

OBSERVATÓRIO DO JUDICIÁRIO SOB A ÓTICA DO DIREITO À SAÚDE: REPENSANDO A APLICAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS

CHECKS ON THE JUDICIARY BRANCH FROM THE VIEWPOINT OF RIGHT TO HEALTH: THINKING ABOUT THE JUDICIAL PRECEDENTS

GLÁUCIO FERREIRA MACIEL GONÇALVES*
LUCIANA DE PAULA LIMA GAZZOLA**

RESUMO: Os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente outorgam ao indivíduo o direito a prestações estatais, desempenhando o Judiciário um atual papel em sua efetivação. Devido à necessidade de se observar a reformulação do sistema de justiça após a explosão de litigiosidade observada com a democratização do país, realizou-se um diagnóstico da prestação jurisdicional no tema da saúde, por meio de um observatório do Judiciário sob o prisma do direito sanitário. Foram analisadas decisões judiciais em matéria de saúde proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, com foco no fornecimento de medicamentos oncológicos de alto custo pelo poder público. Tornou-se possível verificar causas de não efetividade da jurisdição em matéria de saúde, bem como a frequentemente inadequada aplicação da teoria dos precedentes judiciais, que se preconiza seja devidamente adotada e empregada no Brasil, com vistas à racionalização das decisões judiciais na matéria. Mecanismos outros

ABSTRACT: *The constitutionally assured fundamental rights grant to the individual the right to governmental services, bestowing upon the Judiciary a current role in its implementation. Because of the need to reform the Judiciary System after the explosion of litigation observed in the wake of the democratization of the country, a diagnosis of the delivery of justice on the topic of health was made, by means of checks on the Judiciary Branch from the viewpoint of right to health. Judicial decisions on health matters by the Federal Supreme Court, the Superior Judiciary Court, and the Judicial Court of the State of Minas Gerais were analyzed, with focus on the delivery of very expensive oncology medications by the government. It was possible to verify causes for the lack of judicial effectiveness in health matters, as well as the often inadequate application of the theory of judicial precedent, which is recommended to be rightly adopted and utilized in Brazil, with the goal of making the judicial decisions on the matter more rational. Other mechanisms*

* Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Juiz Federal do TRF 1a Região.
E-mail: glauciomaci@gmail.com.

** Aluna do Programa de Pós-Graduação em Saúde da Mulher da Faculdade de Medicina da UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Faculdade de Medicina da Faminas-BH. Assessora Judiciária do TJMG.
E-mail: lugazzola@gmail.com.

como a tutela coletiva do direito à saúde e o fortalecimento de métodos alternativos de solução de conflitos são também preconizados como formas de se redimensionar a expressiva litigância nessa seara. Por fim, um modelo gestor de administração da justiça que permita desburocratizar procedimentos, bem como conciliar celeridade com segurança jurídica, é uma das soluções preconizadas para aparelhar o Judiciário com vistas a enfrentar os desafios do presente século.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde. Observatório do Judiciário. Direitos fundamentais. Teoria dos precedentes judiciais. Processo civil constitucional.

such as class actions for the right to health and the strengthening of alternative methods for conflict resolution are also recommended as a way to re-size the high number of litigation in this context. Finally, a model for the management of administration of justice that will allow procedures to become less bureaucratic, as well as make expeditiousness compatible with judicial security, is one of the recommended solutions to provide the Judiciary Branch with the means to face the challenges of the current century.

KEYWORDS: Expansion of judicial power. Checks on the Judiciary Branch. Fundamental rights. Theory of judicial precedent. Constitutional civil process.

1 INTRODUÇÃO

A relevância atribuída constitucionalmente ao direito à saúde fundamenta-se em sua ligação umbilical com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Trata-se de direito humano fundamental, que integra o mínimo existencial ao qual são atribuídas eficácia integral e aplicabilidade imediata, outorgando ao indivíduo o direito a prestações positivas proporcionadas pelo Estado. Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário na realização de tal direito ganha importância, sendo alvo constante de debates calorosos em demandas levadas à justiça, que aumentam ao longo dos anos.

Apesar da inequívoca natureza do direito à saúde como fundamental, não é tarefa simples superar o caráter abstrato das normas definidoras de direitos sociais, a fim de que se possibilite sua concretização prática.¹

Muitas vezes, tal concretização se mostra por meio da justiciabilidade do direito à saúde. Trata-se da tutela pela via judicial, visando garantir, diante de eventual omissão administrativa, seu conteúdo interno essencial, como parâmetro mínimo de proteção.²

Não há dúvidas de que a característica de justiciabilidade – ou acionabilidade, como possibilidade de se buscar a concretização de um direito por meio do Poder Judiciário – está presente no

1 SILVA, 2008, p. 140.

2 FIGUEIREDO, 2007, p. 103.

âmbito do direito à saúde, o que confere posição privilegiada aos detentores desse direito subjetivo. O ponto fulcral que se questiona é se há possibilidade de se definir, com o mínimo de objetividade e segurança e diante da amplitude do próprio conceito de saúde, os critérios a serem aplicados, processualmente e de modo uniforme, para a delimitação de seu núcleo duro que deve ser garantido.

O contingente quantitativo de demandas que tramitam no Judiciário em matéria de saúde é absolutamente expressivo, podendo ser considerado uma verdadeira patologia com potencial de culminar na falência do Estado Democrático de Direito, diante da ineficácia da garantia do direito social. Tal afirmação não se mostra alarmista, uma vez que, se o acesso ao direito depende do funcionamento da sociedade e do Estado, a inefetividade da prestação de um direito garantido constitucionalmente é sinal de que as engrenagens da máquina pública não funcionam da forma devida.

No Brasil, o entendimento contemporâneo é o de que as principais causas para o surgimento da judicialização da política³ são a redemocratização do país, a constitucionalização abrangente – veja-se a analítica Constituição de 1988 – e a incapacidade ou inércia do poder público em face das crescentes demandas sociais.⁴ Isto é, a judicialização ocorre quando o Judiciário é chamado a emitir pronunciamento sobre questões em que o funcionamento das demais esferas de poder mostrou-se insatisfatório, em um contexto de expansão da linguagem dos direitos humanos, fortalecimento de direitos fundamentais e descoberta dos cidadãos de sua titularidade.

Ficou conferido ao Poder Judiciário, assim, na crise das democracias atuais, o importante – e não propriamente correto – papel simbólico de salvaguardar e solucionar as frustrações dos jurisdicionados.⁵ O Judiciário se tornou um instrumento de mudança social. Não tem a função única de realizar justiça, mas é também um mecanismo social para a criação de vínculos com a sociedade.⁶

3 CARVALHO, 2004, p. 128.

4 BARROSO, 2009, p. 73.

5 STRECK, 2003, p. 203.

6 MACIEL GONÇALVES, 2007, p. 13.

No que concerne ao direito à saúde e no âmbito de sua dupla dimensão individual e coletiva, observa-se que os Tribunais têm adquirido crescente visibilidade social: é certo que os juízes não são a única via para a efetivação dos interesses legítimos; contudo, a sociedade os enxerga como titulares da obrigação de colaborar com o restante do Estado na formulação de políticas públicas, promovendo, em conjunto com os Poderes Executivo e Legislativo, a inclusão social.

Além da questão referente à efetividade da jurisdição, nem sempre constatada quando se observa o processo de judicialização, deve-se considerar também que a relevância política que tem sido atribuída ao sistema judicial tem como outra face sua vulnerabilização, por expor os problemas ínsitos ao sistema, tornando-o alvo de críticas sociais.

Uma dessas críticas refere-se ao ativismo judicial, frequentemente confundido com a própria judicialização, mas que dela se distingue. Não há consenso doutrinário acerca da precisa origem do termo ativismo judicial. Todavia, afirma Barroso que o ativismo é um “algo mais”, um exercício de vontade, uma escolha do magistrado no modo de interpretar as normas, expandindo seu âmbito de incidência.⁷

O termo ativismo judicial, embora venha sendo utilizado sem muita precisão técnica, não deve ser associado à posição de destaque ocupada pelo Judiciário, em decorrência do aumento numérico de processos que demandam, especialmente, direitos sociais. Tal mais se assemelha à judicialização de políticas públicas. Ocorre a judicialização quando algumas questões de repercussão político-social passam a ser decididas pelo Judiciário, quando as tradicionais instâncias do Legislativo e Executivo se omitem, limitando-se o juiz a cumprir suas atribuições constitucionais. Decorre, em regra, do modelo constitucional adotado. Já o ativismo, segundo Carvalho Filho denota ato de vontade do aplicador da norma, com a intenção deliberada de expandir seu alcance.⁸

7 BARROSO, 2009, p. 76.

8 CARVALHO FILHO, 2010.

Em algumas circunstâncias e diante das peculiaridades dos direitos sociais – dependência de recursos para serem isonomicamente distribuídos e previsão, pelo legislador, em grau normalmente superior ao que podem ser efetivamente implementados –, o juiz se vê confrontado com a necessidade de inovar materialmente o direito e criar prestações alternativas, muitas vezes não estipuladas em lei. Surge, nesse ponto, a questão acerca da legitimidade de tais decisões, diante da estrutura organizacional do poder político brasileiro.

Barroso afirma que o Judiciário tem mostrado uma posição ativista, em demandas que versam sobre o direito à saúde. Não se olvida que expressiva parcela das decisões são necessárias e meritórias; contudo, o que se nota é a profusão de decisões misericordiosas, que acabam por colocar em risco a própria continuidade da prestação das políticas públicas coletivas, desorganizando o planejamento administrativo e comprometendo a destinação de recursos escassos.⁹

Nesse contexto, torna-se imperioso analisar a abordagem jurisdicional na realização do direito à saúde, sobretudo nas demandas em que se pleiteiam tratamentos e medicamentos de alto custo – ponto de maior tensão entre elaboradores e executores de políticas públicas –, o que será feito por meio de um observatório do Judiciário sob o enfoque discutido.

2 MÉTODO

Muito já se discutiu acerca da judicialização do direito à saúde, sua dimensão subjetiva, exigibilidade e garantia de seu conteúdo essencial, bem como sobre o conflito entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Contudo, o que ora se propõe insere-se em contexto diverso: o do observatório da justiça brasileira, sob a ótica específica da comunicação entre o Judiciário e a sociedade e da possível inefetividade da jurisdição em matéria de direito sanitário, bem como suas causas e possíveis soluções.

Deve ser analisada a possibilidade de se identificar critérios objetivos para se definir o núcleo mínimo e essencial do direito à saúde, a ser garantido pelo Estado, ainda que processualmente. Ainda,

9 BARROSO, 2008, p. 78.

faz-se fundamental a análise da escorreita aplicação de precedentes judiciais pertinentes à temática, considerando o fato, sobretudo, de que o Supremo Tribunal Federal já proferiu julgados paradigmáticos que delinearão diretrizes a serem observadas para a racionalização e homogeneidade das decisões, com vistas à identificação do núcleo mínimo do direito tutelado.

Procurou-se demonstrar, portanto, neste estudo-observatório, o entendimento jurisprudencial dominante em matéria de efetivação processual do direito à saúde, com o intuito de se conhecer a postura do Judiciário brasileiro sobre a questão.

Recorreu-se ao método de estudo de caso, por meio da análise de processos selecionados por amostragem, sendo que as amostras foram construídas com recurso aos sítios eletrônicos de pesquisa jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG). Foram pesquisados acórdãos paradigmáticos dos Tribunais Superiores, tidos como precedentes que, ainda que de aplicabilidade não formalmente vinculante, devem ser observados pelos juízes, por razões de segurança jurídica e justificação racional das decisões.

No âmbito do TJMG, foram pesquisados acórdãos proferidos no período compreendido entre maio de 2009 e maio de 2014, compreendendo, portanto, uma amostra de cinco anos após a realização, pelo STF, da Audiência Pública nº 4 sobre o Direito à Saúde, que subsidiou a definição de parâmetros racionais para a decisão judicial.

Optou-se pela análise pormenorizada apenas dos casos em que se discutia o direito ao fornecimento de medicamentos de alto custo em face do poder público, que podem ser exemplificados pelas drogas de tratamento oncológico. Selecionaram-se casos em que os pacientes buscavam obter as substâncias Temozolomida, Trastuzumabe e Rituximabe, todas de alto custo e padronizadas, em ensaios clínicos randomizados internacionais, como métodos de tratamento para glioblastoma multiforme, carcinomas mamários e linfomas. Ressalte-se que os três fármacos encontram-se devidamente registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e, há vários anos, são de uso corrente na oncologia clínica.

Realizando-se, portanto, um diagnóstico pontual da atividade jurisdicional em políticas públicas e direitos fundamentais, com base na análise tópica do direito à saúde, revelou-se parte do cenário da Justiça no Brasil, especialmente no âmbito dos Tribunais citados.

3 RESULTADOS

Algumas decisões proferidas pelo Plenário do STF são emblemáticas e merecem análise no âmbito deste estudo, especialmente o julgado que decidiu o agravo regimental interposto na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes. Esta decisão é a que aborda o tema de forma mais detalhada, relatando as principais questões destacadas na Audiência Pública-Saúde e, por essa razão, é citada na grande maioria das decisões correlatas proferidas pelo STJ e Tribunais estaduais e regionais.

O caso refere-se a paciente portadora de doença neurodegenerativa rara (Doença de Niewmann-Pick tipo C) que pleiteou o fornecimento, pelo Estado, do fármaco Miglustat, registrado na ANVISA, sob a alegação de se tratar do único medicamento que permitiria melhor qualidade de vida e adequado controle dos distúrbios neuropsiquiátricos apresentados. A substância não constava dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo de alto custo e não contemplada pela política farmacêutica da rede pública de saúde.

Ao interpretar a norma inserta no texto do artigo 196 da Constituição da República de 1988¹⁰, afirmou-se não haver um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que a concretize. O que se garante, na verdade, é o direito subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.¹¹

10 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR/CE**. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 20 abr. 2010.

Esta nos parece a grande questão a ser considerada ao se interpretar o ditame constitucional de que a saúde é direito de todos: não se trata do somatório de um ilimitado direito à saúde de cada indivíduo, mas sim de um direito à existência de políticas públicas que visem tutelar o direito social, que devem ser observadas e sopesadas pelo julgador.

Contudo, como será demonstrado, o dispositivo constitucional é frequentemente utilizado como fundamento, sobretudo em decisões liminares, para se deferir prestações individuais em matéria de saúde pública, independente da existência de políticas públicas predefinidas.

O STF afirmou a solidariedade dos entes federados e sua competência comum para cuidar da saúde dos cidadãos, o que não se extingue pelo fato de o SUS ter descentralizado e hierarquizado a prestação dos serviços, para fins orçamentários e administrativos. Tal responsabilidade solidária seria reforçada pelo princípio do acesso igualitário e universal, que norteia o sistema público de saúde brasileiro.

Afirmou-se que, se a prestação pleiteada não estiver inserida nas diretrizes do SUS, deve se distinguir se a negativa de prestação se deve a uma omissão legislativa ou administrativa, de uma vedação legal ao fornecimento ou, simplesmente, de uma decisão administrativa.

Exemplo frequente é o pedido de medicamento não registrado na ANVISA ou de uso experimental. Como tal registro é uma determinação legal que visa a segurança da saúde pública, constitui requisito necessário ao fornecimento pelo ente estatal, embora a regra não seja absoluta. Há situações em que a própria legislação admite o fornecimento de fármacos não registrados pela Agência, como a possibilidade de fornecimento de medicamentos adquiridos por organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública elaborados pelo Ministério da Saúde – hipótese permitida pela Lei Federal nº 9.782/1999 – e em casos em que a própria ANVISA descumpra o prazo legal para o registro do medicamento aprovado.

Há situações, ainda, em que a negativa de dispensação do medicamento pelo SUS ocorre motivadamente, por inexistirem

evidências científicas que autorizem sua inclusão nas listas públicas ou por existir tratamento alternativo disponível no SUS. Em tais situações, determinou o STF que o tratamento alternativo disponível deve ser privilegiado, em detrimento da opção escolhida pelo paciente e seu médico, a não ser se houver comprovação que o tratamento disponível não surtiu os desejados efeitos ao paciente ou lhe é impróprio. Ou seja, é possível que o Judiciário determine o fornecimento de fármacos não constantes dos protocolos do SUS, mas em situações excepcionais e mediante prova de que o tratamento habitual não é eficaz naquele caso concreto ou que, *v.g.*, ocasionou efeitos colaterais indesejados no doente.¹²

Tal assertiva, além de racionalizar o sistema, permite que os protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS possam ser questionados e revistos, impedindo seu engessamento, uma vez que as pesquisas científicas evoluem com rapidez consideravelmente maior que a atualização normativa periódica dos protocolos públicos.

Essa diferença temporal entre a rápida evolução do conhecimento médico-científico e a morosa burocracia administrativa é também relevante nas situações em que se pleiteia tratamento ainda inexistente na rede pública. Deve-se ponderar que a elaboração dos protocolos públicos privilegia a melhor alocação de recursos e a segurança jurídica; todavia, por sua lentidão, pode excluir o acesso dos pacientes do SUS a alternativas terapêuticas já disponíveis na rede privada. Assim, impedir que o sistema público custeie tratamento já adotado pela ciência médica, mas ainda não definido e regulamentado em protocolo público, significaria adotar tratamento diferencial entre os usuários do sistema público e os do sistema privado, violando a isonomia.

Sustentou-se, por fim, a impossibilidade de que o alto custo de um tratamento registrado e padronizado seja motivo para impedir o fornecimento pelo Estado. A impossibilidade financeira do ente público em fornecer a prestação requerida apenas poderá servir de base à negativa do pedido se estiver objetivamente comprovada no

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STA 175-AgR/CE*. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 20 abr. 2010.

feito, o que, ressalte-se, torna praticamente inviável a adoção do argumento.

Verifica-se que o entendimento esposado pelo Plenário do STF buscou conferir racionalidade à questão, sem se afastar da necessária razoabilidade contextual e empírica, uma vez que, para a devida aplicação dos critérios definidos, devem ser avaliadas as peculiaridades do caso concreto e o contexto probatório dos autos, afastando-se da mera adoção de categorias que se pretendam universais e atemporais.

Trata-se, assim, de relevante e paradigmático precedente judicial que delineia diretrizes razoáveis a serem adotadas pelos Tribunais, embora não se mostre isento de críticas, sobretudo no âmbito da definição da responsabilidade solidária dos entes públicos nas prestações de saúde.

À esteira das premissas definidas pelo STF, também o STJ vem determinando, em regra, o cumprimento do que já se encontra preconizado em políticas públicas predefinidas, diante de omissão dos entes estatais.

Por sua vez, em análise da jurisprudência majoritária do TJMG, conhecido por apresentar relativo conservadorismo em suas decisões, percebe-se que a aplicação dos precedentes judiciais não tem sido feita de acordo com a técnica jurídica mais adequada, em porção expressiva dos julgados.

A análise dos 326 julgados obtidos no período compreendido entre maio de 2009 e maio de 2014 – que versavam sobre as três drogas oncológicas abordadas – demonstrou ampla maioria de decisões concessivas dos pedidos formulados: 87,3%, contra apenas 12,7% de decisões contrárias à pretensão do paciente.

Observou-se que significativo número de julgados foi proferido no sentido de se conceder o fármaco, porém sem a observância dos critérios predefinidos para tal – 36,8% dos casos analisados, que correspondem a 120 julgados, proferidos como “decisões-padrão”, que poderiam ser utilizadas em qualquer outro feito que discutisse prestação de saúde. Em tais casos, a fundamentação adotada nos votos restringe-se a afirmar a necessidade de garantia do direito à saúde, bem como a suficiência de relatório médico que indica a doença que acomete o paciente e que o fármaco pleiteado é indica-

do para o seu tratamento. Em tais casos, a concessão do pedido se deu de forma ampla e genérica, simplesmente por se tratar de um direito tido como inarredável. Em algumas situações, afirmou-se ser irrelevante a circunstância de não haver previsão protocolar do medicamento solicitado para a doença que acomete o paciente.¹³

É frequente o argumento de que é o médico quem deve escolher o tratamento de seu paciente e, sendo assim, diante da presença de relatório médico simplesmente indicando o uso do fármaco pleiteado para uma doença grave, deve o ente público disponibilizá-lo. Observou-se também a ideia de que o paciente portador de câncer, doença notoriamente grave, deve ter o direito de buscar e obter o fornecimento de qualquer medicamento que lhe seja prescrito pelo seu médico. Em casos em que tais argumentos são utilizados, não se discutiu acerca de eventuais tratamentos prévios, disponibilizados pelo SUS, que não teriam porventura sido eficazes ao caso específico do paciente, ou que a resposta ao fármaco disponível havia sido precária, ou que teriam ocorrido efeitos colaterais, ou até mesmo que o tratamento disponível não seria o mais indicado devido às peculiaridades do caso (a título de exemplificação, o paciente pode ter reação alérgica a determinado componente do fármaco disponível ou pode fazer uso concomitante de outra medicação que é incompatível com a fornecida pelo SUS).

Por outro lado, a maior parte dos julgados examinados (206 acórdãos) evidenciou a devida abordagem dos critérios definidos, analisando casuisticamente e de forma detalhada a prova dos autos, diante da ideia dominante de que não basta a demonstração da gravidade do quadro mórbido da parte autora. Assim, embora a absoluta maioria dos acórdãos analisados tenha sido concessiva do pedido, observou-se que, em 63,2% dos casos, o deferimento

13 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **MS 1.0000.13.038539-6/000**, Relator Des. Duarte de Paula, DJ 12/02/2014; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0223.11.010887-3/002**, Relator Des. Antônio Sérvulo, DJ 18/10/2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0105.11.029569-5/003**, Relator Des. Versiani Penna, DJ 25/11/2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0313.11.026008-7/003**, Relator Des. Afrânio Vilela, DJ 01/11/2013.

do pleito foi devidamente fundamentado, tendo sido os precedentes dos Tribunais Superiores corretamente aplicados.¹⁴

Interessante ressaltar ter havido casos em que a decisão proferida na STA 175, pelo STF, foi expressamente mencionada no julgamento proferido pelo TJMG. Muitas vezes, tal menção ocorrera em instauração de divergência, com o propósito de justificar a negativa do pedido, em situações nas quais se entendeu não haver prova de que o tratamento disponível pelo SUS deveria ser rechaçado. Todavia, observou-se que tal entendimento restava frequentemente vencido, sob os fundamentos genéricos e abstratos da imprescindibilidade do direito à saúde e da supremacia do direito à vida sobre a burocracia estatal.

Tal constatação é relevante à parcial confirmação da hipótese levantada no presente estudo, de que é frequente a inobservância da técnica correta de aplicação de precedentes judiciais em demandas que versam sobre prestações de saúde. Observa-se a tendência de se deferir os pedidos e escolhas do paciente, ainda que em situações de não comprovação de ineficácia do tratamento disponibilizado pela rede pública, sob fundamentos genéricos de dever ser o Estado compelido a adimplir mandamentos constitucionais, da fundamentalidade do direito à saúde e da menor relevância, frente a direito de tal monta, de argumentos orçamentários.

4 DISCUSSÃO

A análise dos julgados selecionados demonstrou não serem raras a falta de consenso sobre a temática no âmbito do TJMG e a divergência na interpretação e aplicação dos mesmos precedentes, utilizados sem respeito a critérios de técnica hermenêutica e argumentativa. Trata-se de aspecto também observado por Talita Viza Dias, que, ao analisar julgado paradigmático proferido por Grupo de Câmaras Cíveis do TJMG, cujo debate gravitou em torno de pedido de fármaco oncológico não registrado na ANVISA, apontou

14 MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0480.12.007498-8/001**, Relator Des. Peixoto Henriques, DJ 04/06/2013; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reexame Necessário 1.0699.11.000218-4/002**, Relator Des. Geraldo Augusto, DJ 28/02/2013.

a existência de problemas de fundamentação nas decisões proferidas, pautadas em argumentos de autoridade e em interpretações contraditórias sobre a efetiva função jurisdicional na matéria, além de expressiva falta de consenso.¹⁵

Sueli Dallari observou o mesmo, tendo ressaltado resultados obtidos por pesquisas elaboradas em Santa Catarina e Minas Gerais, que “mostram claramente que não tem havido muita preocupação entre os julgadores com os parâmetros para as decisões judiciais em matéria de fornecimento de medicamentos pelo sistema público de saúde.”¹⁶

Diante da constatação de divergência de posicionamento e expressiva parcela de julgados que demonstram o uso de precedentes judiciais como motivação decisória, porém de forma superficial, é necessário buscar parâmetros de racionalização da atuação judicial e possíveis soluções para o problema.

Uma das reformas propostas é a modificação do entendimento jurisprudencial acerca da responsabilização solidária dos entes federados nas prestações de saúde. Tal entendimento não contribuiu para racionalizar a caótica distribuição de atribuições no âmbito descentralizado, regionalizado e hierarquizado do SUS.

O principal argumento para se definir a responsabilidade dos entes federados em saúde como solidária é o inciso II do artigo 23 da Constituição de 1988¹⁷, que prevê como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios os cuidados com a saúde. O STF entende que a competência comum descrita interpreta-se no sentido de que a prestação do serviço por uma entidade não exclui a competência de outra.

Contudo, tratando-se o sistema brasileiro de um federalismo cooperativo, defende-se que a previsão constitucional de competência comum em cuidar da saúde não infirma a possibilidade de que haja atribuições distintas a cada ente, visando racionalizar e alocar adequadamente os recursos públicos.

15 DIAS, 2012, p. 36.

16 DALLARI, 2013, p. 79.

17 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

Luís Roberto Barroso ressalta que, “tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o polo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente.”¹⁸ O argumento é pertinente, pois, tratando-se de uma escolha política feita por determinado ente da federação, por meio de normatização específica visando incluir tratamento em lista ou protocolo público, ele deve se vincular ao fornecimento do fármaco. Se assim fosse, tornar-se-ia despicienda a discussão judicial acerca da condição orçamentária do ente federado, bem como a questão do financiamento integrado do sistema e do repasse de recursos. Ademais, a solidariedade deveria se referir apenas ao dever de implementar políticas públicas; uma vez existentes, a responsabilidade deveria se transmudar em subsidiária, conforme defendem Gebran Neto e Dresch.¹⁹

O que se defende é que a solidariedade de que trata a Constituição está devidamente implementada pelo custeio amplo e solidário do SUS, sendo que o próprio texto constitucional destina aos entes federados a execução dos serviços de saúde, nos termos da lei. A lei em questão já foi editada, Lei Federal nº 8.080/1990²⁰, e trata exatamente das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como da organização e do funcionamento dos serviços correspondentes.

Deve-se considerar, ainda, que a organização racional dos serviços é princípio estrutural do SUS, de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. Embora seja o sistema unificado, há distribuição legal de competências entre as esferas envolvidas, de forma a viabilizar a organização administrativa. A solidariedade deve, portanto, ser limitada, a fim de se evitar que dois entes federados sejam obrigados a olvidar esforços em prol de uma mesma prestação, com vistas, sobretudo, ao cumprimento do princípio da eficiência.

18 BARROSO, 2008, p. 35.

19 GEBRAN NETO; DRESCH, 2014, p. 102.

20 BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

No âmbito deste trabalho, a discussão é relevante, considerando que a dispensação de medicamentos oncológicos, em regra, mostra-se inserida em programa de grande vulto do SUS, que criou os Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (CACONs). Não é atribuição dos Municípios, em regra, fornecer fármacos oncológicos, que devem ser pleiteados no âmbito dos CACONs estaduais e não se incluem no rol de medicamentos da farmácia básica – esta sim, de atribuição dos Municípios.

Assim, tratando-se de doenças complexas ou medicamentos de custo elevado, o sistema de saúde reservou seu tratamento à União ou aos Estados, elencando a estes o fornecimento de fármacos excepcionais, classe em que se incluem os quimioterápicos ora avaliados. O direcionamento da demanda ao ente responsável, portanto, seria medida salutar e desejável.

Preconiza-se, também, a adoção de métodos paraprocessuais de solução de conflitos. Ao lado dos Tribunais e apesar deles, deve-se ter em conta outros órgãos de resolução de litígios, que sejam aptos a solucioná-los de forma eficaz. São possibilidades o incremento da mediação, a elaboração de modelos de ouvidoria aptos a dirimir controvérsias e de câmaras de conciliação na Advocacia-Geral do Estado.²¹ Isso porque um modelo de justiça democrático passa pela afirmação de uma pluralidade de sistemas de resolução de conflitos, especialmente extrajudiciais, pois a jurisdição é monopólio do Estado, mas não o é a resolução em si do conflito.

A via consensual de resolução de conflitos pode ser uma hipótese viável em demandas que discutem prestações de saúde, pois oferece efetividade e eficácia ao direito, visando celeridade e redução da burocracia estatal.

Outros pontos fundamentais à efetividade da jurisdição na matéria são a aplicação esmerada dos precedentes judiciais e a democratização da gestão da justiça, sendo que o primeiro merece realce no âmbito do presente estudo, por corresponder a uma das hipóteses levantadas, a de que o afastamento dos precedentes, desacompanhado de densa carga argumentativa, tem sido comum no Judiciário brasileiro, sendo que, quando eles são aplicados, o são,

21 SENA, 2011, p. 4.

com frequência, de maneira inadequada. Não é por outro motivo que Marinoni afirma que “o juiz brasileiro, hoje, tem poder criativo maior do que o juiz do *common law*, pois, ao contrário deste, não presta o adequado respeito aos precedentes”.²²

A correta aplicação dos precedentes judiciais por meio de um processo hermenêutico-argumentativo é fundamental na busca da legitimidade decisória; do contrário, acaba-se por adentrar as fronteiras do ativismo judicial.

No que tange ao julgado utilizado como paradigma de precedente para o desenvolvimento deste estudo – proferido pelo STF na STA 175 – a observância de suas diretrizes se mostra absolutamente necessária, pois foram construídas com base em amplo contraditório e discussões com setores da sociedade civil, ou seja, por meio da participação popular, o que legitima, em uma república democrática fundada na soberania popular na qual os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, o conteúdo da decisão judicial.

Outra hipótese que se vislumbra como possibilidade de se garantir eficácia ao direito em debate, minorando as graves consequências da judicialização excessiva, é o tratamento da matéria sob o prisma do processo coletivo. As ações coletivas permitem uma discussão bastante abrangente do contexto geral das políticas públicas, proporcionando uma ideia mais realista das dimensões da necessidade e da quantidade de recursos disponíveis.

Ademais, nas questões que envolvem o direito à saúde, está presente a nota da marcante conflituosidade – pois tal interesse envolve escolhas de caráter político –, característica dos interesses difusos passíveis de serem discutidos no âmbito das ações coletivas.²³

O processo coletivo constitui meio adequado para se considerar a dimensão processual do direito social sanitário sob o prisma da análise econômica do direito, que nada mais é que um método de proposição de problemas jurídicos sob uma perspectiva econômica. Uma vez que a ciência econômica preza pela eficiência no manejo dos recursos escassos para o alcance do maior número

22 MARINONI, 2009, p. 21.

23 SIQUEIRA, 2011, p. 115.

das necessidades humanas – potencialmente ilimitadas –, a análise do fenômeno jurídico sob tal perspectiva é benéfica e salutar.²⁴

Também a possibilidade de controle de segurança dos medicamentos e a implementação de políticas de redução dos custos dos remédios e proteção de patentes são possíveis por meio da tutela coletiva, com efeitos benéficos na efetividade material do direito à saúde e na potencial redução de demandas individuais.²⁵

Quanto à temática referente à administração da justiça, preconiza-se a formação de redes institucionais multidisciplinares estaduais, visando garantir apoio técnico especializado aos juízes, além de construir, em parceria com diversos órgãos, alternativas à judicialização, de acordo com o contexto local em que os conflitos relacionados ao direito à saúde se desenvolvem.

As alternativas propostas perpassam pela noção da gestão integrada, com a instauração de câmaras técnicas nos Tribunais e Varas especializadas em matéria de saúde, assessoria técnico-jurídica nos hospitais e serviços públicos de saúde, com orientações aos médicos acerca das diretrizes definidas para fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo.

Há de se repensar a forma atual de gestão da justiça, que precisa evoluir de um sistema burocratizado e hermético a um sistema democrático, moderno e coparticipativo.

5 CONCLUSÃO

O enquadramento constitucional do direito à saúde como direito fundamental e a frequente omissão estatal em garanti-lo resultam na inafastável abordagem processual judicial da questão. Isso porque não há sentido em se proteger direitos fundamentais sem meios de efetivá-los. Do contrário, os direitos seriam meras declarações e não efetivo objeto de tutela jurídica.

O observatório do Judiciário que se propôs realizar no âmbito deste estudo possibilitou analisar centenas de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores e pelo TJMG. Permitiu-se

24 AMARAL, 2010, p. 82.

25 FIGUEIREDO, 2007, p. 213-215.

concluir que, em expressiva parcela das decisões judiciais – sobretudo as estaduais –, a natureza plurilateral do direito à saúde e o impacto econômico da decisão foram desconsiderados.

Preocupa-nos o fato de que, atuando de forma fragmentária, o Judiciário parece criar distorções nas políticas públicas, concedendo, muitas vezes indistintamente, pretensões que já se sabe que não podem ser universalizáveis, dada a escassez de recursos. Tal postura fere o princípio da igualdade, pois o necessário deslocamento de recursos para o cumprimento de decisões judiciais garantidoras de pretensões individuais não universalizáveis desampara, do ponto de vista econômico, políticas públicas de alcance coletivo.

É clara a dificuldade de se delimitar o “quanto de saúde” pode o Estado fornecer a cada particular, sobretudo quando a questão é levada ao Judiciário, instado a decidir, frequentemente, no âmbito de medidas liminares, já que o tempo do doente não permite a longa espera do tempo do processo. Em expressivo número de casos, o fornecimento de soluções individualizadas para cada caso, pelo Judiciário – em detrimento de uma solução que vislumbre a questão social e macroeconômica –, é perfeitamente compreensível, devido à situação aflitiva do julgador diante da grave enfermidade do jurisdicionado e de sua visível esperança depositada no tratamento que pleiteia. As consequências nefastas da solução individualizada de cada caso, sem a compreensão e a visibilidade do contexto global, não podem ser atribuídas exclusivamente ao julgador, mas à estrutura posta do Estado.

Não há casos simples quando se aborda o direito a prestações positivas em matéria de saúde. É nessa seara, sobretudo, que se observa a necessidade de revisão da fundamentação adotada nas decisões judiciais, uma vez que o processo é meio de garantia de direitos e não forma de implementação de políticas públicas.

O respeito aos precedentes em direito sanitário pode constituir importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais, por permitir igualdade de tratamento e, ao mesmo tempo, flexibilidade para o manejo da variedade dos casos que são levados à apreciação dos Tribunais.

Entretanto, nem em países nos quais é tradição histórica a aplicação do direito jurisprudencial, pode haver sua utilização

mecânica – como tem sido observado no Brasil – sem a reconstrução histórica do contexto de criação do precedente a ser aplicado e das questões fáticas que o originaram e também sem se discutir a possibilidade de sua oxigenação, pelas técnicas de modificação do precedente normativo.

O grande problema que se observou na incidência dos precedentes em matéria de saúde, em expressiva proporção de julgados proferidos no TJMG, foi sua aplicação de forma desconectada com as questões, teses e fatos que deram origem ao precedente.

Nesse contexto, em casos nos quais o julgador se deparar com pedidos de medicamentos de alto custo em face do poder público, preconiza-se, à esteira do posicionamento defendido pelo STF, que se utilizem parâmetros racionais decisórios, assim configurados:

1) Verificação da existência de política pública que verse sobre a pretensão levada a juízo;

2) Inexistindo tal política, deve o julgador considerar: (a) se há vedação legal para o fornecimento do medicamento (encontra-se o fármaco registrado na ANVISA?); (b) a existência de decisão denegatória administrativa no âmbito do SUS, fundamentada em protocolos de diretrizes terapêuticas atualizados; (c) se o medicamento é experimental ou se encontra em fase de testes na indústria farmacêutica; (d) se há comprovação de que o tratamento alternativo fornecido pelo SUS mostra contraindicações para o caso do demandante; (e) se há comprovação, pela Administração Pública, de grave lesão à ordem ou à economia, na hipótese da concessão do pleito, o que pode configurar obstáculo ao deferimento de medida liminar.

O caminho da utilização de técnicas de padronização e racionalização decisórias é irreversível no âmbito processual do direito à saúde, mostrando inegáveis virtudes no plano da celeridade processual e do tratamento judicial isonômico; o que não se pode admitir é a aplicação automática e indiscutida de um padrão decisório, sem a necessária fundamentação racional.

Não se vislumbra, por derradeiro, possibilidade de se minorar o problema quantitativo da judicialização, sem tematizar a crise institucional brasileira e sem a abordagem das causas da litigiosidade, apenas com o trato do sistema processual, uma vez que este somente lida com suas consequências.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Vol. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, n. 13, jan/mar 2009, p. 71-91.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR/CE**. Relator Min. Gilmar Mendes. Diário de Justiça, Brasília, 20 abr. 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Nov. 2004, nº 23, p. 115-126.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Ativismo judicial e política. **Revista Jurídica Consulex**, nº 307, de 30/10/2010. Disponível em: <<http://www.consulex.com.br/co/default.asp?op=cor&id=8383>>. Acesso em 30 set. 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 14, n. 1, p. 77-81, mar/jun 2013.

DIAS, Talita Viza. **Fundamentação das decisões jurisdicionais relativas ao direito à saúde no Estado Democrático de Direito brasileiro: em defesa da integridade do direito, da teoria do discurso jurídico e do modelo constitucional do processo.** 2012. 200f. Dissertação (Mestrado

em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde. Parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, a. 25, n. 84, 2014, p. 77-103.

MACIEL GONÇALVES, Gláucio Ferreira. **Observação jurídico-sociológica da Lei dos Juizados Especiais Federais.** Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 49, 2009, p. 21. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/viewFile/17031/11238>>. Acesso em: 30 set. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **MS 1.0000.13.038539-6/000**, Relator Des. Duarte de Paula, DJ 12/02/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0223.11.010887-3/002**, Relator Des. Antônio Sérvulo, DJ 18/10/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0105.11.029569-5/003**, Relator Des. Versiani Penna, DJ 25/11/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0313.11.026008-7/003**, Relator Des. Afrânio Vilela, DJ 01/11/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento 1.0480.12.007498-8/001**, Relator Des. Peixoto Henriques, DJ 04/06/2013.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Reexame Necessário 1.0699.11.000218-4/002**, Relator Des. Geraldo Augusto, DJ 28/02/2013.

SENA, Adriana Goulart de. Política judiciária de tratamento adequado de conflitos de interesses: conciliação judicial. In: JAYME, Fernando

Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil. Novas tendências: homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Tutela coletiva do direito à saúde.** Franca: Lemos e Cruz, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais.** *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Recebido em 30/10/2016

Aprovado em 22/06/2017