanitário, bem como os rumos que a jurisprudência no tema tem tomado no país. É certo que as faculdades de Direito não contam em seus currículos, em regra, com disciplinas voltadas ao tema, o qual, na maior parte das vezes, faz intersecções importantes com conhecimentos de farmácia, química e medicina.

A atuação do Poder Judiciário nessa seara, portanto, revela-se especialmente desafiadora, exigindo esforço acadêmico do intérprete e constante atualização. Pretende-se, nesse sentido, oferecer algumas reflexões sobre a matéria, a fim de contribuir com a sistematização de ideias entre magistrados.

2 DESENVOLVIMENTO

Quando se fala em demandas judiciais visando ao fornecimento de tecnologias em saúde, sejam medicamentos ou procedimentos, exige-se do julgador especial esforço de manter-se na postura técnica, com distanciamento emocional, analisando objetivamente o quadro fático delineado na demanda, ainda que as variáveis sensibilizadoras sejam das mais difíceis.

* Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio e em *Neuro Law* - Neurociência Aplicada ao Direito e Comportamento Humano pela Escola da Magistratura Federal do Paraná. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *E-mail*: fernanda.terra@tjmg.jus.br.

Com efeito, direitos têm custo financeiro e, por isso, não é recomendável que recursos oriundos dos cofres públicos sejam, sem fundadas razões, usados para garantir os direitos de alguns em detrimento da coletividade (Holmes; Sunstein, 2019).

Logo, ao ordenar o fornecimento de determinada tecnologia em saúde não incorporada às políticas públicas, o julgador, por decorrência lógica, prejudica o custeio de outras necessidades em prol de inúmeros cidadãos e, portanto, tal decisão precisa estar bem fundamentada, à luz da medicina baseada em evidências, a fim de que, na condição de agente público, o magistrado preste contas de sua atuação (*accountability*).

No ponto, chama a atenção o emblemático caso da Fosfoetanolamina, substância experimental que, com a promessa de curar o câncer, levou a uma avalanche de ações judiciais, nas quais, divorciadas de critérios científicos, inúmeras decisões por todo o país obrigaram a Universidade de São Paulo, sem capacidade e sem autorização para tanto, a disponibilizar a substância.

Com efeito, se por um lado incumbe ao Estado promover a saúde das pessoas, no mesmo nível exige-se a garantia da segurança sanitária (art. 200 da CR) (Santos *et al*, 2017) e, exatamente por isso, é ônus do julgador, ao deliberar sobre o fornecimento de tecnologias em saúde, debruçar-se sobre as evidências científicas existentes no caso para, com base na melhor evidência científica disponível, avaliar se deve ser imposta ao Estado a obrigação de fornecimento.

Outrossim, importante considerar que há a chamada hierarquia da evidência:

Tipicamente, na área da medicina, revisões sistemáticas e meta-análises ocupam o topo da hierarquia. Estudos randomizados controlados situam-se acima de estudos observacionais, enquanto estudos de casos controle a opinião de especialistas, situam-se na base da pirâmide dos níveis de evidência (Melo, 2022, p. 29).

Ora, não se pode ignorar que a maioria das decisões judiciais são baseadas em relatórios médicos, os quais muitas vezes são subscritos por profissionais que nem comprovam sua condição de especialistas.

Deve-se lembrar que a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) desenvolve trabalhos constantes de avaliação de tecnologias em saúde e, caso tal órgão já tenha opinado pela não incorporação,

especialmente por ausência de efetividade, recai sobre o julgador pesado ônus argumentativo ao decidir de modo diverso¹.

Não bastasse isso, a grande maioria desses relatórios médicos trazidos aos autos ignora por completo a política pública estabelecida para o tratamento daquela patologia, deixando de demonstrar em que medida as possibilidades ofertadas pelo SUS foram empregadas e ineficazes para o caso em lume.

Por outro lado, por trás das tecnologias em saúde, há uma indústria que movimenta bilhões de reais por ano e, justamente por isso, as decisões judiciais não podem se contentar com os critérios de um ambiente de livre iniciativa de mercado, carregado pelos mais diversos vieses.

Tendo em vista o que preconiza o art. 198 da CR, deve-se pontuar, também, que o instituto da solidariedade, nos moldes instituídos pelo Direito Civil, não se adequa às questões sanitárias. É imprescindível não perder de vista que o SUS está organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada que visa justamente a conferir maior efetividade ao Direito à saúde. Logo, pode-se falar em uma modalidade *sui generis* de solidariedade constitucional, com base na competência material comum.

Nesses casos, a obrigação pode ser exigida ao ente que não detém a competência primária dentro da política pública, desde que aquele inicialmente responsável falhe no cumprimento de seu dever. Para tanto, sugere-se, com conhecida resistência na jurisprudência, a fim de viabilizar a adequada responsabilização, que seja o litisconsórcio considerado unitário na hipótese, com base na natureza da relação jurídica de competência material comum, nos termos do art. 115 do Código de Processo Civil (CPC). Tal medida viabiliza, inclusive, a determinação de emenda da inicial, caso inobservada a competência, sob pena de extinção. Deve-se reforçar que permitir o litisconsórcio facultativo, chancelando que a parte escolha contra quem quer demandar, reforça a desorganização do sistema e aumenta sua ineficiência.

Conquanto vacilante a jurisprudência no ponto, não se pode deixar de abordar a importância da União ser demandada nos casos de tecnologias não incorporadas.

¹ Enunciado n° 76 das Jornadas e Direito da Saúde: “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)” (Brasil, 2019).

Por ser o ente responsável, por meio do Ministério da Saúde e da Conitec e pela avaliação das novas tecnologias, é compondo o polo passivo das demandas que a União poderá melhor dimensionar o impacto da judicialização, principalmente nos casos recorrentes, e eventualmente promover a revisão de decisões, em desejável efeito pedagógico.

Sobre isso, caso os Tribunais Superiores decidam pela impossibilidade de deslocamento da competência para a Justiça Federal, exceção similar àquela usada para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), pode ser aplicada nesses casos, de sorte a facilitar o acesso à justiça, considerando a maior capilaridade do Poder Judiciário dos Estados.

No que tange ao procedimento, recomenda-se, para além da apresentação do relatório médico para judicialização do acesso à saúde, acompanhado de relatório médico circunstanciado, a apresentação do prontuário do paciente, que é a prova concreta de que a política pública foi utilizada primeiro.

Deve o julgador atentar-se para a necessidade de prescrição pela Denominação Comum Brasileira (DCB), não se admitindo nome de marca e, caso seja necessário o bloqueio de verbas para custeio da obrigação imposta e não voluntariamente cumprida, o alvará deve ser emitido diretamente em favor do prestador de serviços, mediante emissão de nota fiscal, constando-se como contratante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) do ente público responsável pelo custeio, a fim de permitir o controle administrativo das contas e gastos.

Além disso, é importante buscar a interlocução administrativa, ouvindo o gestor público, a fim de que ele apresente dificuldades e proponha alternativas, destacando-se, no ponto, a importância do aprimoramento da advocacia pública no atendimento dessas provocações.

Ainda, sempre que possível, a judicialização da saúde deve ser pensada e discutida sob o viés estrutural², chamando-se o Ministério Público e a Defensoria Pública à corresponsabilidade no que tange ao tratamento macro da questão.

A par de todos esses critérios postos, quando se trata de efetivação de política pública prevista e descumprida, todo o rigor deve ser observado. Nessa

² Enunciado n° 52 das Jornadas e Direito da Saúde: “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” (Brasil 2019).

hipótese, a intervenção judicial tem viés corretivo, capaz de concretizar o direito previsto, destacando-se que, se o ente público não comprova a existência de fila regulada para atendimento, não há prazo razoável a ser aguardado³.

3 CONCLUSÃO

Tratar as demandas judiciais na temática de saúde constitui-se, hoje, um dos maiores desafios dos magistrados, seja pela complexidade do tema, seja pela falta de repositório de dados organizado e confiável para servir de base para a tomada de decisão.

No âmbito institucional, afigura-se imprescindível o aprimoramento do Núcleo de Apoio Técnico ao Poder Judiciário (NatJus), a fim de que possam ser feitas consultas com resposta em tempo adequado e cujos elementos espelhem a realidade da política pública correlata e a hierarquia das evidências científicas sobre o tema.

Aos magistrados impõe-se rigor na análise da documentação trazida, a qual, em cotejo com os elementos externos colhidos junto ao NatJus, ao PCDT (Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas), ao SIGTAP (Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS) e ao repositório da Conitec, permitirá avaliar se a postulação da parte deve ou não ser atendida, sempre com observância da competência de cada ente dentro da estrutura do SUS.

Desse modo, na condição de agente público, o julgador desincumbir-se-á se seu dever de fundamentação, apresentando respeito pelo pacto democrático, deferência pela política pública e contribuindo, mediante sua atuação, para o aprimoramento daquela.

REFERÊNCIAS

³ Enunciado n° 93 das Jornadas e Direito da Saúde: “Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos as 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” (Brasil, 2019).

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Enunciado nº 52. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Enunciado nº 76. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciados da I, II e III jornadas de direito da saúde do Conselho Nacional de Justiça*. Enunciado nº 93. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/e8661c101b2d80ec95593d03dc1f1d3e.pdf>. Acesso em: 31 maio 2024.

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

MELO, José da Cunha. *Direito à saúde baseada em evidências*. 2022. Tese. (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2022.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos *et al.* O caso da fosfoetanolamina sintética: judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraivajur, 2017.

Enunciado nº 52 das Jornadas e Direito da Saúde: “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” (Brasil 202-).

Enunciado nº 76 das Jornadas e Direito da Saúde: “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)” (Brasil, 202-).

Enunciado nº 93 das Jornadas e Direito da Saúde: “Nas demandas de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) por acesso a ações e serviços de saúde eletivos previstos as 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” (Brasil, 202-).