

AURÉLIO PASSOS SILVA

As razões da improcedência das ações de saúde: um estudo prático

Advocacia Regional do Estado em Uberlândia/MG
aureliopassos@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo objetiva investigar, por meio do método de pesquisa de campo, os argumentos mais presentes em sentenças de improcedência nas ações envolvendo o direito à saúde, ou seja, quais argumentos devem ser melhor trabalhados pela Advocacia Pública no intuito de se elevar o percentual de êxito neste tipo de ação.

1 INTRODUÇÃO

Em termos gerais, este é um trabalho que trata da judicialização da saúde no Brasil. Como o tema é, assim vagamente considerado, excessivamente vasto para ser objeto de um artigo, foi preciso nele empreender um contorno temático substancial. Como resultado, o enfoque aqui proposto restringe-se à análise de sentenças de improcedência em matéria de saúde, com o intuito de se descortinar as razões que levam um magistrado a negar um pedido que é considerado por todos que militam na área como uma “causa ganha”.

Para tanto, foi feita pesquisa de campo, por meio de estudo de caso (dados primários), analisando-se todos os processos ajuizados na Justiça Federal de Uberlândia, os quais tinham o Estado de Minas Gerais como parte entre os anos de 2015 e 2017. Essa pesquisa jurisprudencial objetiva primordialmente levantar os fundamentos utilizados nas decisões jurisdicionais de improcedência, de modo a fomentar futuros debates e proposições.

2 O FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL

O direito à saúde, que possui *status* de norma constitucional, não atingiu ainda a plena efetividade a ponto de se criar um fenômeno conhecido, no meio jurídico, como judicialização da saúde, cujo conceito está ligado à expansão do poder dos juízes em detrimento daquele conferido aos políticos e administradores. Segundo Leonardo Avritzer (2013), a tradição brasileira anterior ao ano de 1988 é de fraca autonomia do Judiciário que, ao longo dos primeiros cem anos de República, diferentemente do caso norte-americano, não instituiu um costume de reexame dos atos do Executivo a partir da revisão constitucional. O Executivo, na tradição política pátria até 1988, é o poder ativo que mais atua sem um processo de equilíbrio das suas prerrogativas.

Esse panorama é transformado a partir da Constituição de 1988 e, nos últimos anos, as ações de saúde tornaram-se um “drama” para os entes públicos. Esse fenômeno envolve o ajuizamento de processos com pedidos de fornecimento dos mais diversos tipos de medicamentos, de disponibilização de exames, de próteses e de cirurgias, as mais variadas possíveis e, até mesmo, a dispensação de alimentos, de insumos e de produtos, tais como, cadeiras de roda, camas especiais, dentre outros.

A judicialização baseia-se no princípio de que as pessoas possuem direitos básicos positivados juridicamente, ou não positivados, que são desrespeitados ou não garantidos. Neste sentido, tem-se um grande impacto que a CF/88 trouxe para o direito à saúde, em especial pelo fato de tê-la definido como uma prerrogativa de todos e um dever do Estado. Aliado a isso, tem-se, no Brasil, as ideias de universalidade, integralidade e igualdade de acesso, o que tornou o direito à saúde bastante abrangente.

Esse contexto é um solo fértil para que as ações de saúde se multipliquem e obriguem os entes públicos a fornecerem toda sorte de medicamentos, procedimentos e insumos.

Diante deste cenário, imprescindível se torna fazer o caminho contrário e analisar aquelas situações que saem da vala comum e levam os magistrados a proferirem sentenças de improcedência.

3 ANÁLISE DOS PROCESSOS FEDERAIS DE UBERLÂNDIA

A fim de melhor averiguar os fundamentos das sentenças de improcedência, foram pesquisados todos os processos em que o Estado de Minas Gerais figurou como parte, no âmbito da Justiça Federal, na Subseção Judiciária de Uberlândia. O estudo foi devidamente autorizado pela Advocacia Geral daquele Estado, por meio do Sistema Eletrônico de Informação¹ - SEI nº 1080.01.0064697/2019-91.

A opção pelos processos do Estado de Minas Gerais relacionados a esta Justiça Especializada e a escolha dos anos pesquisados não foram aleatórias. Primeiramente, por se tratar da Justiça Federal, tem-se que o âmbito de processos pesquisados teria como réus, no mínimo, a União e Estado, o que já é um indício bastante forte de que tratar-se-ia de ações de saúde, haja vista o entendimento predominante na jurisprudência de que a responsabilidade dos entes públicos é solidária. Ademais, o Estado de Minas Gerais, por meio da Advocacia Geral, possui sistema informatizado - *Tribunus* - que permite triar, com certa precisão, todos as ações da Justiça Federal, embora ele não seja tão fidedigno quanto aos assuntos das demandas, visto que não é mantido com absoluta precisão.

Outra razão que fez a pesquisa se concentrar nos processos da Justiça Federal é o fato de que, se fossem consultados processos da Justiça Estadual, ela ficaria inviável para uma só pessoa, já que, nesta Justiça, concentra-se toda a sorte de demandas contra o

¹ Disponível em: <<http://www.sei.mg.gov.br>>.

Estado, assim, o sistema *Tribunus* não seria seguro quanto aos litígios. Além do mais, ainda é pequeno o volume de decisões de primeira instância disponibilizadas pelo sistema “siscom” do Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. Um estudo deste nível demandaria milhares de pedidos de vista, o que, por si só, torná-lo-ia impraticável para uma só pessoa. Por outro lado, acresça-se o fato de que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, por meio de seu sítio eletrônico, permite a consulta de todas as decisões, inclusive de processos físicos.

A pesquisa foi facilitada ante a percepção de que a imensa maioria dos processos da Justiça Federal em que o Estado figura como parte diz respeito à temática da saúde. Essa ideia foi confirmada ao longo do trabalho, pois, das 2.937 (duas mil, novecentas e trinta e sete) ações pesquisadas, foram excluídas apenas 203 (duzentas e três), as quais, ou não diziam respeito ao assunto afeto, ou se tratavam de cumprimentos de sentença referentes a processos de saúde que eram autuados com numeração diversa. Foram dispensados, ainda, os incidentes processuais de impugnação ao valor da causa que, sob a égide do Código de Processo Civil revogado, eram autuados separadamente. Deixar os cumprimentos de sentença e as impugnações ao valor da causa na planilha implicaria contabilizar o mesmo processo duas ou três vezes e, por tal motivo, eles também foram desconsiderados.

Isso posto, foram selecionados os anos de 2015 a 2017 em razão de que tais ações já pudessem ter decisão de primeira instância. Mesmo assim, foram encontrados 61 (sessenta e um) processos sem sentença, sendo 12 (doze) referentes ao ano de 2015, 14 (quatorze) de 2016 e 35 (trinta e cinco) de 2017.

Deste modo, partindo-se de 2.937 (duas mil, novecentas e trinta e sete) ações iniciais, foram subtraídas 203 (duzentas e três) relacionadas a assuntos diversos aos da saúde, ou que poderiam representar duplicidade de casos, como os cumprimentos provisórios, ou ainda processos incidentais, como os de impugnação ao valor da causa, além de outros 61 (sessenta e um) que não possuíam sentença, chegando-se ao montante de 2.673 (dois mil, seiscentos e setenta e três) processos de saúde sentenciados em que o Estado figurava como litigante na Justiça Federal da Subseção Judiciária de Uberlândia, entre os anos de 2015 e 2017.

Para analisá-los, aplicou-se a metodologia de divisão dos dados por categorias. Os processos foram subdivididos por ano de distribuição; em seguida, foram divididos em relação aos pedidos e, por fim, em relação às sentenças: a) procedência; b) improcedência; e c) extinção sem julgamento de mérito.

Dentre os 2.673 (dois mil, seiscentos e setenta e três) processos sentenciados, constatou-se a existência de sentença meritória de improcedência em apenas 172 (cento e setenta e dois) deles, o que representa o importe de 6,4% (seis vírgula quatro por cento). Todas as ações pesquisadas encontram-se distribuídas em 4 (quatro) Varas, sendo 3 (três) delas comuns e a 4ª Vara composta pelo Juizado Especial Federal.

Informação bastante interessante é a de que 132 (cento e trinta e dois), de um total de 172 (cento e setenta e dois) processos, ou seja, 76,7% (setenta e seis vírgula sete por cento) dos autos com sentença de improcedência pertencem ao Juizado Especial Federal, o que denota uma certa tendência desta unidade jurisdicional em julgar improcedentes os pedidos em matéria de saúde, se comparada às demais varas comuns. O dado se torna ainda mais relevante se se considerar que, entre os anos de 2015 e 2017, o Juizado Especial Federal recebeu, em média, 8% (oito por cento) menos ações relativas à saúde, se confrontado com outras jurisdições. Em resumo, este Juizado teve menos processos de saúde que as demais varas e, mesmo assim, foi responsável por 76,7% (setenta e seis vírgula sete por cento) de todos os casos de improcedência dos autos analisados.

Estudando-se esses mesmos resultados sob outro viés, tem-se que, no âmbito do Juizado Especial Federal, houve 628 (seiscentas e vinte e oito) novas ações sentenciadas em 3 (três) anos e 132 (cento e trinta e dois) casos de improcedência, ou seja, um total de 21% (vinte e um por cento), cujo percentual é muito superior, por exemplo, ao de 4,48% (quatro vírgula quarenta e oito por cento) registrado pela pesquisa do INSPER² (2019), com base no repositório de decisões judiciais em primeira instância disponível no site do TJ de São Paulo.

Lado outro, se os processos da Justiça Federal fossem contabilizados sem o Juizado, computando-se apenas as 3 (três) varas federais, ter-se-ia um cenário de 2.045 (duas mil e quarenta e cinco) novas ações sentenciadas em 3 (três) anos, com apenas 40 (quarenta) processos julgados improcedentes, o que representa 1,95% (um vírgula noventa e cinco por cento) do total. Este percentual mostra-se até mesmo inferior ao resultado concluído pelo INSPER³ (2019), no âmbito da 1ª instância da Justiça Estadual de São Paulo (4,48%).

² Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>

³ Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf>>

Dentre os processos que tiveram sentença de improcedência, averigua-se que 75 (setenta e cinco) eram de “atendimento hospitalar”, 94 (noventa e quatro) de “fornecimento de medicamentos” e apenas 3 (três) de “alimentos/insumos/ produtos”, os quais tratavam respectivamente de leite, cadeira de rodas motorizada e cadeiras de rodas adaptada para carro.

No contexto geral, é correto inferir que há uma propensão de o Poder Judiciário deferir os pedidos de saúde, já que os casos improcedentes somaram apenas 6,4% (seis vírgula quatro por cento) dos processos, mesmo considerando que uma das unidades jurisdicionais analisadas (Juizado Especial Federal) destoava das demais no que tange à taxa de êxito da Advocacia Pública.

Por fim, as sentenças de improcedência foram mais detidamente analisadas, com o objetivo de se verificarem os seus motivos e fundamentações. Observou-se ainda se as decisões de improcedência fazem referência a algum órgão técnico ou protocolo do SUS, a enunciados das Jornadas de Saúde do CNJ, ou se havia ou não a realização de perícia. O intuito de tais constatações é traçar parâmetros para uma atuação da advocacia pública mais eficiente.

3.1 Fundamentação das sentenças de improcedência

A fim de se traçar parâmetros para uma atuação mais eficaz por parte das advocacias públicas, buscou-se analisar todas as sentenças de improcedência encontradas nos processos em que o Estado de Minas Gerais figurava como parte entre os anos de 2015 e 2017. Constatou-se, em cada uma das decisões, a principal fundamentação que levou o magistrado a julgar improcedente aquele caso específico, de maneira que fosse possível identificar uma recorrência das razões ou, em outras palavras, quais argumentos eram os mais aceitos.

Desta maneira, a partir da leitura de todas as sentenças de improcedência, foram identificadas as seguintes fundamentações nas decisões: a) sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; b) existência de alternativas terapêuticas; c) impossibilidade jurídica do pedido; d) fura fila; e) desnecessidade e f) ausência de provas da eficácia. Em alguns casos, a sentença utilizava mais de um embasamento, mas, para fins de classificação, fez-se constar na tabela aquela que preponderava.

Averiguou-se também, por meio da função “localizar”, nas sentenças em arquivo “PDF” do Tribunal Regional Federal (Subseção Judiciária de Uberlândia), se nas decisões, fazia-se menção a alguma especificidade técnica, tais como os protocolos de saúde e perícias ou a algum órgão de suporte, como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), os Núcleos de Apoio Técnico (NATs) e os enunciados do Conselho Nacional de Justiça. Foram pesquisados os seguintes termos: “protocolo”, “conitec”, “nat”, “CNJ”, “perícia” e “*expert*”. O objetivo deste item era o de conferir se, nas sentenças de improcedências, os magistrados se valiam de algum elemento específico, como, por exemplo, das organizações administrativas e normas do SUS, dos laudos periciais e dos enunciados do CNJ, ou se fundamentavam de forma genérica, tal como ocorre nos casos de procedência, que costumam apenas citar o art. 196 da CF/88.

Ao final, constatou-se que a maioria das sentenças de improcedência - 73,8% (setenta e três vírgula oito por cento) -, fazia menção a algum dos elementos técnicos acima citados, sendo que várias vezes foram utilizados mais de um dado. Contudo, dentre aquelas sentenças improcedentes que não faziam menção a nenhum elemento específico – 26,2% (vinte e seis vírgula dois por cento), pode-se fazer a seguinte subdivisão: 8,1% (oito vírgula um por cento) eram casos de fosfoetanolamina; 14,6% (quatorze vírgula seis por cento) representavam os casos de fura fila e o restante – 3,5% (três vírgula cinco por cento) -, especificamente, 6 (seis) processos eram residuais e foram repartidos nas categorias “desnecessidade”, “impossibilidade jurídica do pedido” e existência de “outras alternativas terapêuticas”.

No caso da fosfoetanolamina, era público e notório o caráter experimental da substância e a falta de registro da ANVISA, conforme se verá adiante, de forma que era realmente desnecessária a menção a requisitos técnicos na decisão, embora, em muitas delas, isso tenha existido. No que tange aos casos de fura fila, tem-se situações em que a matéria de direito - impossibilidade de quem ingressou no Judiciário se beneficiar de um atendimento em detrimento de quem aguardou a lista de espera -, preponderava em relação à matéria fática, de modo que a utilização de elementos específicos nas decisões era igualmente secundária.

Feitas estas observações, pode-se concluir que a existência de dados técnicos nas ações é um fator determinante para que um processo de saúde tenha a possibilidade de ser julgado infundado pois, com a exceção feita aos casos de fosfoetanolamina e aos de fura fila, apenas 3,5% (três vírgula cinco por cento) das demandas julgadas improcedentes

o foram sem a menção expressa a algum desses requisitos pesquisados. No que tange às fundamentações das decisões, estas merecem uma análise mais detida a seguir.

3.1.1 Medicamentos sem registro na ANVISA

Dentre os 172 (cento e setenta e dois) processos que obtiveram sentença de improcedência, 20 (vinte) deles tiveram como fundamentação a falta de registro junto à ANVISA. Uma das ações – processo nº 0001313-09.2016.4.01.3803, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Uberlândia, dizia respeito ao medicamento SASCA 15mg e, durante a fase de instrução, houve perícia favorável ao autor. Contudo, por ainda não ter registro junto àquele órgão, o magistrado julgou o pedido improcedente, citando ainda o Resp n. 1.657.156-RJ, julgado em sede de recurso repetitivo, o qual dispõe que, um dos requisitos para o fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS, é a existência de registro junto ao órgão regulador.

Todos os outros processos diziam respeito à substância conhecida como fosfoetanolamina, cujo caso a ela relacionado é bastante paradigmático no tocante à judicialização da saúde, sendo bem resumido por Bucci (2017, p. 31):

Entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo (USP) recebeu cerca de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer. A substância não é um medicamento, não tem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) nem percorreu as etapas de pesquisa em animais e pesquisa clínica que se exigem para sua adoção terapêutica em seres humanos. Não há certeza de sua eficácia, isto é, de que ela cure como se apregoa que faz. Também não há segurança em relação à sua toxicidade. Não há parecer médico ou estudo científico a garantir que o uso da substância seja benéfico ou curativo.

Há alguns anos, uma pesquisa de mestrado na Universidade de São Paulo (USP) foi desenvolvida sobre o assunto, e a substância foi ministrada em ratos. Depois disso, o orientador do estudante e outras pessoas patentearam a fosfoetanolamina e, não se sabe bem o motivo, houve intensa divulgação sobre os seus possíveis efeitos terapêuticos. Alastrou-se, então, a crença de que a “pílula do câncer da USP” poderia ser indicada a qualquer paciente, bem como para incontáveis tipos da doença. Nos dizeres de Bucci (2017, p. 32-33):

Desconhecendo as imposições da razão – que se aplicam, em princípio, tanto aos processos jurídicos como às pesquisas médicas – passaram por cima de

protocolos há muito tempo estabelecidos na ciência, tomando como acabado o produto de experiências iniciais em um laboratório de Química. Amparados apenas no art. 196 da Constituição e em sua crença na autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, esse grande contingente de magistrados seguiu determinando, freneticamente, à proporção de mais de mil liminares por mês, a entrega das cápsulas aos doentes. Parecia que a Justiça havia descoberto a cura do câncer.

Indo de encontro ao caos que se tornou o caso da fosfoetanolamina, vale citar trecho de sentença prolatada em um dos acontecimentos, em que a Juíza Federal Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo, assim asseverou:

No presente caso, a substância pleiteada sequer possui registro na ANVISA, não podendo ser considerada medicamento, mas sim uma substância experimental, cuja fase de testes ainda não se encerrou. A fosfoetanolamina sintética é um composto desenvolvido no Instituto de Química da Universidade de São Paulo no campus de São Carlos, em pesquisa realizada sob a liderança do Dr. Gilberto Chierice, e tem sido considerada por muitas pessoas como bem-sucedida no tratamento do câncer, o que ocasionou a proliferação de demandas tendo por objetivo o fornecimento da droga. Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016, que, em seu art. 1º, autoriza o uso da substância fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. Todavia, em 19/05/2016, em sede da ADI 5501, o STF, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, até o julgamento final de referida ação. A decisão do STF ratifica o parecer técnico do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), que informam que não há, até o momento, nenhum pedido de fabricante para o registro da substância na Anvisa. Enquanto não houver essa solicitação, não há previsão de manifestação da agência quanto a estudos sobre a segurança e eficácia da substância. Consoante informado pela Nota Técnica nº 58/2015/SUMED/ANVISA, a comprovação da segurança e da eficácia de um medicamento depende de: (a) pesquisa não clínica (estudos não realizados em seres humanos); (b) pesquisa clínica de fase I (avalia a segurança e a toxicidade do produto em humanos); (c) pesquisa clínica de fase II (estuda a eficácia do medicamento para o tratamento da doença); (d) pesquisa clínica de fase III (estudos com número maior de pacientes); e (e) pesquisa clínica de fase IV (testes sobre os resultados da fase anterior). Vale acrescentar que, depois de registrado na ANVISA, o que permite a sua comercialização, a sua dispensação pelo SUS depende de sua inclusão na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), que atende a critérios próprios de uma política pública de saúde. Na espécie, repito, não se trata apenas de um medicamento que não tem registro na ANVISA, mas de um composto químico experimental, que sequer passou da primeira fase de pesquisa para fim de comprovação de segurança e eficácia. Em relação aos estudos em andamento, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) divulgou recentemente, em 16 de agosto de 2016, três novos relatórios referentes às pesquisas com a fosfoetanolamina. Os testes foram conduzidos pelas equipes do Núcleo de Pesquisa e Desenvolvimento de Medicamentos da Universidade Federal do Ceará (NPDM/UFC), de Fortaleza (CE), e pelo Centro de Inovação e Ensaios Pré-Clínicos (CIEnP), de Florianópolis (SC). O primeiro trata da avaliação do efeito antitumoral da fosfoetanolamina sintética sobre melanoma em camundongos. Ele é assinado pelo NPDM/UFC. Outro documento trata do desenvolvimento e da validação da metodologia analítica para a quantificação da substância em plasma de rato e a aplicação dela nos estudos de farmacocinética. O último texto aborda a avaliação do perfil farmacocinético da fosfoetanolamina sintética produzida pela Universidade de São Paulo (USP)

em São Carlos e a fosfoetanolamina padrão sigma em plasma de ratos. Ambos foram produzidos pelo CIEnP. Destaco a conclusão do primeiro desses relatórios, que avaliou o efeito da fosfoetanolamina sobre camundongos com melanoma: o estudo apontou que a substância foi capaz de reduzir a massa tumoral, porém com efeito menor do que a ciclofosfamida, já usada como quimioterapia contra câncer, com registro na ANVISA, com preço registrado na CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) e incluída na lista de Assistência Farmacêutica do SUS. Diante dessa constatação científica, é bom lembrar que “da leitura do artigo 196 da Constituição, conclui-se não ser exigível que o Estado forneça todo e qualquer tratamento médico ou medicamento, mas apenas aqueles ofertados no bojo de políticas públicas previamente elaboradas pelo Poder Executivo, a quem compete, prioritariamente, o planejamento e a execução de ações preventivas e curativas na área da saúde, de acordo com as limitações orçamentárias existentes” (cf. TRF2, 7ª Turma Esp., proc. N° 2007.51.01.0221947, Rel. Des. Fed. Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, j. em 08.07.2015). (Processo N° 0014668-23.2015.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL de Uberlândia. N° de registro e-CVD 01071.2016.00713803.2.00698/00128. Juíza Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo).

As decisões de improcedência proferidas nos casos da fosfoetanolamina, bem como a do primeiro exemplo citado (medicamento SASCA 15mg), aliado ao Resp n. 1.657.156-RJ, proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, permitem concluir que o critério de ausência de registro na ANVISA é um argumento sólido para que uma determinada ação venha a ser julgada improcedente, devendo ser utilizado, sempre que possível, pela Advocacia Pública.

3.1.2 Existência de alternativas terapêuticas

Um fundamento bastante recorrente para os casos de improcedência e que esteve presente em 96 (noventa e seis) processos, ou 55,8% (cinquenta e cinco vírgula oito por cento) do total, foi justamente a existência de alternativas terapêuticas disponibilizadas pelo SUS. O critério utilizado para se classificar um processo como “outras alternativas terapêuticas” era a existência de medicamentos ou próteses padronizados que não haviam sido utilizados pelo paciente; ou, mesmo se usados, ele (paciente) não havia seguido o protocolo do Sistema único de Saúde (por exemplo, utilizar um determinado medicamento por um período mínimo de tempo).

É possível notar um padrão nas decisões categorizadas como “outras alternativas terapêuticas”, na medida em que a imensa maioria delas – 89,6% (oitenta e nove vírgula seis por cento) - se referia a algum elemento técnico, tais como protocolos do SUS, CONITEC e NAT.

De maneira geral, o termo “protocolo” apareceu em 100 (cem) do total de casos de improcedência, ou 58% (cinquenta e oito por cento) do geral. Quando se analisam apenas as decisões que tiveram por fundamento a existência de alternativas terapêuticas, tem-se o montante de 85 (oitenta e cinco) num total de 96 (noventa e seis). A menção a protocolos, em regra, é acompanhada de perícia, pois são justamente os *experts* quem detêm conhecimentos técnicos acerca do tema a ser levado ao juízo. E, isso é louvável pelos magistrados na medida em que o conhecimento das normas infralegais regulamentadoras do SUS não é tarefa fácil. Conforme mencionado por Ighor Rafael de Jorge (2017, p. 469):

Com efeito, diante da incerteza ou desconhecimento da base normativa, os juízes tendem a optar pelo atendimento ao interesse individual do autor da ação, desconsiderando a organização administrativa e os aspectos globais de implementação da política pública previstos em portarias e resoluções. Assim, embora a política de assistência farmacêutica seja amparada por um extenso aparato normativo, as decisões judiciais geralmente são alicerçadas apenas nas disposições constitucionais.

Apenas a título de interesse, observe-se no processo nº 0002468-47.2016.4.01.3803, em trâmite perante a 4ª Vara Federal de Uberlândia, como resta claro o fato de não se haver seguido o protocolo do SUS:

No presente caso, segundo consta no laudo médico pericial de fls. 37-38, o perito inferiu que há um protocolo para tratamento do quadro clínico da autora, entretanto, a princípio, não foi seguido. Asseverou que “não ficou justificado nos autos a impossibilidade de tratamento com medicamentos propostos no protocolo do Ministério da Saúde” (quesito nº 06). No quesito nº 07, o expert informou ainda que o Ministério da Saúde “reconhece que o denosumabe não tem efeito superior a outras drogas e salienta que faltam estudos que demonstrem a segurança em seu uso crônico”. (Processo Nº 0002468-47.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL Nº de registro e-CVD 00568.2016.00713803.2.00698/00128. Fls. 2. Juíza Fátima Aurora Guedes Afonso Archangelo).

De acordo com o demonstrado alhures, a existência de perícia também foi uma constante nos processos que fundamentaram a improcedência dos pleitos sob a justificativa de existirem alternativas terapêuticas, ocorrendo em 84 (oitenta e quatro) dos 96 (noventa e seis) casos, sendo possível ainda notar como elas (perícias) foram fundamentais para o desfecho dos processos:

O laudo pericial produzido nos autos (fls. 75-77) informa que a parte autora é acometida por depressão maior e epilepsia, doenças com diversos tratamentos medicamentosos fornecidos pelo SUS. Esclarece que, por opção médica, o tratamento da parte autora foi iniciado com os medicamentos pleiteados nos

autos, não padronizados (questos 4 e 6). Preleciona que não há estudos que comprovem superioridade do Oleptal e do Exodus em relação aos fármacos fornecidos pela rede pública (questo 9), os quais poderiam ser substituídos pelos medicamentos padronizados, que são eficazes e ainda não foram utilizados (questo 12). (Processo N° 0009945-87.2017.4.01.3803 - 4ª Vara JEF – UBERLÂNDIA N° de registro e-CVD 03216.2018.00713803.2.00606/0012, Juiz Felipe Bouzada Flores Viana)

Dada a clareza da conclusão pericial, transcrevo a resposta ao quesito n.º 11 do laudo pericial (fl. 74):

“Os estudos que avaliaram cirurgia de revisão de quadril encontraram como fatores de riscos para falha: idade do paciente, o sexo e a experiência do cirurgião. Não foi identificado risco relacionado ao tipo de prótese utilizada. Uma revisão de 2015 avaliou os tipos de próteses disponíveis e seus resultados em pequeno e médio prazo, e não encontraram diferença significativa entre elas. Pode ser que em um futuro próximo determinado material de prótese de quadril seja superior aos padronizados pelo SUS, porém esses materiais são novos, muitos têm menos de 5 anos de uso e, até o presente momento, nenhum estudo bem estruturado comprovou a superioridade. Os estudos disponíveis até o presente momento não associam índice de reoperação com o uso do material escolhido para compor as próteses. O paciente não foi submetido ao procedimento de artroplastia total do quadril com material fornecido pelo SUS, ele foi tratado com placa e parafusos, conforme o laudo médico na fl. 24. Dessa forma, não há falha de tratamento com o material do SUS. Nesse ínterim, concluo que não há evidência científica que comprove a superioridade do material solicitado em relação ao material que o SUS fornece para artroplastia de quadril.”

Assim, em vista do que expôs o perito da confiança do Juízo, penso que não se justifica, no caso vertente, o afastamento do protocolo oficial ante as especificidades do quadro clínico da paciente, havendo alternativa padronizada que lhe assegure a recuperação da saúde e a preservação de sua vida. Desse modo, percebe-se que a parte demandante não esgotou as alternativas terapêuticas oficiais, contempladas pelas políticas públicas de saúde, tampouco demonstrou a necessidade do uso, em especial, da prótese solicitada, ou a contra-indicação ao uso dos materiais fornecidos pelo SUS, pelo que deve o pleito de prestação diferenciada ser rechaçado. (Processo N° 0006568-11.2017.4.01.3803 - 4ª Vara JEF - UBERLÂNDIA N° de registro e-CVD 01477.2018.00713803.1.00401/00128. Fls. 6. Juiz Flávio da Silva Andrade).

Além disso, de acordo com o laudo apresentado pelo médico perito (fls. 158/160) não ficou comprovado que exista uma impossibilidade da periciada usar drogas ofertadas pelo SUS, citando exemplos como Calcitonina (injetável e spray nasal), Pamidronato dissódico (injetável) Raloxifeno, Calcitriol, medicamentos que podem ser empregados para a patologia da parte autora. É dizer, a tentativa de se valer do Estado para a aplicação de medicamento de custo extremamente elevado não se justifica, vez que, existe alternativa de igual eficácia, de preço módico em comparação ao fármaco pleiteado e que se encontra incorporada ao SUS. (Processo N° 0009423-31.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00317.2017.00013803.1.00086/00128. Juiz Lincoln Rodrigues de Faria).

A menção à Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), que ocorreu em 14 (quatorze) casos, também chama a atenção, pois é justamente este órgão o responsável por avaliar medicamentos, próteses, dentre outros, e incorporá-los ou não ao SUS. Neste sentido, tem-se o exemplo de um processo em que se discutia um medicamento para retinopatia diabética proliferativa:

Se disponível está no mercado o Avastin (bevacizumabe), o qual inclusive já recebeu recomendação favorável de órgão oficial do Estado (CONITEC) para ser incorporado ao tratamento da DMRI, diferentemente do Lucentis, com igual eficácia e com custo em 3% (três por cento) do fármaco postulado, não deve ser imposto ao Erário e, por consequência, à sociedade, o custeio da medicação pleiteada. (Processo N° 0005336-32.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00972.2016.00013803.1.00086/00128. Lincoln Rodrigues de Faria).

Em situação semelhante, a rejeição de determinado fármaco pelo CONITEC também foi empregada para a fundamentação da sentença a seguir:

No caso, o perito do juízo concluiu, em resposta aos quesitos n° 05 e 06, que “há um protocolo e não há, pelos documentos dispostos, dados para informar se o mesmo foi ou não seguido” e que existem outras drogas contempladas e não contempladas pelo SUS de menor custo poderiam ser usadas. O fármaco pleiteado inclusive já teve sua incorporação rejeitada pelo CONITEC, demonstrando o pronunciamento de órgão oficial contrário à droga, que não encontra justificativa para ser tutelada pelo Estado. (Processo N° 0012449-03.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 01723.2017.00713803.2.00606/00128. Juiz Felipe Bouzada Flores Viana. Pag 2/3).

Em 05 (cinco) casos, a justificativa da sentença de improcedência com base na existência de alternativas terapêuticas se valeu dos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde – NATs –, que são órgãos que visam fornecer análises críticas sobre novas tecnologias e processos, seu valor clínico e suas possibilidades de incorporação na prática clínica, além de promover a saúde baseada em evidências, por meio de núcleos de estudos, atividade e disseminação do conhecimento, assim como a cultura dos ciclos de melhoria pelo aprendizado e liderança compartilhados. O caso abaixo se referia a um medicamento de alto custo (Iplilimumabe) para tratamento de melanoma metastático irressuscável, cuja sentença se utilizou de uma nota técnica do NATS HC-UFGM:

Segundo Nota Técnica 59/2014 NATS HC-UFGM, nenhum tratamento demonstrou ser mais eficaz e custo efetivo em ensaios clínicos do que o dacarbazina. Portanto o Ministério da Saúde recomenda que este fármaco seja utilizado em pacientes com condições clínicas capazes de tolerar a quimioterapia como primeira linha de tratamento sistêmico.

Ainda, de acordo com a Nota Técnica, foi feito um estudo clínico randomizado envolvendo 502 pacientes portadores de melanoma avançado (classe III e I). No total, 56,3% dos pacientes tratados com Iplilimumabe apresentaram alto grau de intoxicação, internação e até mesmo óbito, em comparação com o grupo que utilizou o medicamento dacarbazina, somente 27,5% apresentaram alguma toxicidade. Ademais, 31,6% dos pacientes tratados com o Iplilimumabe apresentam hepatite, o que sugere haver eficácia marginal e duvidosa e toxicidade alarmante com o uso desse medicamento. (Processo N° 0009436-30.2015.4.01.3803 - 1ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 00198.2017.00013803.1.00086/00128. Juiz Lincoln Rodrigues de Faria)

Em muitas ocorrências, mais precisamente 80 (oitenta) dos 96 (noventa e seis) processos que obtiveram a sentença de improcedência fundamentada em alternativas terapêuticas, houve menção a Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ, sendo os mais recorrentes os de número 14⁴ (2013) e 16⁵ (2006), os quais estiveram presentes juntos ou isoladamente em todos os casos acima mencionados:

ENUNCIADO N.º 14

Não comprovada a inefetividade ou impropriedade dos medicamentos e tratamentos fornecidos pela rede pública de saúde, deve ser indeferido o pedido não constante das políticas públicas do Sistema Único de Saúde.

ENUNCIADO N.º 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). (Redação dada pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

ENUNCIADO N.º 16

Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do Sistema Único de Saúde – SUS. (Revogado pela III Jornada de Direito da Saúde – 18.03.2019)

Deste modo, nota-se que a improcedência de pedidos na área da saúde, baseados na presença de alternativas terapêuticas, requer o domínio técnico das matérias, que é trazido por meio de órgãos especializados, tais como o CONITEC e os NATs, mas especialmente por meio de perícias que explicitam os protocolos e normas infralegais do SUS. Constata-se ainda que Enunciados das Jornadas de Direito à Saúde do CNJ foram bem empregados para fundamentar as decisões.

3.1.3 Fura fila

Uma explicação igualmente bastante utilizada para os casos de improcedência, e presente em 15% (quinze por cento) das ações analisadas, foi o chamado “fura fila”, que é justamente o fato de a parte se valer do Poder Judiciário para obter uma decisão que a faça ser atendida pelo SUS em desobediência à lista de espera existente para todos os

⁴ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1757>>.

⁵ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/infojurisl2/downloadDocumento>>.

procedimentos. Foram classificadas sob tal alcunha tanto as ocorrências em que a pessoa já aguardava nas listas do Sistema Único de Saúde, quanto aquelas em que o demandante ingressava em estabelecimento hospitalar privado, pleiteando judicialmente depois, ou a sua transferência para o sistema público, ou o custeio do hospital privado pelo poder público.

Alguns juristas acreditam que o Judiciário está criando um sistema público de saúde com duas “portas de entrada”: uma para os cidadãos que podem recorrer e ter acesso à justiça, e conseqüentemente a qualquer tipo de tratamento independentemente dos custos, e outra para o restante da população que não tem acesso ao Judiciário. Dessa forma, as pessoas que acessam o SUS pela via administrativa acabam penalizadas e, muitas das vezes, perdem a sua vez na fila de espera para uma demanda judicial, podendo apresentar até maior complexidade/gravidade do quadro clínico de saúde. Contudo, as decisões que inibem o “fura fila” parecem ser mais acertadas por prestigiarem a organização administrativa do Sistema Único, especialmente quando não há urgência.

Nesta esteira, veja-se a decisão abaixo:

A parte requerente alegou no curso da perícia que já se encontra aguardando o procedimento há dois anos. Todavia, o documento de fls. 65/68, emitido pelo Hospital de Clínicas da UFU, esclarece que há outros pacientes que aguardam há mais tempo pelo procedimento, inexistindo data específica para sua realização. Nesse caso, não há como acolher a pretensão autoral. Acaso concedida fosse a tutela pretendida, o Judiciário estaria sendo utilizado como forma de se obter finalidade ilícita, qual seja, furar a fila elaborada pela Administração Pública concedendo à parte injustificável privilégio perante seus pares, todos aqueles que se encontram à espera da cirurgia, inexistindo razão para tanto, eis que a saúde e vida da parte autora não tem maior valor do que a de qualquer outra pessoa, mas sim idêntico valor a ser preservado isonomicamente. Ademais, não há no caso nenhuma nuance específica que justifique a intromissão na atuação do Poder Executivo. (Processo N° 0008861-85.2016.4.01.3803 - 4ª VARA FEDERAL N° de registro e-CVD 01191.2017.00713803.2.00606/00128. Juiz Felipe Bouzada Flores Viana. Pag 2/3).

Como já fora dito anteriormente, os casos de fura fila envolvem mais matéria jurídica do que fática, de sorte que, em apenas 32% (trinta e dois por cento) das decisões deste item, houve referências aos protocolos clínicos, órgãos técnicos, perícias ou enunciados do CNJ.

3.1.4 Desnecessidade do tratamento vindicado

Nas sentenças de improcedência analisadas, houve a incidência de 8,7% (oito vírgula sete por cento) dos casos sob o argumento da desnecessidade. Dos 15 (quinze) casos apurados, a justificativa da prescindibilidade foi utilizada de maneiras diversas, ora ocorreu porque a parte não conseguiu provar que o medicamento pleiteado era realmente eficaz para a patologia a ser tratada, ora porque a mesma não logrou êxito em demonstrar que era hipossuficiente, a ponto de depender do poder público. Houve ainda uma ocorrência em que o perito foi categórico ao afirmar que a cirurgia pleiteada não era indicada para o caso em exame.

Um elemento bastante constante nas sentenças que empregaram o argumento da “desnecessidade” foi a realização de perícia (que ocorreu em onze casos), pois este é o meio hábil a trazer dados extremamente técnicos aos magistrados.

3.1.5 Obediência às listas padronizadas do SUS

De todos os processos analisados, o que mais chama a atenção é que, em nenhum deles, foi mencionado um dos principais argumentos utilizados pelas Fazenda Públicas, que é justamente o da necessidade de obediência às listas padronizadas do SUS.

A estipulação, por parte do poder estatal, de um rol de medicamentos, insumos e procedimentos gratuitamente disponibilizados aos cidadãos leva em conta as necessidades mais prementes da coletividade, dadas as limitações orçamentárias. Nessa perspectiva, não caberia, em princípio, a intervenção do Poder Judiciário fornecendo todo o tipo de medicamentos, insumos e procedimentos a fim de se evitar que a decisão judicial resultasse em consequências prejudiciais para o funcionamento do serviço público de saúde, em detrimento da coletividade, e para que não houvesse prevalência desproporcional do direito à saúde de um indivíduo sobre os princípios constitucionais da competência orçamentária do legislador e das atribuições administrativas do Poder Executivo.

Contudo, esta proposição não é sequer mencionada. Até mesmo nas hipóteses em que se obedeceu às listas padronizadas do SUS, a justificativa principal era de que existiam alternativas terapêuticas disponibilizadas para a população, e que por isso, elas tinham que ser privilegiadas em detrimento de medicamentos, insumos e procedimentos diversos. O simples argumento de que as listas do Sistema Único de Saúde seriam taxativas não foi efetivo pois, em todos os casos investigados, se a parte conseguisse demonstrar que o referido órgão não conferia tratamento para a sua patologia ou, ainda,

que ela seguira todos os protocolos exigidos e, mesmo assim, não obteve resultado, o tratamento seria deferido pelo Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

A partir dos dados levantados, pode-se afirmar que há, na prática, uma propensão de o Poder Judiciário deferir as ações de saúde, uma vez que houve pequeno volume de sentenças de improcedência entre os processos analisados. Do total de ações investigadas na Justiça Federal de Uberlândia, apenas 6,4% (seis vírgula quatro por cento) obtiveram sentença improcedente. Em pesquisa realizada pelo INSPER com o repositório de decisões judiciais de primeira instância no âmbito do TJSP, verificou-se 4,48% (quatro vírgula quarenta e oito por cento), sendo igualmente um número bastante baixo.

Essa pesquisa jurisprudencial realizada no contexto da Justiça Federal de Uberlândia objetivou primordialmente levantar os fundamentos utilizados nas decisões jurisdicionais de improcedência, constatando-se que a maioria delas - 73,8% (setenta e três vírgula oito por cento) - fazia menção, no mínimo, a algum elemento técnico, tais como CONITEC, NAT, perícia, protocolo e *expert*.

Os fundamentos de improcedência mais frequentes foram a falta de registro na ANVISA (presente em 11,6% dos casos), os casos de fura fila, bem como a existência de alternativas terapêuticas no SUS. As situações denominadas de “fura fila” tiveram a recorrência de 15% (quinze por cento) dos casos improcedentes, oportunidade em que os magistrados entendem que, não havendo urgência, deve-se inibir esse tipo de demanda, de modo a prestigiar as organizações administrativas do SUS.

Já a presença de opções terapêuticas ocorreu em 55,8% (cinquenta e cinco vírgula oito por cento) dos casos. Esse conhecimento depende de dados técnicos que, na maioria das vezes, são trazidos por meio de perícias. Estas foram constatadas em 86 (oitenta e seis) dos 96 (noventa e seis) casos de improcedência, os quais tiveram como principal justificativa a existência das alternativas terapêuticas. Pode-se afirmar, de modo geral, que, a presença de conhecimento técnico foi determinante para que um certo processo fosse julgado improcedente, ao contrário das sentenças de procedência que, em geral, baseiam-se em direitos abstratos previstos constitucionalmente.

Deste modo, pode-se constatar que os argumentos trazidos acima devem ser melhor trabalhados pela Advocacia Pública a fim de se aumentar o percentual de êxito, diga-se improcedência, destas ações.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Sistema Eletrônico de Informação nº 1080.01.0064697/2019-91**. 2019. Disponível em: <http://www.sei.mg.gov.br>. Acesso em 04 out. 2019.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0001313-09.2016.4.01.3803, 11 set. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0014668-23.2015.4.01.3803, 12 set. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0002468-47.2016.4.01.3803, 13 jun. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009945-87.2017.4.01.3803, 16 dez. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0006568-11.2017.4.01.3803, 29 out. 2018. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009423-31.2015.4.01.3803, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0005336-32.2015.4.01.3803, 6 mai. 2016. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0012449-03.2016.4.01.3803, 17 mai. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 1ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0009436-30.2015.4.01.3803, 23 set. 2015. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. 4ª Vara Federal de Uberlândia. Processo nº 0008861-85.2016.4.01.3803, 14 mar. 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>>. Acesso em 15 jul. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156 - RJ, Brasília, DF, 4 de maio de 2018. **Lex:** jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1657156&repetitivos=REPETITIVOS&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 15 jul. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Enunciado nº 14**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=1757>>. Acesso em 17 jun. 2019.

_____. **Enunciado nº 16**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/infojurisl2/downloadDocumento>>. Acesso em 17 jun. 2019.

JORGE, Ighor Rafael de. A base normativa da política de assistência farmacêutica: os efeitos da atividade normativa infralegal. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções**. 2017. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-jacusta-r-13-bi-a-uniao>>. Acesso em 04 set. 2019.