

Ministério da Saúde

**FIOCRUZ**  
**Fundação Oswaldo Cruz**



ESCOLA NACIONAL DE SAÚDE PÚBLICA  
SERGIO AROUCA  
ENSP

***“O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde”***

*por*

***Miriam Ventura da Silva***

*Tese apresentada com vistas à obtenção do título de Doutor em Ciências na área de Saúde Pública.*

*Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Lúcia Edais Pepe*

*Rio de Janeiro, abril de 2012.*

*Esta tese, intitulada*

***“O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde”***

*apresentada por*

***Miriam Ventura da Silva***

*foi avaliada pela Banca Examinadora composta pelos seguintes membros:*

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sueli Gandolfi Dallari

Prof. Dr. Kenneth Rochel de Camargo Junior

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Claudia Garcia Serpa Osorio de Castro

Prof. Dr. Luis David Castiel

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Vera Lúcia Edais Pepe – Orientadora

*Tese defendida e aprovada em 18 de abril de 2012.*

Catálogo na fonte

Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica  
Biblioteca de Saúde Pública

S586 Silva, Miriam Ventura da  
O processo decisório judicial e a assessoria técnica: a argumentação jurídica e médico-sanitária na garantia do direito à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde. / Miriam Ventura da Silva. -- 2012.  
xi, 186 f. : tab.

Orientador: Pepe, Vera Lúcia Edais  
Tese (Doutorado) – Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, Rio de Janeiro, 2012.

1. Direito à Saúde. 2. Assistência à Saúde - legislação & jurisprudência. 3. Assistência Farmacêutica - legislação & jurisprudência. 4. Sistema de Justiça. 5. Sistema Único de Saúde.  
I. Título.

CDD – 22.ed. – 362.1

*Ao Geraldino pela amorosa cumplicidade e apoio incondicional nesta trajetória.*

## Agradecimentos

O momento de agradecer revela o quanto somos dependentes uns dos outros, e como esta deliciosa dependência nos possibilita superar dificuldades, alcançar objetivos, e nos construir e reconstruir como seres viventes. Sem o apoio de algumas pessoas não seria possível seguir em frente e alcançar este objetivo. Agradeço à Vera Pepe, pela confiança e orientação ao trabalho, que permitiu superar incidentes e acidentes, e chegar até aqui. À Luciana Simas pela amizade, a intensa troca de ideias sobre os caminhos da justiça, e a disponibilidade para a leitura dos originais e sugestões. À Cláudia Osório pela possibilidade de compartilhar e divergir de opiniões, que muito contribuíram para minhas reflexões e inflexões. À Joyce Mendes pela amizade, a iniciativa e o incentivo na criação do grupo de pesquisa sobre judicialização da saúde. À equipe do grupo de pesquisa pela rica troca de experiências. Às professoras e amigas da ENSP, Célia Leitão, Luciana Dias, Tatiana Vargas pelo incentivo e as ricas oportunidades de construção e reconstrução de muitas das ideias aqui desenvolvidas. À Michelly, Carol e Franklin pela carinhosa e competente assessoria na coleta e sistematização dos dados desta pesquisa. À Vanessa dos Reis pelo trabalho estatístico que viabilizou a pesquisa empírica. Ao Henrique Ventura pela construção dos instrumentos que me possibilitaram ver os dados com a clareza necessária para análise. À Rachel Aisengardt Menezes pela disponibilidade e a leitura dos originais e sugestões, que tornaram mais fácil o caminho difícil da conclusão. À Bete pela normalização do trabalho e a Maria de Fátima (ENSP) e Roberto (IESC) pela orientação e auxílio na busca e resgate da bibliografia. Às(aos) amigas(os) do IESC, minha nova casa, por me receberem e dividirem comigo as tensões do dia a dia. Aos professores da ENSP pela formação sólida recebida. Ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em especial: a Sra. Guacira Duarte Soares, responsável pelo DEGEI-DICOL, pela orientação e disponibilização dos dados sobre a distribuição dos processos; aos serventuários e magistrados das Varas de Fazenda Pública e do Arquivo Judiciário pelo auxílio na coleta do material para a pesquisa. À ENSP e Capes pela bolsa de doutorado e por toda a estrutura e apoio oferecido para o desenvolvimento da pesquisa.

## Resumo

A alta intensidade de demandas judiciais relacionadas à assistência terapêutica, contra entes públicos, tem trazido preocupações sanitárias, e representam um desafio para o sistema público de saúde. A principal crítica à atuação judicial refere-se às ordens judiciais de entrega de medicamentos respaldadas exclusivamente na prescrição médica. A problemática tem exigido esforços interdisciplinares na busca de concordância prática das dimensões jurídica e médica-sanitária do direito à saúde, estimulando-se a oferta de assessoria técnica aos magistrados. O estudo analisou a utilização dos elementos médico-sanitários na argumentação judicial, nos processos judiciais contra entes públicos, em tramitação, no período de setembro de 2009 a outubro de 2010, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que possui o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro, para apoio aos magistrados, por meio de convênio. Foi examinada uma amostra de 347 processos judiciais. Os magistrados solicitaram Parecer do NAT em 128 processos, na maioria das vezes, antes da apreciação da decisão de tutela antecipada e processos com pedidos de medicamentos. O Parecer NAT continham informações clínicas e sanitárias sobre o diagnóstico declarado, a terapêutica requerida, a regulamentação sanitária e programas de saúde vigentes. Os Autores em sua maioria comprovaram suas necessidades terapêuticas adicionando laudos médicos à prescrição, com informações sobre o tempo de evolução da doença, tratamentos anteriores, e outras justificativas sobre a necessidade do medicamento requerido. As principais objeções do NAT aos pedidos foram: “*medicamentos não presentes na lista pública e/ou Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas (PCDT)*” e “*medicamentos com alternativa terapêutica disponível no SUS*”. O argumento dos Réus contrário aos pedidos foi o da “*prioridade das listas públicas e PCDT na definição do medicamento para o tratamento no sistema público*”. A maioria dos processos teve atuação do Ministério Público (MP), e Pareceres favoráveis aos pedidos; em apenas 04 processos o MP recomendou a realização de perícia e/ou novo laudo médico. Não houve produção de novas provas no decorrer dos processos. As decisões judiciais em 100% foram favoráveis aos pedidos respaldadas na prescrição médica inicial. As poucas restrições aos pedidos referiam-se, somente, à entrega de medicamentos similares ou genéricos, e à obrigatoriedade dos requerentes se inscreverem em programa público de saúde existente para receber o medicamento pleiteado. Questões, como custo-efetividade, eficácia, efetividade e restrições médico-sanitárias, para o acesso à terapêutica no SUS, mesmo quando apontados pelo NAT, não foram discutidas ao longo do processo ou ponderadas na decisão; e, quando mencionadas, apontaram uma relativa incompreensão dos profissionais jurídicos e médicos da linguagem sanitária. O objetivo de que as dimensões médico-sanitárias fossem incorporadas e ponderadas no processo decisório judicial, a partir da análise técnico-científica do NAT não foi alcançado, mantendo-se a soberania absoluta da prescrição médica, na definição da prestação de saúde devida pelo ente público.

Palavras-chave: direito à saúde, assistência à saúde, assistência farmacêutica, Sistema de Justiça, legislação & jurisprudência, demandas judiciais em saúde.

## **Abstract**

The high intensity of litigation on therapeutic care against public entities represented a challenge for the public health system. This challenge has required interdisciplinary efforts attempting to reach the concordance in juridical and medical sanitary dimensions to ensure the right to the health, encouraging the provision of technical advice to the judges. The main criticism to the judicial action refers to granting injunctions for individual requests based only on the medical prescription. The study examined the use of medical sanitary information on the legal reasoning in a sample of lawsuits against public entities, in process, from September 2009 to October 2010, at the Court of the State of Rio de Janeiro (TJ -RJ). The TJ-RJ, through an agreement, provides the Technical Assistance Center on Health Action (NAT) of the State Health Secretariat of Rio de Janeiro (SES-RJ) to support magistrates. 347 lawsuits were examined in the sample. NAT analyzed the applications and medical documents in 128 cases, and in the most of the cases, before the injunctive relief. The technical advice of NAT contained on the diagnosis stated, required therapy, health regulations and existing health programs. Authors mostly prove their therapeutic needs by adding medical reports and the prescription, with information about the time of diagnosis, previous treatments, and other justifications of the need for medication required. The main objections to the applications of NAT were "medicines not on the list and / or public PCDT (Clinical Protocols and Therapeutics Guidelines) "and "medicine with alternative treatment available in SUS." The Defendants' argument was contrary to the claims of "priority lists of public and PCDT on the definition of the medicine for the treatment in the public system." Most cases had performance of the Prosecutor (MP), and favorable opinions to the requests; in only 04 cases the MP recommended the holding of expertise and / or new medical report. There was no production of new evidence during the proceedings. Judicial decisions were favorable in 100% of applications supported in the initial prescription. The few restrictions on the requests refer to delivering generic or similar medicines, and to the obligation of applicants to enroll in existing public health program to receive the medicine sought. Issues such as cost-effectiveness, efficiency, effectiveness and medical sanitary restrictions to access to the treatment in SUS, even when pointed out by the NAT, were not discussed during the process or considered in the decision, and when mentioned, legal and medical professionals showed a relative misunderstanding of the sanitary language. The aim of NAT in attending sanitary concerns in judicial decision-making process was not achieved and remains impaired, maintaining the sovereignty of the prescription in the definition of health benefit paid by the public entity.

Key words: right to health, delivery of health care, Pharmaceutical services, Judicial System, legislation & jurisprudence, health litigation.

## FIGURAS E TABELAS

FIGURA 1 AS BALIZAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....	22
FIGURA 2 ETAPAS METODOLÓGICAS DA PESQUISA PROCESSUAL NAS AÇÕES JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, CONTRA ENTE PÚBLICO-COMARCA CAPITAL.....	76
FIGURA 3 FLUXO COM OS RESULTADOS DOS PRINCIPAIS ATOS PROCESSUAIS DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, CONTRA ENTE PÚBLICO – COMARCA CAPITAL – COMARCA CAPITAL – TJ-RJ, NA AMOSTRA DE PROCESSOS INICIADOS E EM TRAMITAÇÃO NO PERÍODO DE SETEMBRO.....	82
FIGURA 4 FLUXO COM OS RESULTADOS DOS PRINCIPAIS ATOS PROCESSUAIS DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE, CONTRA ENTE PÚBLICO – COMARCA CAPITAL – TJ-RJ, NA AMOSTRA PROCESSOS INICIADOS E EM TRAMITAÇÃO NO PERÍODO DE SETEMBRO/ 2009 A OUTUBRO/ 2011 .....	159
TABELA 1 DISTRIBUIÇÃO PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO O CARTÓRIO JUDICIAL E CLASSIFICAÇÃO. ETAPA METODOLÓGICA DE COMPOSIÇÃO DO UNIVERSO DO ESTUDO. COMARCA DA CAPITAL, TJ – RJ, 01/09/2009 A 31/10/2010. ....	71
TABELA 2 DISTRIBUIÇÃO DA AMOSTRA PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, NA COMARCA DA CAPITAL, DO TJ – RJ, NO PERÍODO DE 01/09/2009 A 31/10/2010, SEGUNDO CARTÓRIO JUDICIAL E CLASSIFICAÇÃO. ETAPA METODOLÓGICA DE COMPOSIÇÃO DA AMOSTRA DO ESTUDO. ....	72
TABELA 3 DISTRIBUIÇÃO PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO RENDA* DO DEMANDANTE OU SEU REPRESENTANTE LEGAL, QUANDO DEPENDENTE. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010. ....	86
TABELA 4 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO SEGUNDO OCUPAÇÃO DO AUTOR OU DE SEU REPRESENTANTE LEGAL, QUANDO DEPENDENTE, COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010. ....	87
TABELA 5 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO SEGUNDO O LOCAL DE ATENDIMENTO MÉDICO DO DEMANDANTE.COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010. ....	87
TABELA 6 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO FAIXA ETÁRIA. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010.....	88
TABELA 7 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO,SEGUNDO PRIORIDADE DE JUSTIÇA DO AUTOR DA AÇÃO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010.....	89
TABELA 8 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO RÉUS. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO/2010.....	97
TABELA 9 CARACTERÍSTICAS DOS PEDIDOS DOS AUTORES NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, NO TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	109
TABELA 10 CARACTERÍSTICAS DAS PRESCRIÇÕES E DIAGNÓSTICOS MÉDICOS DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO (N=187), NO TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010.....	112
TABELA 11 CARACTERÍSTICAS DOS DOCUMENTOS MÉDICOS JUNTADOS NOS PROCESSOS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, NO TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010.....	115

TABELA 12 DISTRIBUIÇÃO PROCESSOS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, COM ATUAÇÃO DO NAT, SEGUNDO PEDIDO DO AUTOR. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	117
TABELA 13 DISTRIBUIÇÃO PROCESSOS JUDICIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO O MOMENTO PROCESSUAL DE ATUAÇÃO DO NAT. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	118
TABELA 14 DISTRIBUIÇÃO PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, COM ATUAÇÃO DO NAT, SEGUNDO OBJEÇÕES DO NAT AOS PEDIDOS DOS REQUERENTES. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO/2009 A OUTUBRO/2010. ....	120
TABELA 15 CARACTERÍSTICAS DAS DECISÕES JUDICIAIS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, NA COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2010 A OUTUBRO DE 2011. ....	127
TABELA 16 DISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS REFERENTES A PRESTAÇÕES DE SAÚDE, SEGUNDO MEDIDAS CONSTRITIVAS ESTABELECIDAS NA DECISÃO JUDICIAL PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM LIMINAR. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	136
TABELA 17 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO MEDIDAS CONSTRITIVAS APLICADAS AOS RÉUS PARA O CUMPRIMENTO DA ORDEM LIMINAR. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	136
TABELA 18 TEMPO ENTRE A CONCESSÃO DA TUTELA E A ENTREGA DA PRESTAÇÃO PELO GESTOR, NOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	137
TABELA 19 DISTRIBUIÇÃO DE CONTESTAÇÕES APRESENTADAS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	142
TABELA 20 DISTRIBUIÇÃO DOS PRINCIPAIS ARGUMENTOS UTILIZADOS PELOS RÉUS, NAS CONTESTAÇÕES APRESENTADAS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	142
TABELA 21 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, SEGUNDO A POSIÇÃO DO MP AO PEDIDO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	146
TABELA 22 TEMPO ENTRE A CONCESSÃO DA TUTELA E A ENTREGA DA PRESTAÇÃO PELO GESTOR, NOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	149
TABELA 23 DISTRIBUIÇÃO DAS SENTENÇAS COM JULGAMENTO DO MÉRITO NOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	152
TABELA 24 DISTRIBUIÇÃO DAS SENTENÇAS SEGUNDO A PRESENÇA DE REFERÊNCIA DO PARECER NAT, NOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO. COMARCA DA CAPITAL - RIO DE JANEIRO. ESTADO DO RIO DE JANEIRO, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO DE 2010. ....	153
TABELA 25 DISTRIBUIÇÃO DOS PROCESSOS JUDICIAIS INDIVIDUAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE CONTRA ENTE PÚBLICO, POR ENTE FEDERATIVO RESPONSÁVEL PELA PRESTAÇÃO DE SAÚDE (FINANCIAMENTO OU FORNECIMENTO AO USUÁRIO) SEGUNDO PARECER DO NAT. COMARCA DA CAPITAL, TJ-RJ, SETEMBRO DE 2009 A OUTUBRO 2010. ....	157

## **ABREVIATURAS**

AF - Assistência Farmacêutica

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CFM – Conselho Federal De Medicina

CNJ - Conselho Nacional de Justiça

CEAF - Componente Especializado da Assistência Farmacêutica

CACON - Centros de Assistência de Alta Complexidade

DEGEI - Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional

DP – Defensoria Pública

DICOL - Divisão de Coleta e Tratamento de Dados (DICOL).

MBE – Medicina Baseada em Evidência

MP – Ministério Público

NAT – Núcleo de Assistência Técnica em Saúde

PMN - Política Nacional de Medicamentos

PNAF - Política Nacional de Assistência Farmacêutica

PCDT - Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas

RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ-RJ - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

UNACON - Unidades de Assistência de Alta Complexidade

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I - OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE. ....</b>	<b>4</b>
1.1 - Direito à saúde e suas implicações para os sistemas públicos de saúde.....	4
1.2- Respostas do Executivo e Judiciário à judicialização da saúde: .....	14
1.3 - As balizas do STF: o redimensionamento da judicialização da saúde e os parâmetros para o julgamento da demanda judicial. ....	20
1.4- As respostas no Estado do Rio de Janeiro. ....	27
<b>CAPÍTULO 2 - MARCO TEÓRICO E NORMATIVO .....</b>	<b>32</b>
2.1 - Da saúde ao direito à saúde.....	32
2.2 - Ciência e Técnica, seus Efeitos no Direito e na Medicina.....	39
2.3 - A teoria da argumentação jurídica.....	49
2.4 - Sobre o processo e procedimento judicial. ....	56
2.5 - A questão probatória e a argumentação judicial .....	59
2.6. Argumentação jurídica e decisão judicial .....	62
<b>CAPITULO 3 – OBJETIVOS E METODOLOGIA .....</b>	<b>66</b>
3.1 - Objetivo geral.....	66
3.3– Metodologia .....	66
3.4 - Métodos da pesquisa.....	67
3.5 - Planejamento da pesquisa processual .....	69
3.5.3. Pesquisa processual .....	72
3.5.4 - Construção do banco de dados para análise.....	75
3.5.5 - Coleta e sistematização dos dados documentais .....	77
3.5.6 - Análise dos dados .....	80
3.5.7. Aspectos éticos da pesquisa.....	83
<b>CAPÍTULO 4 – OS PARTICIPANTES DO PROCESSO JUDICIAL.....</b>	<b>84</b>
4.1 - O perfil dos autores e seus representantes:.....	84
4.1.2 - Quem fala pelos demandantes? .....	90
4.1.3 - O reconhecimento da hipossuficiência da população demandante pelo Judiciário .....	94
4.2 - Atuação do Ministério Público e a proteção dos direitos individuais na saúde. 95	
4.3 - Os réus nas demandas judiciais em saúde. ....	97
4.4 - O Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT): um novo ator interinstitucional.....	101
<b>CAPÍTULO 5 – O PROCESSO DECISÓRIO: POSTULAÇÃO, INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. ....</b>	<b>105</b>
5.1 - O procedimento e os processos que envolvem prestações de saúde: implicações e especificidades. ....	105
5.2–O pedido do autor: o nascimento do processo judicial. ....	108
5.3 - A atuação do Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT) .....	116

5.4 - Objeções do NAT aos pedidos dos autores: .....	119
5.5 - Antecipação da tutela judicial: o primeiro ato decisório.....	126
5.6 - Reação dos participantes às exigências judiciais e aos subsídios médico-sanitários do NAT para a concessão da tutela antecipada:.....	132
5.7. O cumprimento pelos Réus da decisão de antecipação da tutela.....	135
5.8 - O SUS no banco dos réus: a defesa dos entes federativos.....	138
5.9 - O Ministério Público e o NAT .....	146
5.10 - A sentença judicial: características gerais do ato decisório singular. ....	149
5.11 - A solidariedade dos entes públicos nas prestações de saúde em juízo: Um por todos ou todos por um? .....	156
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>174</b>

## APRESENTAÇÃO

A saúde como um direito traz como repercussão novos tipos de atuação política e social. Se antes as reivindicações por melhoria das condições de saúde eram dirigidas às instâncias executivas e legislativas, o novo status da saúde trouxe a possibilidade do apelo à instância judicial. O termo *judicialização da política* tem servido para indicar “os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas” (MACIEL, KOERNER, 2002, p. 114). O fenômeno descrito revela, sobretudo, um padrão de reflexão e deliberação tipicamente judicial na resolução de conflitos. Este tipo de modelo requer a formulação de parâmetros e critérios éticos, legais e técnico-científicos para a condução do processo decisório, que resultará em definições (mesmo que contingentes) de direitos, deveres e responsabilidades, que devem ser aceitos como justos e legítimos pela maioria. Exige, concomitantemente, uma forte atuação do sistema político e jurídico, através de instituições que deem conta de resolver os conflitos de interesses em jogo e as consequentes limitações impostas ao direito subjetivo dos cidadãos, como indivíduo ou como coletivo.

Um primeiro desafio que estas transformações nos trazem está relacionado às dificuldades de formulação conceitual do direito à saúde, que deve combinar perspectivas de diversos campos de conhecimento e práticas, constituídos por diferentes racionalidades. O segundo, trazido mais fortemente pelo fenômeno da *judicialização da saúde*, requer compreensão mútua das racionalidades jurídicas, médicas e da saúde pública na aplicação do direito à saúde. Só a partir desta mútua compreensão é que se pode buscar uma concordância prática, e avançar na síntese de dimensões necessárias e diversas do direito à saúde.

A busca de parâmetros e critérios objetivos que orientem estas discussões tem motivado pesquisas sob as mais diversas perspectivas no âmbito da Saúde Pública, que podem ser representadas em três conjuntos, não excludentes, que enfatizam aspectos da questão, como: (1) os estudos sobre a alocação de recursos de saúde e as questões de justiça sanitária na distribuição de bens e serviços; (2) as investigações de modelos teóricos e metodológicos para formulação de políticas de saúde; (3) os estudos sobre a demanda judicial, suas características e efeitos na

gestão de saúde e jurisdicional, e como meio de efetivação do direito à saúde. Esses últimos estudos buscam compreender e/ou desenvolver instrumentos e soluções normativas para responder à demanda judicial em saúde, e dirimir os conflitos cotidianos entre cidadão e as instâncias públicas.

Neste último conjunto se situam os estudos empíricos que analisam processos judiciais que reclamam assistência terapêutica. Tanto os pesquisadores do campo da saúde como do direito têm enfatizado que o vértice deste conflito é a decisão médica por um tipo de terapêutica não disponível no sistema público de saúde, protagonizada por um enfermo-reivindicante. Além disso, asseveram que a atuação judicial tem sido automatizada, e desconsidera aspectos médicos e sanitários da prestação reclamada relevantes para a efetividade do direito à saúde.

A pesquisa ora apresentada tem como objetivo contribuir na compreensão do entrelaçamento dos elementos jurídicos, médicos e sanitários, nos processos judiciais individuais, que envolvem o direito à assistência terapêutica no sistema público de saúde. O primeiro aspecto que se buscou desvendar foi a utilização dos argumentos médicos e sanitários nas decisões judiciais, ou seja, como a argumentação judicial os incorpora e se transforma em ação (decisão judicial). O segundo aspecto, mais instrumental, foi o de descrever como se desenvolve o apoio técnico-científico de equipe multiprofissional de saúde na prática judicante. Em síntese, a Tese identificou o modo como se expressa os argumentos médicos e sanitários nas decisões judiciais, no sentido de obrigar os poderes públicos a fornecerem a terapêutica requerida pelos cidadãos.

A estratégia metodológica utilizada para conhecer estes aspectos foi a realização de uma pesquisa empírica de processos judiciais individuais, que reivindicam terapêuticas para tratamento de saúde, em face de entes públicos, da Comarca da Capital do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que disponibiliza assessoria técnico-científico aos magistrados, denominado Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro/Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro). Esta assessoria foi estabelecida entre instância judiciária e executiva estadual da saúde por meio de um acordo de cooperação.

Para a análise adotou-se perspectivas teóricas críticas do direito e da saúde pública, que buscam novas formas discursivas do direito, da medicina e da saúde pública, com as “verdades” científicas. E, nesse sentido, permitem dimensionar os efeitos e os riscos da elaboração de um raciocínio sanitário e/ou jurídico de forma neutra, governado exclusivamente por uma razão técnico-científica, para fixar ideias firmes sobre as leis e sua aplicação.

Esta Tese representa a continuidade de um trabalho de anos de pesquisa, com encadeamento lógico-metodológico com pesquisas anteriores desenvolvidas, principalmente, nos últimos 05 (cinco) anos, como integrante do grupo de pesquisa de judicialização da saúde na Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz– ENSP/Fiocruz coordenado pela Dra. Vera Lúcia Edais Pepe.

Este trabalho se diferencia das demais pesquisas sobre o tema, que enfatizam a intervenção do Judiciário na gestão de saúde, por voltar-se aos fatores e vetores que influenciam o ato de “dizer o direito” pelo magistrado, a partir de análise minuciosa dos atos de fala dos participantes no processo judicial. A inovação da pesquisa está na reflexão sobre a construção da racionalidade jurídica cotidiana a partir dos processos judiciais de demandas de saúde dos cidadãos, que influenciam e legitimam modos de se produzir “saúde” ou “doenças”, e estabelecem obrigações estatais em relação à assistência terapêutica no Sistema Único de Saúde.

Espera-se que este trabalho represente uma abertura de diálogo efetivo entre os diferentes saberes em disputa na demanda judicial que envolve o direito à saúde. Diálogo este que vá além da compreensão mútua, mas siga rumo à (re)construção de discursos e ações conjuntas e efetivas da concepção da saúde como um direito. A análise do processo judicial nesta perspectiva permitiu o olhar, a partir dos dados empíricos, sobre os limites e as possibilidades dessa (re)construção.

A Tese se divide em duas partes. Na primeira, são apresentados os principais problemas que o estudo buscou enfrentar e sua justificativa, o marco teórico, os objetivos e a metodologia. Na segunda parte, inicia-se a descrição e discussão dos resultados da pesquisa empírica, com as características gerais da demanda no Estado do Rio de Janeiro, dos participantes e dos principais atos do processo decisório. Encerrando o trabalho são apresentadas as considerações finais do estudo.

## **CAPÍTULO I - OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DA ASSISTÊNCIA TERAPÊUTICA NO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE.**

### ***1.1 - Direito à saúde e suas implicações para os sistemas públicos de saúde.***

As questões mais controvertidas na discussão internacional dos direitos humanos são como garantir “um direito positivo (uma pretensão) a tratamento médico” e deliberar sobre “o intrincado tema da equidade e alocação de recursos”? (FERRAZ, 2009, p. 297).

Os instrumentos internacionais de direitos humanos, em especial, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, reconhecem expressamente o direito de toda pessoa ter garantido o acesso à “assistência e serviços médicos em caso de enfermidades”, e de “desfrutar do progresso científico e suas aplicações”. Este é um aspecto considerado fundamental para a garantia da dignidade humana, nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos. Contudo, no plano prático, constata-se, que mesmo nos países com grande poder econômico e altos investimentos na assistência pública à saúde, os sistemas públicos não são capazes de oferecer tudo para todos (WHO, 2000). O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>1</sup> que trata do monitoramento deste Pacto entende que o direito à saúde não significa garantir que todos estejam sempre saudáveis, mas sim, um sistema de proteção à saúde, que dê oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis (CESCR, 2000).

Neste contexto, desenvolve-se uma ampla discussão sobre os parâmetros e critérios para atender demandas, necessidades e solucionar problemas de saúde individuais e coletivos, nessa nova perspectiva da saúde como um direito. Os princípios ético-jurídicos enfatizados são o da igualdade, liberdade e justiça social, que devem nortear as leis e políticas públicas nos Estados de Direito Democráticos.

A zona de maior tensão entre Estado e cidadão no âmbito do direito à saúde é, sem dúvida, a assistência terapêutica individual. O núcleo central deste conflito é que a regulamentação dos sistemas de saúde pelos poderes públicos, de alguma

---

<sup>1</sup> Esses Comitês estão previstos na maioria das Convenções e Pactos Internacional de Direitos Humanos e são responsáveis pelo monitoramento das atividades dos Estados-Partes na garantia dos direitos afirmados. Um dos documentos produzidos pelos Comitês são os Comentários ou Recomendações Gerais aos países – General Comment – sobre a interpretação considerada adequada das leis internacionais.

forma, limita a autonomia dos indivíduos e profissionais no processo terapêutico, com vista ao atendimento de necessidades individuais e coletiva, de forma igualitária. Os critérios de inclusão e exclusão de terapêuticas, e de sujeitos de direitos no acesso às terapêuticas, estabelecidos pela Administração Pública, podem trazer consequências negativas, de maior ou menor gravidade, em especial, para aqueles que não podem arcar com o custo de seus tratamentos. Não ter uma terapêutica específica para determinada condição patológica, torna indivíduos carentes mais vulneráveis ao agravamento das enfermidades e deterioração de seu estado geral de saúde. Os possíveis efeitos positivos da regulamentação de acesso às terapêuticas são o de prevenir ou precaver o uso de tecnologia danosa ou de risco para a saúde da população, e o de racionalizar a distribuição dos recursos em saúde, de forma a beneficiar um maior número de pessoas com tratamentos efetivos.

A incorporação de novas tecnologias em saúde e outros avanços científicos nos sistemas de saúde é um dos aspectos mais nevrálgicos da discussão internacionalmente. Os custos das novas incorporações, a forte demanda e interesses profissionais e econômicos na condução da pesquisa e produção científica, tornam a avaliação e processo de tomada de decisão para incorporação complexa, e dificultada pelos intensos conflitos de interesse, por vezes, de difícil identificação. Como tratar a demanda por novidades sem limitar os cuidados de saúde necessários, seguros e inovadores para a população é a questão central deste debate. Nesse sentido, emergem propostas de modelos teóricos e metodológicos para tomada de decisão, como o da Medicina Baseada em Evidência (MBE). Todos eles têm revelado suas limitações em relação à racionalização desta demanda e na definição de necessidades de saúde (FRANKEL, EBRAHIM, DAVEY SMITH, 2000).

Na vigência da concepção da saúde como um direito, esta demanda de saúde pode se transformar também em uma demanda judicial. Um primeiro aspecto deste acoplamento, saúde e direito, é a compreensão ética-social do acesso às novas possibilidades como um meio indispensável na prevenção de doenças, superação de deficiências e desconfortos orgânicos. Assim, o direito à saúde passa a incorporar à possibilidade de acesso a este vasto leque de alternativas médico-científicas e tecnológicas, como uma aspiração legítima que deve reconhecida nas

leis nacionais, e garantido seu acesso a todos. O acesso à saúde torna-se assim uma questão de justiça social, igualdade e liberdade, e não mais restrita aos cuidados devidos aos enfermos como um valor moral exclusivamente.

Na discussão sanitária e jurídica brasileira atual há consenso de que o direito à saúde, assegurado na lei brasileira, inclui o direito à assistência terapêutica integral. A realização deste direito deve ser orientada pelos princípios e diretrizes dispostos na Lei Federal n.º 8.080/90. As leis federais produzidas pelo Poder Legislativo não definem os procedimentos e insumos terapêuticos a serem ofertados no SUS, mas apenas os tipos de terapêuticas<sup>2</sup> e responsabilidades e obrigações gerais dos entes públicos.

Atualmente, as instâncias executivas da saúde definem as prestações de saúde devidas aos cidadãos, que integram a assistência terapêutica integral, nas regulamentações administrativas, como as Portarias, Protocolos de Diagnósticos e Terapêuticos, Listas Públicas de Medicamentos (Brasil, 1990, inciso I, art. 6.º). Recentemente, a Lei Federal 12.401/2011, vigente desde outubro de 2011, introduziu na Lei Federal n.º 8.080/90, capítulo que regulamenta a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde, com ênfase na assistência farmacêutica e no processo de incorporação de tecnologias no Sistema Único de Saúde (SUS). A nova lei traz algumas definições dos instrumentos de gestão, como o de protocolo clínico e diretrizes terapêuticas (PCDT), e elege o custo-efetividade e as avaliações econômicas, como critérios adicionais nas decisões de inclusão das terapêuticas, e estabelece um procedimento para deliberação desta incorporação.

A regulamentação da assistência terapêutica tem sido uma fonte de conflitos permanentes entre entes públicos e cidadãos. Alguns aspectos podem ser apontados como as principais causas de tamanha tensão, como o fato do provedor da assistência terapêutica ser, também, o regulador do acesso às terapêuticas no sistema público; e as limitações financeiras, institucionais e sanitárias do Poder Público no atendimento à demanda em saúde, na realização da política de saúde.

---

<sup>2</sup>“Do ponto de vista dos procedimentos executados é possível identificar na biomedicina os seguintes grupos de técnicas terapêuticas: - Medicamentosa, executada pela administração de um ou mais fármacos em um número variado de apresentações e vias de introdução no organismo; - Cirúrgica, implicando a manipulação direta de partes do corpo; - Física, que utiliza procedimentos como exercícios, exposição a radiações de diversos tipos, massagens; - Dietética. As duas primeiras têm usualmente maior valorização entre os profissionais, até porque são domínios exclusivos dos médicos [...]” (CAMARGO JÚNIOR, 2003, p. 133).

Os conflitos de interesses que envolvem essas definições sobre o que deve ser ofertado, e como devem ser partilhadas as responsabilidades e os deveres da assistência terapêutica entre os entes federativos, tornam-se mais densos no sistema brasileiro que impõe à solidariedade desses entes<sup>3</sup>, a universalidade, integralidade e gratuidade desta assistência a todos os cidadãos.

O resultado é uma forte discussão sobre a legitimidade e a legalidade (inclusive constitucional), sobretudo, dos critérios de inclusão e exclusão de terapêuticas no sistema público, e da definição dos sujeitos de direitos elegíveis para o acesso a esses recursos, estabelecidos pela Administração Pública. O cerne da problemática é a validade e aceitabilidade da justificativa ética, legal e sanitária dessas limitações, materializadas nas listas públicas de medicamentos, PCDT, tabelas de procedimentos para atendimento hospitalar, entre outros, para o acesso aos recursos de saúde.

A partir dos anos 90, a demanda judicial individual em saúde contra entes públicos<sup>4</sup> tornou-se crescente, consolidando jurisprudências favoráveis aos cidadãos, que intensificaram as tensões entre Saúde e Justiça. O medicamento surge como o principal bem demandado, em diversas regiões do Brasil, registrando-se um crescimento exponencial desta demanda. Este tipo de demanda tem se revelado um indicador privilegiado do tipo de intervenção médica realizada e do grau de influência do mercado de saúde na assistência terapêutica (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005; HOFFMAN, BENTES, 2008).

Os estudos sobre a demanda judicial em saúde têm exposto as deficiências e insuficiências tanto do sistema de saúde, para responder de forma satisfatória às suas responsabilidades sanitárias, quanto do sistema judiciário para dirimir este tipo de conflito (SANT'ANA, 2011; MACHADO et al., 2011; PEPE et al., 2010a, 2010b; CHIEFFI, BARATA, 2009; BORGES, DOMINGUES, 2010; ROMERO, 2008;

---

<sup>3</sup> Recentemente também foi aprovada a Lei Complementar 141/2012 que regulamenta a Emenda Constitucional 29/2000 sobre o financiamento da saúde pelos entes federativos.

<sup>4</sup> Não será objeto deste estudo a demanda judicial contra o sistema privado de saúde, mas é igualmente intensa a litigância neste sentido contra Planos e Seguros de Saúde. Um aspecto importante é o entrelaçamento da demanda judicial dirigida ao setor público e ao privado, apontado como "*mix público-privado*" que o sistema de saúde brasileiro favorece no sentido que o cidadão pode reivindicar de forma complementar e/ou residual aos entes federativos para obter medicamentos ou outro tipo de terapêutica excluída dos contratos privados de saúde (Bahia, 2008; Conill et al., 2008). Ver notícia Pellegrini (2011).

MARQUES, DALLARI, 2007; BORGES, 2007; VIEIRA, ZUCCHI, 2007, MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005).

Os pedidos judiciais de terapêuticas para tratamento de saúde têm algumas características comuns. A maioria deles é individual. A motivação do reivindicante é a urgência e imprescindibilidade de um determinado bem ou procedimento para a manutenção e recuperação de sua saúde, que lhe foi negado acesso no sistema público. A necessidade de saúde é comprovada por prescrição médica, privada ou pública. A violação do direito à saúde é constituída pela negativa da prestação, omissiva ou comissiva, dos entes públicos, agravada pela impossibilidade de aquisição pelo reivindicante da terapêutica necessária (hipossuficiência do demandante) (PEPE et al., 2010a, ROMERO, 2008, ANIS, 2011).

A prestação reclamada pode ser uma nova terapêutica, não ofertada no SUS, ou uma falha ou deficiência no acesso a prestações ofertadas. Os pedidos de novas terapêuticas expressam a problemática da pressão social e/ou setorial da incorporação de novas tecnologias no sistema de saúde. As reivindicações de bens e serviços de saúde ofertados/previstos expõem as deficiências na prestação de serviço estatal. Em síntese, pode-se dizer que este tipo de demanda judicial expressa problemas de desempenho dos sistemas de saúde associada à oferta (TRAVASSOS, MARTINS, 2004).

A resposta do Judiciário à demanda tem sido padronizada, no sentido que não distingue a motivação ou o tipo de prestação reclamada, limitando-se a determinar o cumprimento pela Administração Pública da prestação requerida, tal como determinada na prescrição médica individual, pública ou privada, em caráter liminar, de medicamentos incorporados e não incorporados pela Assistência Farmacêutica (AF) do SUS<sup>5</sup>, alguns sem registro no país ou com indicação terapêutica diversa do registro sanitário, ou ainda sem evidências científicas que garantam a eficácia e/ou efetividade do tratamento (SANT'ANA, 2011; MACHADO et al., 2011; PEPE et al., 2010a, 2010b, ROMERO, 2008).

Tal posicionamento do Judiciário tem resultado em críticas de natureza principiológicas e institucionais. As críticas principiológicas questionam a

---

<sup>5</sup> São considerados medicamentos incorporados no SUS aqueles que constam das listas públicas de fornecimento e protocolos e diretrizes terapêuticas, respaldadas pelas normas administrativas produzidas pelas instâncias do SUS.

legitimidade política da atuação judicial na concretização de direitos sociais, como a saúde, baseado no modelo democrático contemporâneo de tripartição do poder público. Entendem, assim, que a decisão judicial na concretização de direitos sociais deve ser contida, pois pode representar uma usurpação de competências do Legislativo e do Executivo, e dos agentes públicos, eleitos democraticamente, e responsáveis pela formulação das políticas públicas, que viabilizará a concretização desses direitos. Além disso, o atendimento de demanda individual de direitos sociais, não atendida na Política Pública vigente ou na ausência desta, segundo os críticos, pode estimular uma perspectiva individualista dos direitos sociais, e não levar em conta a complexidade na realização desses direitos, que devem atender às necessidades coletivamente. As respostas a essas críticas enfatizam o novo papel do Judiciário, no contexto democrático contemporâneo, a impossibilidade de seu afastamento na realização dos direitos sociais, e as formas de coletivização da demanda. Tudo isso teria a vantagem de estimular avanços nas políticas públicas e não permitir retrocessos, ampliando o controle social e a transparência dos atos da Administração Pública (SOUZA NETO, 2008).

As críticas institucionais estão relacionadas a problemas práticos decorrentes das decisões judiciais que determinam a entrega de bens e serviços não previstos nas políticas e programas públicos de saúde. São elas críticas financeira, econômica, administrativa, técnica, e sobre a desigualdade quanto ao acesso à justiça. As primeiras são formuladas sob a designação de “reserva do possível” e consideram que a garantia de direitos prestacionais implica na alocação e racionalização de recursos públicos, que são sempre escassos, para atender as inúmeras necessidades coletivas, e limitadas às leis orçamentárias. O processo decisório judicial não permitiria levar em conta essa dimensão coletiva das políticas públicas, comprometendo o próprio cumprimento dos direitos afirmados. A crítica institucional administrativa se refere aos transtornos administrativos que as ordens judiciais desta natureza podem causar na realização dos próprios valores que pretendem promover o acesso à assistência terapêutica integral -, por não considerarem as políticas, programas e ações públicas, imprescindíveis para o bom funcionamento do sistema e efetivação deste direito. A crítica técnica aponta que o Judiciário não estaria capacitado para verificar, no campo das políticas públicas, quais as providências mais adequadas para o cumprimento de determinada

obrigação estatal. Por fim, as críticas da desigualdade ao acesso à justiça sob o argumento que as classes sociais com melhor renda e menor vulnerabilidade social se beneficiariam mais desta via, obtendo bens e serviços estatais em detrimento dos mais pobres, violando a equidade necessária neste tipo de sistema para o alcance da igualdade no acesso e redução das desigualdades em saúde. (SOUZA NETO, 2008)

Para cada uma das críticas apontadas há respostas e um intenso debate no campo da saúde pública. Por exemplo, as críticas financeiras e econômicas (FERRAZ, 2009; VIEIRA, 2009) são respondidas pelo próprio STF no sentido que as restrições orçamentárias e as limitações da Administração Pública, para atender à demanda em saúde devem ser apresentadas de modo objetivamente aferível. A simples conjectura de não possibilidade de cumprimento não deve ser acatada, considerando as consequências danosas para a garantia de realização deste direito considerado fundamental (SOUZA NETO, 2008).

As críticas administrativas e técnica podem ser identificadas em diversos estudos do campo da saúde pública (SANT'ANA, 2011; MACHADO et al., 2011; PEPE et al., 2010a, 2010b; BORGES, DOMINGUES, 2010; ROMERO, 2008; MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005). As respostas às críticas apontam à necessidade de aprofundamento do diálogo interinstitucional, e de que os diversos elementos que envolvem a assistência terapêutica e a garantia deste direito (com ênfase nos elementos médico-sanitários) sejam sopesados, no processo decisório (MACEDO, 2010; MARQUES, 2011), para o alcance da eficiência no uso dos recursos em saúde e na assistência terapêutica do demandante. Enfatizam, ainda, as possibilidades de conjugação nas dimensões individuais e coletivas deste direito (SOUZA NETO, 2008; PEPE et al., 2010a, 2010b), a importância do potencial que o processo judicial oferece para decidir em temas técnicos (MARQUES, 2011; PEPE et al., 2010b; SOUZA NETO, 2008). Este último aspecto é o principal objeto desta pesquisa.

Por fim, a crítica da desigualdade do acesso à justiça (CHIEFFI, BARATA, 2009, MACHADO et al., 2011) é respondida apontando-se, principalmente, a falácia do argumento que “utiliza a desigualdade de acesso para negá-lo a todos” (SOUZA NETO, 2008, p. 534). As respostas à crítica ressaltam a necessidade de

aprimoramento das políticas de acesso à justiça, e certo desconhecimento dos críticos da organização e potencial do sistema de justiça, que tem ampliado a assistência jurídica pública, com o fortalecimento e criação das Defensorias Públicas em todo território nacional, e estudos em outros contextos, que revelam diferentes perfis de demandantes (ANIS, 2011; VENTURA et al., 2010; ROMERO, 2008, SOUZA NETO, 2008).

Em síntese, as respostas às críticas no âmbito acadêmico e nas cortes judiciais nacionais têm se posicionado no sentido da legitimidade da atuação do Judiciário. Seja qual for a motivação e às críticas, o recurso ao Judiciário, nos estados de direito democrático, é comum e tem sido considerado legítimo e necessário para dirimir conflitos desta natureza. As motivações presentes no contexto nacional estão presentes em outros países (WHITEHOUSE, 2008; PRÉMONT, 2007; DYER, 2007; NATH, 2005; SWEATMAN, WOOLLARD, 2002; TRUNK, 2002), e, o recurso judicial pode ser eficiente na aproximação do direito vigente com o direito vivido (BOBBIO, 1992), e estimular mudanças legislativas e no executivo na condução de determinada questão.

A respeito do principal objeto deste estudo – o entrelaçamento da dimensão jurídica e médico-sanitária no processo decisório judicial – é importante descrever alguns aspectos conflituosos do contexto que se desenvolve este processo. Um tema persistente, no plano macro político, refere-se ao *marketing* comercial e/ou *lobby* exercido pela indústria e comércio farmacêutico, junto a segmentos sociais (pesquisadores, pacientes, médicos) e governamentais, para incorporação de seus produtos, o que poderia estar exercendo papel importante no estímulo à demanda judicial de novos medicamentos, e na própria legitimação técnico-científica dos novos produtos de saúde (PETRYNA, 2011, MIGUELOTE, CAMARGO JÚNIOR, 2010; ANGELL, 2007).

Outro aspecto de difícil encaminhamento, é a tensão interna no sistema de assistência à saúde, entre a autonomia do médico no exercício da prática e da pessoa atendida na aceitação do projeto terapêutico (MARQUES, 2011), e as restrições política-institucionais, já referidas, expressas nos regulamentos sanitários. O núcleo desta tensão é que no sistema legal brasileiro, o profissional médico é responsável pessoalmente pelos danos ou “perda de chance de cura” (ROSÁRIO,

2008) que causar ao paciente. O ente público na prestação de serviço de saúde também pode ser responsabilizado. Porém, as responsabilidades pessoais e institucionais são diferenciadas tanto na perspectiva legal como na dimensão ética. A responsabilidade dos profissionais de saúde é analisada de forma subjetiva, o reclamante deve comprovar que o profissional não agiu conforme as boas práticas médicas e que cometeu algum erro, imperícia ou negligência que lhe causou o dano. A obrigação do Estado é objetiva, pois o reivindicante deve apenas comprovar a relação causal efetiva entre a omissão/ação do ente público e o dano reclamado pelo cidadão. Para ilidir sua culpa, o Estado deve comprovar que o referido dano não poderia ter sido evitado ou minimizado.

O percurso do processo judicial e as características da demanda em saúde contam com algumas características relevantes relacionadas ao processo decisório. Na maioria das vezes, a decisão liminar de antecipação de tutela é ratificada ao final, nas sentenças e nos acórdãos dos Tribunais, sem que a etapa probatória seja adequada e suficientemente aprofundada, motivando as críticas administrativas e técnicas referidas acima. Por exemplo, constata-se a ausência de perícias, laudos e pareceres técnicos de autores e réus, que busquem comprovar, minimamente, o diagnóstico e a adequação do tratamento requerido, ou mesmo, outras informações relevantes, como se o medicamento tem registro no país, se possui evidência científica para o tratamento requerido, os possíveis riscos de agravamento do estado de saúde do paciente-reivindicante em decorrência do uso do mesmo. (MARQUES, 2011; ANIS, 2011; PEPE et al., 2010a, 2010b; BORGES, DOMINGUES, 2010; ROMERO, 2008; MARQUES, DALLARI, 2007; VIEIRA, ZUCCHI, 2007, MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005).

A possibilidade de antecipação de tutela ou liminar é outro aspecto peculiar da lei processual brasileira. A antecipação de tutela e a liminar em ação judicial é um instrumento processual, que serve para garantir, em situações excepcionais, que a demora do processo judicial ordinário não cause danos irreparáveis ao titular de um direito. A situação de urgência comprovada ou o risco de perda irreparável do direito reclamado são pressupostos necessários para o uso deste instrumento. Apesar da excepcionalidade e precariedade da decisão liminar e da antecipação de tutela, na totalidade dos processos judiciais ela é requerida e concedida (MARQUES, 2011; ANIS, 2011; PEPE et al., 2010a, 2010b; BORGES, DOMINGUES, 2010; ROMERO,

2008; MARQUES, DALLARI, 2007; VIEIRA & ZUCCHI, 2007, MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005).

Além da automatização das decisões judiciais, a defesa e a atuação judicial do poder público, réu na ação, em geral, também são restritas e automatizadas. O argumento recorrente é a escassez de recursos públicos, a defesa do direito do requerente obter apenas medicamentos presentes nas listas públicas, sob pena de quebra da integralidade da assistência à saúde e comprometimento da equidade do sistema (MARQUES, DALLARI, 2007; VIEIRA, ZUCCHI, 2007). Ou seja, há uma ênfase nas contestações de aspectos formais e genéricos relacionados à dimensão “macro” da problemática, sem aduzir-se a questão “micro”, que envolve aspectos clínicos e sanitários, e tipos diferenciados de vulnerabilidade - pessoal/individual e outra programática do demandante. A jurisprudência dominante tem enfatizado a prioridade desta dimensão “micro”, considerando que o acesso à terapia pode garantir a recuperação saúde dos demandantes e sua própria vida biológica, mesmo, nas decisões mais recentemente do STF, a presunção é que a prescrição médica deve prevalecer se não afastada pela Administração Pública a efetividade do tratamento do requerente ou a possibilidade de substitutivo terapêutico oferecido no SUS, por meio de produção de prova técnica produzida no processo.<sup>6</sup>

À vista do contexto exposto, a especificação do conflito judicial da demanda em saúde torna-se extremamente relevante no processo decisório e de grande repercussão prática sanitária, clínica e jurisdicional. Isto significa que a ausência de aprofundamento dos aspectos clínicos e sanitários da prescrição médica e das condições de saúde do demandante, no procedimento judicial, pode afetar diretamente a qualidade e a eficiência da prestação de saúde e jurisdicional. Além disso, a inobservância dos aspectos médicos-sanitários podem constituir erro médico ou mesmo uma violação do dever de cuidado, legalmente atribuído aos profissionais e instâncias de saúde, para com os sujeitos de direito, em razão do uso de meios inadequados para a recuperação da saúde dos sujeitos-demandantes<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ver Supremo Tribunal Federal (2010).

<sup>7</sup>A responsabilidade médica e das instituições de saúde tem sido caracterizada pela doutrina e pela jurisprudência como uma obrigação de meios, salvo algumas exceções, como por exemplo, no caso da cirurgia plástica estética, em que se considera uma obrigação de resultados. O Código Civil, instituído pela Lei 10.406/2002, em seu artigo 927 parágrafo único, estabelece que haverá obrigação de reparar, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, e que tal obrigação existe, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo

Nesse sentido, ressalta-se que a demanda judicial pode ter efeito positivo quando viabiliza o acesso a alternativas terapêuticas benéficas, necessárias e não disponíveis no sistema, ou quando as sucessivas ordens judiciais estimulam a Administração Pública atualizar e elaborar diretrizes e protocolos terapêuticos para incorporar novos tratamentos e, assim, ampliar a oferta de terapêuticas. Mas, na vigência do imperativo tecnológico e diante das características da prática médica apontada em estudos críticos (CAMARGO JÚNIOR, 2003), é possível supor que a atuação acrítica (ou automatizada) das partes e do juízo - indicada pelo não aprofundamento da fase probatória no curso do processo - acabe por viabilizar o fornecimento e o uso de tecnologias de saúde potencialmente prejudiciais ou ineficazes, causando prejuízos à saúde do próprio requerente e ao funcionamento e desempenho do sistema de saúde.

### ***1.2 - Respostas do Executivo e Judiciário à judicialização da saúde:***

A alta intensidade das demandas judiciais individuais, e as divergências interpretativas sobre o direito à assistência terapêutica integral nas críticas apontadas, motivaram ações político-administrativas para responder à problemática.

No âmbito legislativo verificou-se a inclusão de capítulo específico na Lei Federal 8.080/90 para tratar do tema da assistência terapêutica e incorporação de novas tecnologias em saúde no sistema público e a regulamentação da Emenda Constitucional 29, que define os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde a serem aplicados pelos entes federativos.

Os Executivos da saúde vêm implementando outro conjunto de ações, de natureza mais técnico-administrativa, que envolve a produção de regulamentação médico-sanitária para o acesso à assistência terapêutica, inclusive farmacêutica, por meio de Diretrizes e Protocolos Terapêuticos, listas oficiais de medicamentos, programas públicos de atenção a determinadas doenças, etc. Este conjunto de ações é coerente e combina com a proposta de uma lei federal recém-aprovada (de

---

autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem . A doutrina da responsabilidade civil seja ela extracontratual ou contratual, considerando o avançado desenvolvimento das ciências e da tecnologia tem admitido a tese da responsabilidade sem culpa, baseado, na relação médico-paciente e instituição de saúde-paciente, na teoria do riscos criados ou riscos profissionais aceitos pelos agentes (CARREIRA ALVIM, 2004).

iniciativa do Executivo), e representa, também, uma estratégia de pôr fim (ou ao menos reduzir) às controvérsias judiciais em torno da definição de quais prestações de saúde são devidas pelos entes públicos. Ao mesmo tempo, essas medidas de regulamentação buscam propiciar maior legitimidade jurídica e social às opções técnicas-políticas da Administração Pública no que concerne à assistência terapêutica.

Quanto às iniciativas de interlocução do Poder Executivo com o Judiciário, e com outras instituições do sistema de justiça (Procuradoria Geral do Estado (PGE) dos Municípios (PGM), Defensorias Públicas e Ministérios Públicos, estaduais e federais) não foram identificados estudos sobre a questão, mas há notícias<sup>8</sup> sobre algumas iniciativas, como Comitês Técnicos no Rio Grande do Norte e no Rio de Janeiro (objeto do presente estudo).

Em relação às ações do Judiciário, destaca-se a avocação pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da problemática, decidindo, por unanimidade, a existência de repercussão geral de questão constitucional, a partir de um recurso extraordinário em tramitação naquela Corte<sup>9</sup>. Com base nesta decisão o Presidente do STF convocou uma audiência pública, realizada entre 27 de abril a 07 de maio de 2009, com o objetivo de ampliar o debate e compartilhar informações com diversos interessados, para a análise do fenômeno da judicialização da saúde<sup>10</sup>.

As discussões foram organizadas por temas previamente deliberados pelo STF, que refletem os principais aspectos controvertidos das decisões judiciais, como (1) o acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário;(2) a responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS;(3) a gestão do SUS – legislação do SUS e universalidade do sistema; (4) a questão do registro de medicamentos na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e dos protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS;(5) as políticas públicas de saúde e integralidade da assistência à saúde;(6) a assistência farmacêutica do SUS.

---

<sup>8</sup> Ver algumas iniciativas sobre o tema, no sítio do <http://www.premioinnovare.com.br/busca/?csrfmiddlewaretoken=650d9b8f13baa720cb134312c1b88002&edicao=todas&categoria=todas&estado=todas&situacao=deferida&keyword=sa%C3%BAde>

<sup>9</sup> A ação judicial individual que suscitou a repercussão geral foi o Recurso Extraordinário n.º 566.471, proposto pelo Estado do Rio Grande do Norte, que discute a obrigação do fornecimento gratuito do medicamento não disponibilizado no SUS - *sildenafil 50 mg* - para o tratamento de miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar.

<sup>10</sup> Sobre Audiência Pública ver Machado (2010).

Compareceram à audiência 50 participantes, sendo 12 convocados pelo STF. Dos convocados 02 não compareceram, o Presidente do Congresso Nacional e o Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS).

Sobre “Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”, apresentaram suas razões: os representantes do Conselho Federal de Medicina, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre, do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário, Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP, Coordenador da Comissão de Incorporação de Tecnologia do Ministério da Saúde, Diretor-Presidente da ANVISA. Sobre o tema da “Assistência Farmacêutica” falaram: o Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; representante da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Professor da USP e Unicamp, e ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS. As manifestações apoiaram, em sua maioria, a proposta de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) como a mais adequada à gestão de saúde, com vista à segurança do paciente e ao uso racional de medicamentos.

Em linhas gerais, merecem destaques, considerando o objeto do estudo, as falas do representante da Universidade do Rio Grande do Sul e do Conselho Federal de Medicina (CFM). O primeiro fez uma defesa específica do uso da Medicina Baseada em Evidências (MBE) na prática do SUS, por meio de PCDT, e de sua aplicação no âmbito judicial, relatando os resultados pontuais da cooperação entre Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Centros de Referência para determinadas doenças. Uma justificativa importante para a defesa do MBE foi a grande influência da indústria farmacêutica exercida sobre os médicos, não se referindo à influência da indústria nas pesquisas abordada por outros participantes governamentais. Também o Conselho Federal de Medicina (CFM) apresentou sua defesa ao PCDT e à elaboração de consensos pelas sociedades de especialistas para a normatização da prática médica, relatando as ações do CFM de educação continuada e a exitosa experiência no sentido de normatizar determinadas práticas

médicas por meio de Resoluções do CFM, exemplificando com a normatização do diagnóstico e terapia para as transformações corporais nos casos dos transexuais.

A audiência pública teve alguns desdobramentos no Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a expedição de Resoluções estimulando a cooperação técnica, a busca de alternativas extrajudiciais de solução de conflito entre Saúde e Justiça, e a constituição de grupo de trabalho. Algumas decisões judiciais posteriores à audiência pública no próprio STF apontam uma maior sensibilização em prol dos argumentos das instâncias sanitárias, em especial, da necessária análise da regulamentação administrativa relativa às Diretrizes Terapêuticas, Protocolos Clínicos e Listas de Medicamentos para a deliberação judicial.

Os debates na audiência pública do STF expressaram que há três posições sobre a efetividade do direito à assistência terapêutica no SUS, e, que podem ser resumidas em: (1) conceder à terapêutica reclamada com base na prescrição médica individual; (2) negar automaticamente quaisquer demandas que não se encontrem incluídas na oferta pública; e (3) analisar cada caso concreto, admitindo-se o fornecimento de terapêutica não ofertada no sistema público, desde que comprovada sua efetividade para o tratamento e a impossibilidade de uso de substitutivo, caso existente, ofertado no sistema.

A terceira posição acima sintetizada, atualmente presente nas decisões recentes do STF e que serão esmiuçadas em item próprio, parece ser a mais adequada para a análise da questão, considerando que ela defende que a eficácia do direito à saúde deve ser a mais ampla possível, devendo o Judiciário e o Executivo, na análise do caso concreto, ponderar os direitos, bens e interesses em jogo, levando em conta, inclusive, se as alternativas terapêuticas selecionadas pelos entes públicos podem atender as necessidades do demandante, sem prejuízos significativos para seu tratamento.

A resposta do Judiciário sobre a operacionalidade desta terceira posição está expressa na Resolução n.º 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que recomenda aos Tribunais a celebração de convênios para o apoio técnico aos juízes, que os “auxili[em] na formação de juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde” (CNJ, 2010). Uma segunda recomendação do CNJ é que os magistrados

busquem, na medida do possível, a regulamentação sanitária vigente para a assistência à saúde. Em relação à articulação política entre Executivo e Judiciário, foi criado o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde, em 03 de agosto de 2010<sup>11</sup>.

Transcorridas duas décadas de intensa demanda judicial, os profissionais do sistema de saúde, ainda expressam dificuldades de compreensão da linguagem jurídica, da dinâmica do sistema de justiça, concernente às funções e atribuições das instituições jurídicas envolvidas, e dos próprios procedimentos judiciais. Além disso, registram-se dificuldades da Administração Pública em relação com suas Procuradorias, instituições responsáveis pela defesa do ente público, nas respostas ao Judiciário. Esforços na ampliação deste conhecimento e articulação têm sido estimulados (CONASS, 2011).

Igualmente, os profissionais do sistema de justiça também expressam limitada compreensão do funcionamento do sistema de saúde e da regulamentação da assistência terapêutica, e de outras normas sanitárias no SUS. Esta limitação reflete no processo decisório, justificando algumas críticas institucionais da atuação judicial. A Administração Judiciária conta, ainda, com dificuldades operacionais no que se refere ao apoio técnico aos magistrados no processo decisório, para subsidiá-los com informações médico-sanitárias, tanto no “contexto da descoberta”, fornecendo elementos para a explicação de sua decisão, quanto no “contexto da justificação” que tornará sua decisão aceitável diante do “ordenamento jurídico e da necessária intenção ética que deve ter uma sentença” (CUNHA, 2010, p. 57-58).

A discussão e ações atuais das instituições de saúde e judiciais revelam uma maior consciência desses agentes públicos de que a problemática da demanda judicial em saúde depende de que sejam formuladas estratégias políticas e sociais orquestradas com outros mecanismos e instrumentos de garantia democrática, que aperfeiçoem os sistemas de saúde e de justiça, com vistas a um grau satisfatório de efetivação deste direito. Tal consciência tem estimulado essas aproximações das instâncias do Judiciário e do Executivo, para o compartilhamento de informações indispensáveis para a análise das demandas em saúde.

Nesse sentido, o debate atual tem adotado uma perspectiva mais operacional

---

<sup>11</sup> Ver [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br)

da efetivação do direito à assistência terapêutica na prática jurisdicional. Esta fase mais pragmática, no sentido de buscar uma maior eficiência no uso dos recursos de saúde e judiciais para a finalidade última de uma melhor assistência terapêutica, tem resultado em propostas de cooperação técnica. Em que pese os diferentes objetivos dos cooperados, sendo o do Judiciário fornecer subsídios técnicos para o processo decisório dos magistrados, e o do Executivo de reverter à posição soberana que a prescrição médica alcançou no convencimento desses magistrados, a experiência pode ser positiva na (re)construção dos sentidos de integralidade da assistência terapêutica.

Em relação à soberania atribuída à prescrição médica no processo terapêutico, é importante dizer, que o fenômeno não é exclusivo do sistema brasileiro. Estudos apontam que em “todos os sistemas de saúde, são os profissionais de saúde quem mais influenciam o setor, [e] supostamente sob o imperativo tecnológico da medicalização” (ANDRADE et al., 2008, p. 48), e os efeitos deste modelo de intervenção têm sido a incorporação e o uso desordenado das novas tecnologias, com aumento dos custos, e, muitas vezes, sem a melhoria da qualidade da assistência. Essas constatações podem ajudar compreender as respostas político-institucionais, que inclui a *gestão da clínica* com o desenvolvimento de instrumentos de controle e limitação da autonomia dos sujeitos envolvidos no cuidado de saúde (ANDRADE et al., 2008) – diretrizes, protocolos, consensos de especialistas, listas públicas de fornecimento; e dos esforços no desenvolvimento de métodos de tomada de decisão em saúde, como a proposta da MBE, de larga aplicação no Brasil (Portaria MS/GM 2.690, 05/11/2009, que trata da gestão de tecnologias em saúde e na produção de PCDT).

De maneira geral, todos têm buscado canais de interlocução e articulação para o encaminhamento das demandas judiciais. As aproximações mais recorrentes do Executivo têm sido com as Procuradorias Gerais do Estado, Ministérios Públicos, Defensorias Públicas, Tribunais de Justiça, Escolas de Magistratura, buscando construir redes e superar algumas dificuldades operacionais, como a capacidade de comunicação interdisciplinar, não apenas com linguagem acessível a campos científicos distintos, mas com disponibilidade efetiva de diálogo por parte dos agentes envolvidos. Mas as formas de articulação e interlocução possuem

diferenças e especificidades relevantes em cada região, que possuem contextos locais também diversos para superação das dificuldades.

### **1.3 - As balizas do STF: o redimensionamento da judicialização da saúde e os parâmetros para o julgamento da demanda judicial.**

Ao propor um redimensionamento da questão da *judicialização* da saúde, o Ministro Gilmar Mendes apresenta uma interessante especificação dos fatos, apontando as principais controvérsias e propondo parâmetros para o julgamento dessas ações judiciais contra entes públicos, e acerca de “casos paradigmas”, nos processos analisados<sup>12</sup>. As balizas recomendadas para o julgamento dessas ações vêm sendo consolidadas nas reiteradas decisões do STF, após a audiência pública realizada em maio de 2009 no STF. Elas expressam que o “redimensionamento” proposto foi produto de reflexões, a partir das apresentações da audiência pública, cujas falas dos participantes ilustram as decisões em diversos momentos. Os argumentos apresentados no conjunto de decisões, a seguir analisadas, teve aprovação unânime dos demais Ministros do STF, de modo que é possível considerar que representa as balizas atuais do STF para resolução do conflito.

Ao iniciar a apresentação de suas balizas, o Ministro Gilmar Mendes faz uma interessante preliminar a respeito do processo decisório nas ações referentes a prestações de saúde. Ele destaca que não identifica, na maioria dos casos judiciais, uma situação extraordinária de interferência do Judiciário nas políticas do Executivo, mas uma atuação ordinária, no sentido de dar cumprimento a políticas públicas já existentes. Sem adentrar propriamente na questão do nível ou tipo de interferência que caracterizaria a *judicialização da saúde*, ao afirmar que a maioria dos casos não ocorre “*em razão de uma omissão absoluta*” do poder público, se libera do ônus da argumentação política e traz a questão para o âmbito da comprovação fática da demanda de saúde do cidadão-enfermo e da existência de terapia eficaz para sua necessidade, que deve ser definida nos autos do processo, sem automação, como

---

<sup>12</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal, decisões: Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278 e Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar (SL) 47.

recomenda. Somente após esta qualificação e comprovação dos fatos, e das controvérsias esclarecidas, o magistrado deve realizar a conciliação necessária “da dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde”.

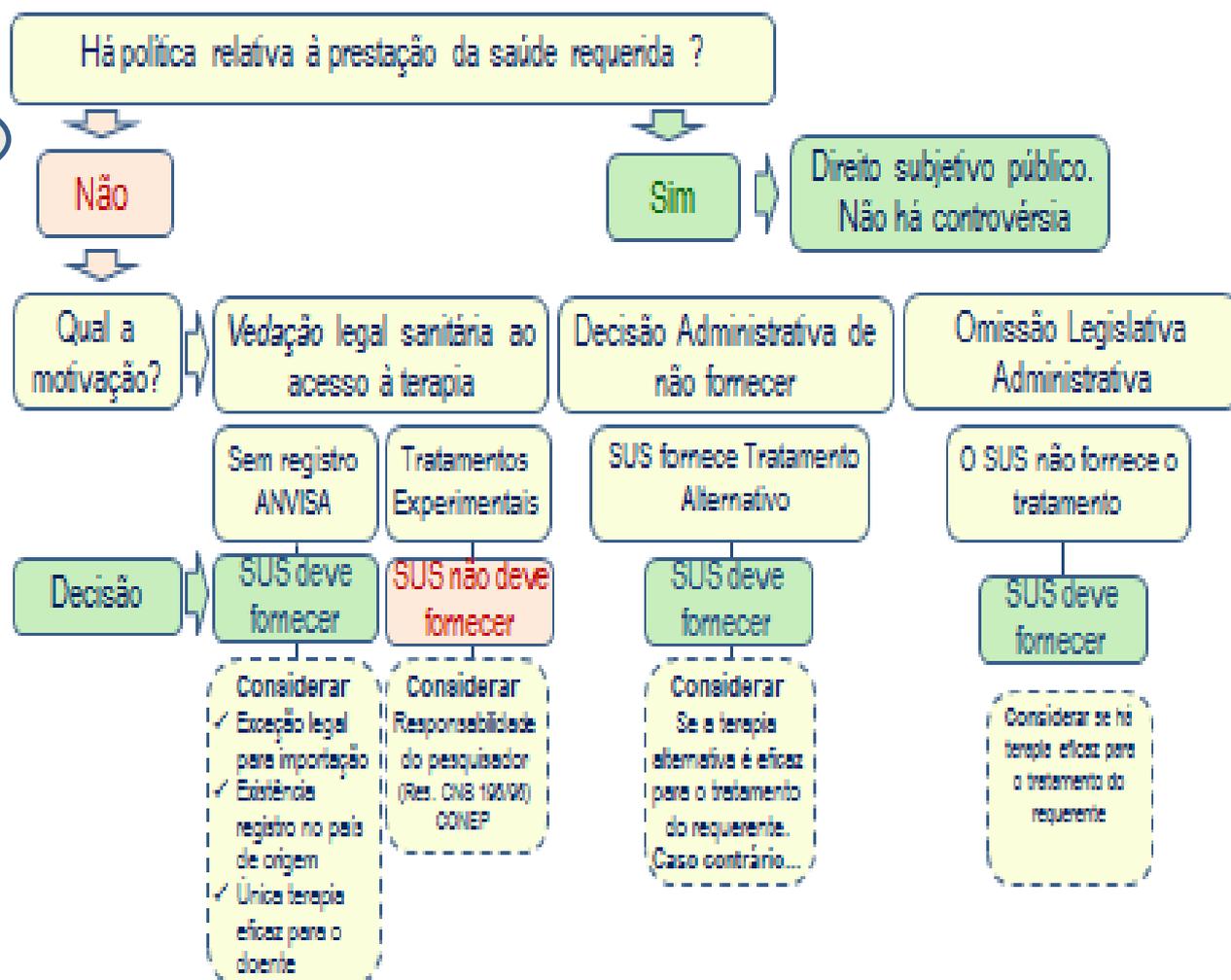
O trecho da decisão é exemplificativo do que vem entendendo os Ministros do STD por omissão de ação e como deve o magistrado analisar a demanda.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

A figura a seguir ilustra as principais hipóteses e conclusões no conjunto de decisões analisadas do STF:

Figura 1 – As balizas do Supremo Tribunal Federal.

## As balizas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



### Conclusão

Sempre que se **COMPROVAR** a existência de **TERAPIA EFICAZ ÚNICA** para a recuperação do requerente, que **NÃO** seja **EXPERIMENTAL**, e possua **REGISTRO** na instância sanitária brasileira ou no país de origem o **SUS** está **OBRIGADO** a fornecê-la.

O primeiro dado a ser considerado, de acordo com o Ministro Gilmar Mendes, é a existência ou não de política, referente à prestação de saúde requerida. Caso exista, o magistrado apenas estaria garantindo o direito subjetivo público, certo e determinado. Neste caso, a questão é de direito. Em outros termos, trata-se de uma simples subsunção do caso concreto à norma, sem necessidade de dilatação probatória mais complexa, apenas comprovação da necessidade do requerente e sua identificação, por exemplo, nas listas públicas de medicamentos oferecidos. Na inexistência de uma política que abranja a prestação requerida, recomenda que o dado a ser considerado seja a motivação do Executivo-Réu para o não fornecimento de determinada prestação pelo SUS, e apresenta três hipóteses para a verificação dos pontos controvertidos.

- a) Vedação legal.
- b) Omissão legislativa ou administrativa.
- c) Decisão administrativa de não fornecer.

As decisões do STF corroboram com a constatação de diversos estudos: o principal respaldo probatório dos pedidos e das decisões judiciais é a prescrição médica individual. O ponto de tensão destacado é a definição individual de determinada terapia como um direito, em uma perspectiva deontológica e individual de proteção máxima da pessoa. O STF entende que comprovada à necessidade do demandante a terapêutica requerida, e ineficácia da alternativa ofertada, a prescrição individual deve prevalecer sobre os regulamentos do Executivo de Saúde. A tese do Executivo, contrária a do STF, adota uma perspectiva ética utilitarista defendendo que não é possível atender a todos irrestritamente, assim, são necessárias restrições para proporcionar um maior benefício para um maior número de pessoas. A grande crítica à perspectiva deontológica e individualista é que a decisão é despreendida da realidade social e prejudica o coletivo. A crítica à perspectiva utilitarista é que esta desconsidera as especificidades das minorias.

A posição atual é que o critério clínico individual pode determinar obrigações do estado em relação ao cidadão, limitando ou, até, negando a validade e legitimidade da regulamentação administrativa concernente à assistência terapêutica no SUS. Porém, o STF propõe uma relativização da prescrição médica apresentada pelos requerentes em, pelo menos, três sentidos. Primeiro, quando indica a

necessidade de comprovação de que a terapia requerida é a “terapia mais eficaz”<sup>13</sup> para o reivindicante-enfermo no estado do conhecimento atual. Segundo, que este tratamento deve estar aprovado nas instâncias sanitárias brasileiras e, excepcionalmente, nos países de origem, quando necessário à importação. Por fim, como complementar a análise da comprovação da “terapia mais eficaz”, exemplifica com um “caso paradigma” de dano inverso nos casos de contracautela, ou seja, quando o juiz à vista das provas apresentadas pelos réus suspende à ordem liminar. O dano inverso é definido na decisão quando a suspensão do medicamento que foi deferido e já vem sendo utilizado pelo demandante, ou que o demandante já utiliza, possa implicar em danos diretos à sua saúde; diferentemente daqueles casos que a nova terapia não foi iniciada, ou quando a suspensão não implica em danos associados à substituição. Neste sentido, recomendam as decisões que o magistrado deve verificar se há possibilidade de suspensão, sem prejuízo para a saúde e o tratamento futuro do enfermo, e, só então, determinar a substituição da terapia oferecida pelo SUS.

O STF aponta fortemente para a importância da prova pericial nos casos de terapêuticas não disponíveis ou com possibilidade de substituição apresentada pelo réu. Porém, também relata uma absoluta concordância da perícia realizada nos casos que se refere com a prescrição do médico do reivindicante. Concordância esta previsível, considerando que o objetivo fixado para a investigação pericial é a de identificar a terapia mais eficaz para o reivindicante, na perspectiva de necessidades e demandas individuais ideais do enfermo-reivindicante. Isto significa que a efetividade a ser constatada se refere ao indivíduo e à segurança sanitária da tecnologia a ser empregada, e não no sentido de verificar-se se os medicamentos disponíveis no sistema público podem ser uma alternativa segura, mesmo que com

---

<sup>13</sup> O termo eficaz aqui utilizado é no sentido de suas acepções comuns como o “que tem a virtude ou o poder de produzir, em condições normais e sem carecer de outro auxílio, determinado efeito; efetivo;[...] 2 - bom ou ideal para causar um resultado pretendido; útil; 3 -cuja vontade ou ação resultam num efeito; que realiza perfeitamente bem determinada tarefa ou função; capaz, produtivo; 4 - que atua eficientemente” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2010). Suas variâncias nas aplicações jurídicas e nas ciências da saúde se aproximam bastante dessas acepções. Na leitura integral do documento é possível entender que o Ministro Gilmar Mendes aplica eficácia também no sentido de efetividade, que é uma das acepções comuns, mas nas acepções técnicas referidas possui, ao menos, uma diferença substantiva, a efetividade exige que o resultado pretendido ou comprovado eficaz em situações ideais surtem efeitos na sua aplicação nas condições comuns da realidade, i.e., no cotidiano.

menor efetividade para aquele reivindicante, considerando outros parâmetros. A Medicina Baseada em Evidência é citada na decisão como método adotado pelo poder público e enfatizada a necessidade de constante revisão dos protocolos produzidos por meio deste método, que, ao fim e ao cabo, reforçam a ideia na decisão que a análise deve ser sempre do individual para o coletivo.

A princípio, o conflito jurídico normativo se centra no fato de que a lei brasileira estabelece tanto a presunção de legitimidade e veracidade da prescrição médica individual como da regulamentação administrativa sanitária. A maioria das prescrições médicas que respaldam os pedidos judiciais tem origem no próprio SUS. O médico que prescreve tem dupla legitimidade, como profissional liberal que detém como ato privativo na assistência à saúde o diagnóstico e prescrição da terapia, e como servidor público, revelando um complicador da demanda em saúde, interna do SUS x SUS, que se materializa no reivindicante-enfermo. A legitimidade das listas de medicamentos e dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas produzidos pelos Executivos da Saúde repousa na possibilidade deste tipo de regulamentação garantir, de forma mais efetiva, o acesso universal e igualitário a todos os cidadãos indistintamente, com segurança para a saúde individual e coletiva, racionalizando custos e benefícios, com vistas a atender um maior número possível de cidadãos, ou seja, o interesse coletivo.

As análises sanitárias e jurídicas sobre a demanda judicial em saúde também apontam, igualmente, para a necessidade de aprofundamento do contraditório no processo judicial, em especial, da fase probatória. Tal aprofundamento possibilitaria revelar impropriedades e/ou prescrições inadequadas para os próprios reivindicantes, como, por exemplo, as identificadas no estudo sobre antineoplásicos (LOPES, et al., 2008) e/ou sua substituição por alternativas terapêuticas efetivas, disponíveis no sistema de saúde. As informações e a defesa técnica permitiriam, assim, a relativização da prescrição médica individual na tomada de decisão judicial, justificada por razões de segurança sanitária e de eficiência do sistema público de saúde, atendendo, de forma ponderada e razoável a dimensão individual e coletiva do direito à assistência terapêutica (CONASS, 2011; MARQUES, 2011; MACEDO, 2010; MACHADO et al., 2011, PEPE, 2011).

É com base nessa linha argumentativa que a Recomendação CNJ n.º 31/2010, as decisões do STF e pesquisadores recomendam disponibilizar assessorias técnicas aos magistrados no Judiciário e nas demais instituições jurídicas (Procuradoria Geral do Estado, Ministério Público, Defensoria Pública). Algumas orientações para análise e tomada de decisão em relação à demanda de medicamentos são propostas (PEPE et al., 2011; CONASS, 2011) incluindo os aspectos acima referidos de segurança sanitária dos medicamentos e dos cuidados referentes à incorporação de novas tecnologias no sistema de saúde.

No que tange à reserva do possível - argumento forte utilizado pela Administração Pública que visa demonstrar a impossibilidade de se atender todas as demandas em saúde, e descaracterizar omissão ou violação de direito do requerente - o conjunto de decisões aponta para o dever de o estado não só de distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, mas também adequar suas políticas econômicas e sociais, em especial, a saúde, em sua perspectiva programática, considerando que “sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada”(ACÓRDÃO STA 175-CEARÁ). Desta forma, impõe políticas mais amplas, no âmbito da pesquisa e inovação tecnológica, que deve conviver com a demanda inesgotável de cuidados de saúde. Finaliza enfatizando que o ônus da prova entre demanda e necessidade de saúde ficará sempre ao gestor técnico, com melhores condições de comprovar o alegado, e que deve comprová-lo e não somente mencionar as impossibilidades retoricamente. O seguinte trecho do voto na STA 260 (Santa Catarina), julgada em 20/04/2010, é ilustrativo:

Na hipótese dos autos, o paciente apresenta falha terapêutica e foi recomendada a utilização dos medicamentos ISENSTRESS (raltegravir) e INTELENCE (etravirine) como terapia de resgate. A União aponta a ausência de comprovação de segurança e eficácia do medicamento INTELENCE (etravirine) para tratamento da AIDS, bem como a existência de outros esquemas terapêuticos oferecidos na rede pública (fl. 16). Às fls. 270-271, o médico Dr.[...], médico de Referência em genotipagem no Estado de Santa Catarina, indica que para situações semelhantes a do paciente [...] recomenda-se o uso de Enfuvirtida (Fuzeon) e Darunavir (Prezista). Todavia, assevera que o paciente “já fez uso de Enfuvirtida ao que parece, sem sucesso, uma vez que a carga viral encontra-se significativamente alta. O uso single de Darunavir não tem demonstrado até agora, em estudos, uma eficácia aceitável nesses casos” (fl. 272). Ademais, em termos de eficácia da prescrição do medicamento INTELENCE (etravirine), o médico pondera que (i) há adequação aos parâmetros médicos como “alternativa mais recente para pacientes multifalhados” e (ii)

a sua associação ao medicamento raltegravir “pode até, se utilizada de forma correta e contínua, impedir o aparecimento de outros códons tornando o tratamento duradouro e eficaz.” Esta Presidência já destacou que não constar entre os medicamentos listados pelas Portarias do SUS não é motivo, por si só, para o seu não fornecimento, uma vez que a Política de Assistência Farmacêutica visa contemplar justamente a integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema.

A pergunta que se buscou responder, a partir dos dados da pesquisa sobre a demanda judicial fluminense, após a criação do NAT, é como este recurso técnico disponibilizado tem servido para subsidiar as decisões judiciais.

#### **1.4 - As respostas no Estado do Rio de Janeiro.**

No Estado do Rio de Janeiro, a demanda judicial por acesso a medicamentos não foge à regra nacional de crescimento e o fenômeno aponta homogeneidade, no sentido de se referir a medicamentos de maior custo, para tratamento de doenças crônicas, como diabetes, hepatite, câncer, artrite. A resposta do Judiciário consiste no deferimento praticamente absoluto dos pedidos dos cidadãos contra os entes federativos, inclusive com o reconhecimento da solidariedade desses entes no cumprimento das prestações de saúde. Os entes federativos estaduais e municipais predominam como os principais réus e oscilam entre estado e município, de acordo com o contexto local (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; BORGES, 2007; PEPE; et al., 2008; SANT'ANA, 2009; VENTURA et al., 2010; PEPE et al., 2010a ).

Em relação ao tipo de demanda em saúde a ser respondida, este estudo observou que no universo da análise, constituído pelos 347 processos, 50,4% [175] possuía pelo menos um pedido de medicamento, independente do assunto processual que foi classificado; com predominância de pedidos classificados nos tipos “fornecimento de medicamentos” e “tratamento ou assistência médico-hospitalar”.

Estudo no Distrito Federal, que analisou 385 processos em saúde contra ente público, julgados na 2ª Vara de Fazenda Pública Privativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDT, no período de 2005 a 2010, identificou que 66% [254] processos referiam-se ao acesso à UTI, e os medicamentos estavam presentes em apenas 16% [60] do total de casos analisados (ANIS, 2011).

Na presente pesquisa os pedidos de internação representaram 26,5%<sup>[92]</sup> do total <sup>[347]</sup>, e o medicamento, como referido, 50,4%, isoladamente ou integrando outro tipo de pedido, nos três assuntos processuais no TJ-RJ. Este resultado aponta que o medicamento ocupa um papel importante na demanda judicial, mas outras necessidades de saúde já alcançaram o percentual de 49,6% no Rio de Janeiro. Nesse sentido, vale a observação referida no estudo do Distrito Federal (ANIS, 2011), no sentido de cautela na afirmação de que os pedidos judiciais de medicamentos são preponderantes (ANIS, 2011), considerando não só as diferenças e dificuldades metodológicas dos estudos empíricos sobre o tema, a ausência de estudos comparativos nacionais sobre o universo da demanda em saúde, como também as mudanças das demandas judiciais em saúde.

Este esforço comparativo conta com uma forte limitação, considerando que os estudos adotam diferentes metodologias de pesquisa, com variáveis e planos de análise distintos, não havendo estudos comparativos de âmbito nacional, inclusive pela dificuldade de recuperação desses dados, conforme descrito na metodologia deste estudo. Uma proposta de padronização de variáveis e de seus planos de análise dos estudos empíricos nacionais foi concluída recentemente, e espera-se que possa proporcionar maior comparabilidade dos estudos empíricos sobre o tema (PEPE et al., 2011).

A resposta institucional interna da Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do estado do Rio de Janeiro (SESDEC/RJ), diretamente relacionada com a resposta à demanda judicial, foi a criação da Central de Atendimento de Demandas Judiciais (CADJ-SESDEC), também conhecida como Central de Mandados, subordinada à sua Subprocuradoria Jurídica<sup>14</sup>. Este é o setor responsável pelo

---

<sup>14</sup> No Estado do Rio de Janeiro, as chefias dessas assessorias são atos privativos de procuradores do estado, como estabelece o do § 1º art. 2.º a Lei Estadual n.º 5.414, de 19 de março de 2009, em outros estados e municípios a lei local permite o livre-exercício de outro profissional jurídico. A Lei fluminense busca unicidade da ação política-jurídica do Estado, e que a defesa do interesse público, em todos os seus aspectos, fica afeta à instituição constitucionalmente responsável pelas defesas que envolvem litígios. As assessorias jurídicas das Secretarias de Estado do Rio de Janeiro têm, entre outras atribuições, “I - assessorar os titulares das Pastas no controle interno da legalidade dos atos dos órgãos das Secretarias de Estado e dos entes da Administração Indireta;” “X - fornecer à Procuradoria-Geral do Estado os subsídios necessários à defesa do Estado em juízo, velando pelo cumprimento dos prazos por parte dos órgãos da Secretaria que disponham da informação, bem como pela resposta integral às indagações formuladas;” e, “XII - defender os interesses do órgão em contenciosos administrativos” (RIO DE JANEIRO, 2009). As manifestações das Assessorias Jurídicas devem ser submetidas à Procuradoria Geral no caso em que contrariem enunciados, orientações e/ou pareceres já consolidados ou que tenham repercussão geral para administração Pública.

recebimento das ordens judiciais encaminhadas para fornecimento de medicamentos e procedimentos terapêuticos. Também são recebidas as solicitações por ofícios de outros órgãos e instituições oficiais. Parte deste encaminhamento administrativo da demanda é, segundo informações da SESDEC-RJ, oriunda da Defensoria Pública estadual, em virtude de um acordo interinstitucional existente (PEPE et al., 2009). A pesquisa documental constatou que esta Central (CADJ – SESDEC) tornou-se uma participante ativa do procedimento judicial, prestando informações por ofício diretamente ao juízo, de forma independente da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE). Além da atuação judicial, a CADJ atende ao contencioso administrativo referente às prestações de saúde reclamadas por outras instituições, como a Defensoria Pública do Estado.

O acordo interinstitucional com a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro de encaminhamento à SESDEC dos cidadãos atendidos pela Defensoria, que reclamem fármacos previstos nas listas oficiais de pactuação, antes do ajuizamento do processo, para verificação da viabilidade de dispensação por via administrativa.

A SESDEC também mantém com a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE) uma atuação conjunta, que visa, em especial, qualificar a resposta judicial do Estado do Rio de Janeiro, no que concerne aos aspectos políticos e técnico-científicos da demanda judicial de medicamentos. A PGE é o órgão de atuação jurídica e política, competente para exercer a defesa judicial do estado do RJ, e também responsável por intervir nas inter-relações institucionais oriundas, em especial, das relações entre Judiciário e Executivo.

Além desses acordos a SESDEC-RJ firmou termo de cooperação técnica com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), em agosto de 2009, com a criação do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT), para análise dos pedidos judiciais contra entes públicos. Inicialmente, passou a funcionar como projeto experimental<sup>15</sup>, junto a duas Varas de Fazenda Pública<sup>16</sup> do TJ-RJ, com

---

<sup>15</sup> Conselho dos Secretários Municipais de Saúde do Estado do Rio de Janeiro (COSEMS-RJ). Revista do Conselho de Secretarias Municipais do Estado do Rio de Janeiro 2009 set-out;4: 6-7.

<sup>16</sup> As Varas de Fazenda Pública são competentes para o processamento de ações judiciais contra entes públicos na Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

início em janeiro de 2009, e vem sendo renovada anualmente<sup>17</sup> e foi ampliada para todas as Varas de Fazenda Pública e algumas Câmaras Cíveis.

O NAT analisa os elementos médico-científicos apresentados como respaldo para os pedidos dos autores, basicamente, a prescrição e laudo médicos, e é coordenado e integrado por funcionários da SESDEC-RJ. O principal produto desta cooperação técnica é a elaboração de pareceres técnico-científicos referentes à demanda judicial dos reivindicantes, juntados aos autos do processo por demanda do próprio magistrado, em geral, no início do procedimento, como se verá na análise a seguir dos dados – antes do julgamento do pedido de antecipação de tutela ou em seguida a este.

O pressuposto do estudo é que esta atuação do NAT, como uma peculiaridade introduzida no procedimento judicial para as ações em saúde, pode ser um objeto privilegiado de estudo, no sentido de revelar como o argumento médico-sanitário passa a ser incorporado nas decisões judicial, com a entrada deste novo participante, técnico, no procedimento judicial, e, a princípio sem interesses/objetivos próprios no desfecho da demanda.

O estudo desta experiência ganha relevância em razão da recomendação de adoção de medidas desta natureza pelos Tribunais brasileiros, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com o propósito de assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Na Recomendação CNJ n.º 3, de 30 de março de 2010, entre as medidas recomendadas, consta que:

a) até dezembro de 2010 [os Tribunais] celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais (CNJ, 2010, p.1).

---

<sup>17</sup>“Termo nº 003/0074/2009; CELEBRAÇÃO: Em 30/01/2009; FUNDAMENTO: Lei federal nº 8.666/93; OBJETO: Termo de Cooperação Técnica para fornecer subsídios técnicos aos magistrados nas ações que tenham por objeto compelir o Estado do Rio de Janeiro ao fornecimento de medicamentos; PRAZO: 12 (doze) meses, a contar da data de sua assinatura; PARTE SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE E DEFESA CIVIL; PROCESSO: 2009-029435. Convênio prorrogado. In: DJERJ, ADM, de 22/03/2010, p. 16. INSTRUMENTO: Termo nº 003/0194/2010; CELEBRAÇÃO: Em 19/03/2010; FUNDAMENTO: Art. 116 da Lei federal nº 8.666/93; OBJETO: Prorrogação do prazo do convênio nº 003/074/2009, de fornecimento de subsídios técnicos aos Magistrados nas ações que tenham por objeto compelir o Estado do Rio de Janeiro ao fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais; PRAZO: 12 (doze) meses, a contar de 30/01/2010; PARTE SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE E DEFESA CIVIL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - SESDEC; PROCESSO: 2009/029435”

Nesse sentido, a iniciativa do TJ-RJ é pioneira e anterior à mencionada Recomendação.

A iniciativa do NAT foi considerada positiva por algumas organizações civis de defesa dos direitos de pacientes, no sentido de auxiliar o cidadão vulnerável a prescrições médicas inadequadas, e avaliar o grau de prioridade que deve ser estabelecido no atendimento dos pedidos judiciais<sup>18</sup>. Propostas e projetos de assessoria técnica às instituições da justiça, por instâncias de saúde se proliferaram em vários estados brasileiros, revelando a importância atribuída ao conhecimento técnico-científico para a resolução de disputas judiciais que envolvem o direito à saúde. Apesar do aspecto positivo desta aproximação e cooperação entre as instâncias de saúde e justiça, há que se considerar que podem expressar, em algum momento, conflito de interesses entre essas instâncias técnicas, mantidas pelo Executivo da saúde (provedor e regulador das prestações reclamadas), e os reivindicantes.

À vista das exigências e regras processuais aplicáveis a intervenções de terceiros no processo judicial, este estudo entende que o Parecer do NAT não é documento probatório da mesma natureza e força do laudo pericial. A contestação da legitimidade da atuação do NAT para recomendar ou fundamentar a decisão judicial é questionada pelos demandantes em poucos casos, e tem tratamento cuidadoso pelo magistrado ao se referir e utilizar elementos deste documento técnico em sua decisão, como a seguir se analisa.

As especificidades locais têm se mostrado particularmente relevantes, uma vez que há diferenças importantes entre a organização do sistema de saúde e de justiça de cada região, e nas formas de interação entre os diferentes atores sociais e institucionais locais, na negociação de soluções. A análise dos processos judiciais locais, combinada com a análise da jurisprudência nacional, pode propiciar a construção de diferentes alternativas de respostas político-administrativas e de modelos metodológicos, para tomada de decisão em saúde, como um direito do cidadão. Nesse sentido, este estudo se justifica e pretende contribuir com a gestão de saúde e jurisdicional, pela possibilidade de revelação de realidades e de contextos específicos e mais amplos.

---

<sup>18</sup>O Globo. Plantão médico na Justiça. O Globo 2009 agosto 24;p. 10.

Algumas indagações nortearam esta pesquisa, como as seguintes: de que modo o paradigma da evidência científica na prática médica, emergente e dominante nas ciências da saúde e nas políticas públicas, está sendo absorvido e incorporado nas decisões judiciais? De que forma os pareceres das assessorias técnicas têm contribuído para a tomada de decisões judiciais e a condução dos processos sobre as prestações de saúde? Quais os principais efeitos destes pareceres técnicos na condução processual e na argumentação jurídica desenvolvidas nos processos judiciais?

## **CAPÍTULO 2 - MARCO TEÓRICO E NORMATIVO**

### ***2.1 - Da saúde ao direito à saúde***<sup>19</sup>:

Pode-se afirmar que, em sentido amplo e contemporâneo, **saúde** é, sobretudo, uma questão de cidadania e de justiça social, e não um mero estado biológico independente do nosso *status* social e individual. Os principais documentos nacionais e internacionais acerca do tema consagram a caracterização de **saúde** como um completo estado de bem-estar, e não a mera ausência de doenças, incorporando também a concepção de que a situação de saúde é determinada pelas condições de vida e de trabalho dos indivíduos; pela conjuntura social, econômica, política e cultural de determinado país (SCLIAR, 2007); por aspectos legais e institucionais relativos à organização dos sistemas de saúde; e por valores individuais e coletivos sobre como viver bem (AYRES, 2007).

Esta definição ampla e positiva de saúde responde às principais críticas acerca das perspectivas meramente curativas das práticas e políticas de saúde, que dão ênfase ao uso de tecnologia para o diagnóstico, à restrição da terapêutica, à prescrição medicamentosa, à “naturalização” e produção de “necessidades” que se transformam em “demandas de saúde” (CAMARGO JÚNIOR, 2007, p. 64-65). O aspecto negativo desta perspectiva reducionista é um acentuado processo de reificação da noção de doença que desloca “o indivíduo doente do foco do olhar médico”, dando centralidade à “doença-coisa”, tornada uma entidade “natural”, e reduzindo as demandas de saúde a demandas por bens de consumo que integram o

---

<sup>19</sup> O conteúdo desta discussão reúne as ideias centrais publicadas no artigo Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde (VENTURA, 2010).

processo curativo (CAMARGO JÚNIOR, 2007, p. 64-65). Assim sendo, ter acesso às tecnologias de saúde pode representar, por exemplo, o principal ou mesmo o único meio considerado eficiente e legítimo para o indivíduo alcançar esse bem-estar/bem-viver, que é a saúde. Conclui o autor que

[...] pode-se dizer que uma peça fundamental das estratégias de legitimação e expansão de oportunidades de intervenção dos vários agentes do CMI [complexo médico-industrial] – incluindo-se os alternativos – é o estabelecimento de “necessidades de saúde”, que, apesar de constantemente em expansão, são apresentadas como naturalmente existentes (CAMARGO JÚNIOR, 2007, p. 70).

As críticas a esse modelo reducionista não negam a importância de se disponibilizar um conjunto de técnicas, equipamentos e insumos (recursos técnicos e científicos) para atender às questões de saúde; nem tampouco desconsideram o dever do gestor de saúde identificar e resolver as demandas de saúde, determinar prioridades e alocar recursos para tal.

Outras críticas alertam para a necessidade de se construir novas instrumentalidades dos conceitos de saúde e doença, capazes de

resgatar o lugar da racionalidade prática como origem e destino de qualquer instrumentalidade nessa área [...] que envolve a construção compartilhada de nossas idéias de bem viver e de um modo conveniente de buscar realizá-las na nossa vida em comum (AYRES, 2007, p. 50-51).

As dificuldades apontadas na compreensão de saúde e de doença são basicamente de três ordens: a indefinição conceitual, o reducionismo biológico da biomedicina e a reificação dessas noções, que se expressam claramente no desenho das políticas públicas de saúde (CAMARGO JÚNIOR, 2007), das leis e jurisprudências relacionadas ao tema.

O direito à saúde é reconhecido, em leis nacionais e internacionais, como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar. O direito à saúde implica, também, em prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, e tendo, portanto, a natureza de um direito social, que comporta uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização. A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e

percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados.

Uma primeira dificuldade na identificação da saúde como um bem a ser tutelado pelo Direito é estabelecer critérios éticos universalizáveis para definir este bem, ou mesmo os benefícios ou as necessidades para determinada pessoa ou comunidade, considerando que dependem de uma valoração específica, nos diversos contextos morais e sociais, e, em especial, nas sociedades pluralistas (ENGELHARDT JÚNIOR, 1998).

A segunda dificuldade é a escolha dos meios para o alcance da saúde, considerando os aspectos anteriormente abordados de reificação da saúde e da doença, bem como a força simbólica desse processo, na percepção das pessoas e nas práticas de saúde (LEFÈVRE, 1987), que favorece o contexto exposto anteriormente de demanda de saúde como uma expectativa de ampliação dos direitos de liberdade, igualdade e justiça social.

Neste sentido, a problemática central trazida para o Direito e para a Saúde - que se expressa no fenômeno da judicialização da saúde - é a de como o Estado, no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário, deve proteger as pessoas dos riscos das novidades oferecidas pelo “mercado de saúde”, que, não raramente, cria “necessidades” para “vender” soluções. E, ao mesmo tempo, fazer cumprir com o seu dever de assistência, promovendo o acesso aos avanços tecnológicos e científicos, que, de fato, podem ser benéficos ao processo terapêutico e ao bem-estar das pessoas, de forma igualitária e sem discriminação de qualquer espécie.

Uma terceira dificuldade na passagem da saúde para o direito à saúde como um direito subjetivo do cidadão é que a realização do direito à saúde comporta a satisfação de uma dimensão individual ou privada, que exige respeito às subjetividades, aos direitos e liberdades pessoais; e uma dimensão coletiva, que requer assegurar esse bem-estar individual a todos, a um custo aceitável para a sociedade. Na conjugação de interesses individuais e sociais, e no cumprimento dos deveres do Estado de proteção da saúde de todos e de cada indivíduo, podem ser necessárias restrições à liberdade de alguns, em prol do bem-estar coletivo ou para o alcance de um determinado bem ou interesse social. A questão central nesta

conjugação é a legitimidade da norma que restringe a liberdade individual, correlacionada com a ideia do que se entende por lei justa.

Historicamente, os direitos subjetivos estão relacionados aos direitos individuais de natureza privada, correspondem à liberdade de ação do indivíduo para defesa de sua liberdade, vida e propriedade; em geral, exige do Estado uma ação negativa – direitos negativos -, no sentido de não intervenção nesta esfera privada. Já os direitos sociais são formulados no sentido do Estado garantir condições aos cidadãos para o pleno exercício público dos direitos individuais, conhecidos como direitos positivos, no sentido que dependem de intervenção ou ação positiva do Estado para sua realização (BOBBIO, 1992).

No caso de conflito entre estes dois tipos de direitos, em uma perspectiva liberal, a tendência é priorizar os direitos individuais, que atinge diretamente a liberdade e a vida do indivíduo. Em uma perspectiva mais comunitária ou social, é atribuído maior peso ao interesse coletivo. Uma terceira proposta de compreensão defende a indivisibilidade dos direitos humanos, a partir de uma visão integral de direitos. Nesse sentido, compreende-se que:

[a] garantia de direitos civis e político é condição para observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos [e nestes o da saúde] compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2008, P. 701).

Outro argumento contrário à dicotomia dos direitos individuais e sociais é de Habermas, no sentido que a principal função do direito é, justamente, servir como base da auto-organização democrática e jurídica de sujeitos livres e iguais, sendo assim, os destinatários das leis que institucionalizam esses direitos são simultaneamente seus autores (HABERMAS, 1997). As possíveis restrições de direitos, nessa linha argumentativa, estariam aceitas pelos sujeitos de direitos, que autorizaram as restrições no processo democrático de produção legislativa. As críticas a este argumento é no sentido que nem todos os destinatários das leis participam de forma efetiva de sua formulação.

A indivisibilidade dos direitos, individuais e sociais, torna os novos direitos complexos e, entre eles, o direito à saúde, que exige estabelecer a cada caso uma dialética particular, que atenda essa perspectiva ético-jurídica contemporânea do que se entende como justo.

A tensão intrínseca do direito à saúde, como um desses novos direitos, é potencializada por sua vinculação direta com a preservação da vida e dignidade humana, e, também, a exigência de que deve se proporcionar os meios para sua realização. Tal exigência envolve dispor de todo o progresso técnico-científico aplicado à preservação da vida.

O desafio a ser enfrentado é descobrir novas possibilidades discursivas no âmbito da saúde e do direito para realizar sua aplicação no cotidiano, sem desconsiderar a peculiaridade da estrutura desse direito, e, no plano de sua aplicação, superar as limitações de liberdade e desigualdades existentes entre os sujeitos de direitos na organização social democrática.

Abre-se então à discussão sobre a exigibilidade desses direitos, sua justiciabilidade (LEIVAS, 2008, p. 280), que pode se traduzir como uma busca de como compatibilizar, no caso concreto, dimensões aparentemente incomensuráveis, e deliberar-se sobre as obrigações devidas pelos entes públicos. É necessário, portanto,

desenvolver a possibilidade de construção de uma estrutura normativa que seja adequada a trabalhar com as especificidades destes direitos, tais como dependência de recursos financeiros para a sua realização, diversos meios de cumprimento, competência do legislativo e do executivo para a definição do orçamento público e para a programação e execução de programas sociais e direitos de terceiros (indivíduos e a sociedade como um todo) (LEIVAS, 2008, p. 279).

A estrutura proposta é que esses direitos que estabelecem ações positivas devem ser compreendidos como normas que ordenam que “algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas, fáticas ou normativas”, e “que podem ser cumpridos em diferentes graus”. Como deveres prima facie todas as ações que favoreçam sua realização devem ser cumpridas e, portanto, exigidas. A aparente contradição, que se apresente no caso concreto, deve ser solucionada por meio da ponderação dos diversos elementos em jogo. O resultado desta ponderação

deve ser aplicável no nível da ação (LEIVAS, 2008, p. 279), ou, em outras palavras, deve ser dotado de concordância prática<sup>20</sup> (BARCELLOS, 2005, p.133).

A ordenação metodológica da ponderação jurídica ganha relevo no processo decisório de questões difíceis, como aquelas que a tensão entre individual e coletivo são mais intensas. A ponderação jurídica constitui um tipo de técnica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais (BARCELLOS, 2005). Sua aplicação depende de desenvolvimento de preceitos como proporcionalidade, razoabilidade, e de se estabelecer parâmetros e critérios para o julgamento (LEIVAS, 2008; BARCELLOS, 2005). Esta ponderação se dá não só no âmbito dos valores, de forma abstrata, como em face de bens (concretos) em disputa no caso concreto.

O Comitê das Nações Unidas de monitoramento do Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (CESCR, 2000) nesse esforço de definição das dimensões fáticas e normativas do direito à saúde, estabelece a seguinte matriz analítica para a avaliação do cumprimento do direito à saúde, definindo os seguintes elementos inter-relacionados:

a) a disponibilidade do direito à saúde significa que os serviços e programas de saúde devem ser disponíveis em quantidade suficiente para todos;

b) a acessibilidade envolve quatro dimensões: 1.<sup>a</sup>) o princípio da não-discriminação significa que a saúde deve ser acessível a todos, especialmente, aos grupos mais vulneráveis, portanto, exige a acessibilidade física, econômica e de informação; 2.<sup>a</sup>) aceitabilidade dos serviços e programas de saúde, exigindo que as práticas de saúde respeitem a ética médica e sejam culturalmente apropriados e sensíveis à questão de gênero, raça/etnia e geracional; 3.<sup>a</sup>) qualidade dos programas e serviços de saúde devem ser boa e científica e medicamente apropriada; 4.<sup>a</sup>) a integralidade exige o oferecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, para

---

<sup>20</sup> “O objetivo final do processo de ponderação será sempre alcançar a concordância prática dos enunciados em tensão, isto é, sua harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese” (BARCELLOS, 2005, p.133). A concordância prática é uma das exigências da coerência no processo de justificação jurídica.

cada caso em todos os níveis de complexidade e devem ser prestados durante todo o ciclo vital de homens e mulheres<sup>21</sup>.

Definem-se como serviços aceitáveis aqueles orientados de forma ética, de modo que as mulheres e homens possam dar seu consentimento livre, sem coação, aos procedimentos indicados, estando plenamente informados sobre seus efeitos e consequências; são, assim, serviços que respeitam a dignidade das pessoas e que garantem a confidencialidade no atendimento. O direito à saúde demanda realização progressiva, sendo vedado qualquer recuo ou retrocesso. Se a expressão “realização progressiva” constitui o reconhecimento de que a plena aplicação dos direitos sociais, econômicos e culturais não pode ser alcançada em um curto período de tempo, esta expressão deve ser interpretada à luz de seu objetivo central, que é estabelecer claras obrigações dos Estados-Partes no sentido de adotarem medidas, tão rapidamente quanto possível, para a implementação destes direitos. É, ainda, responsabilidade dos Estados garantirem o mínimo essencial concernente a cada direito (“*minimum core obligation*”)<sup>22</sup>.

As leis que definem e regulamentam o direito à saúde no Brasil possuem definições semelhantes e no mesmo sentido da recomendação das Nações Unidas. Em relação à eficácia do direito à saúde verificou-se que no debate brasileiro atual há três posições, que se desdobram em análises acerca das possibilidades de atuação do Judiciário, e na determinação de prestações a serem cumpridas pelos entes federativos. A terceira posição, adotada pelo estudo, é aquela que recomenda que deva se levar em conta as alternativas terapêuticas oferecidas pelo SUS, que comprovadamente possam atender às necessidades do demandante, sem prejuízos significativos para recuperação da sua saúde; e, ainda, levar em conta se a prescrição médica individual requerida, comparada ao que há disponível no SUS, é o único meio eficiente para recuperação da saúde do demandante. Esta posição se

---

<sup>21</sup> Office of the High Commissioner for Human Rights [homepage na internet]. Women and health:05/02/1999. CEDAW General recom. 24. (General Comments) [acesso em 21 nov 2010]. Disponível em:

[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf\(Symbol\)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf(Symbol)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Opendocument)

<sup>22</sup> Acrescenta ainda o Comitê que, no artigo 2 (1) do Pacto, a expressão promover a progressiva realização dos direitos econômicos, sociais e culturais por meio do “máximo de recursos disponíveis” refere-se não apenas aos recursos existentes em um determinado Estado, mas também aos recursos disponíveis na comunidade internacional, mediante assistência e cooperação internacional (CESCR, 1990).

revela a mais adequada à sinergia entre saúde e direito, e que compatibiliza a garantia do acesso à justiça e à saúde.

As últimas decisões do STF apontam para a adoção desta perspectiva teórica metodológica, que entende que o direito à saúde se constitui de obrigações *prima facie* de caráter individual e coletivo indivisíveis, e as possíveis contradições devem ser solucionadas no processo decisório de forma reflexiva, utilizando-se o método ponderativo, e, considerando neste processo, todos os aspectos fáticos e normativos em jogo. Nos aspectos fáticos, por exemplo, devem ser consideradas as possibilidades técnicas e científicas existentes para a recuperação da saúde dos demandantes, bem como, as alternativas de realização da obrigação e o grau de efetividade no caso concreto.

## **2.2 - Ciência e Técnica, seus Efeitos no Direito e na Medicina.**

É relevante na efetivação do direito à saúde estabelecermos relações positivas entre ciência, técnica, medicina e direito. Porém, um equívoco recorrente na abordagem desta discussão é reduzir a problemática da saúde às possibilidades e alternativas de adequação “técnica” e “científica” da demanda social em saúde, por acreditar que se trata simplesmente de arbitrar sobre a boa ou a má aplicação técnica dos conhecimentos em saúde, na clínica médica ou na gestão de saúde; ou de simples alocação de recursos em vista de determinado orçamento de saúde. A discussão sobre saúde no ambiente judicial expressa, para além destes aspectos centrais à qualidade da assistência, diferentes concepções do que se considera um bem ou bom para si e para o coletivo, e, sobretudo, as relações entre “poder, direito e verdade, em um domínio constituído por regras de direito, mecanismos de poder e efeitos de verdade” (FONSECA, 2002 p. 25)

Na modernidade, a cientificidade torna-se o principal requisito de validade dos discursos em vários campos do conhecimento, inclusive, na Medicina, no Direito e na Saúde Pública.

No Direito, a *cientificidade* está em considerá-lo como um sistema de normas, no qual a **legitimidade e validade** pressupõem o uso de procedimento válido e a definição de determinado tema (ou tipo ideais) dentro de um sistema fechado. Desta forma a norma jurídica se torna elemento central para a estruturação e segurança

das relações sociais, devendo ser validada, com exclusividade, pelo Estado. Esta racionalidade jurídica, que está no cerne do positivismo jurídico, dá caráter objetivista e mecanicista à aplicação da lei (FERRAZ JÚNIOR, 1986).

O positivismo jurídico produzido a partir do sistema romano-germânico fez duas associações importantes ao conceito de direito - “Estado” e direito e “ciência” e direito -, com o objetivo de dar-lhe validade epistemológica, elevando o grau de confiabilidade do conhecimento jurídico. Na associação de “Estado” e direito, o objetivo é conferir legitimidade política, e o produto desta relação seria a lei. Na associação de “ciência” e direito se busca a legitimação cognitiva, cujo produto é a técnica. A questão problemática é que “nesse processo de demarcação de juridicidade, os subprodutos “lei” e “técnica” acabaram tornando-se mais poderosos que a própria categoria de direito que, por seu turno, foi ironicamente conduzida à condição de dependente de seus próprios subprodutos” (CUNHA, 2010, p. 33).

Um possível efeito subsidiário desta pretensão de cientificidade do direito o levaria, por exemplo, quando chamado a intervir em temas das ciências biológicas, a estabelecer uma relação direta e imediata entre linguagem da ciência e jurídica, como uma opção metodológica de justificação de determinadas normas como naturais, neutras e seguras (HESPANHA, 1998).

A principal crítica ao positivismo jurídico é elaborada pelo “pós-positivismo”, corrente do pensamento jurídico que se desenvolve a partir da segunda metade do século XX, e, em linhas gerais, defende “a pretensão ética como condição necessária e intrínseca do direito e ao raciocínio jurídico” (CUNHA, 2010, p. 41). Se o positivismo considerava a obediência ao direito algo “natural”, para o pós-positivismo o direito é uma construção histórica que deve ser justificada.

Esta nova perspectiva atende à complexidade das democracias contemporâneas e à pluralidade de interesses presentes, que considera arbitrária a imposição do direito somente por sua força ou forma, devendo, portanto, se buscar fundamentação ética e uma justificativa razoável para as imposições jurídicas e seu conteúdo. Neste sentido, ganham destaque os estudos sobre argumentação jurídica que buscam demonstrar a possibilidade e validade de uma fundamentação racional do discurso jurídico, a partir da fixação de algumas regras e formas, para formulação de mínimos consensuais (ATIENZA, 2006).

A tarefa do raciocínio jurídico, na perspectiva pós-positivista, é a busca do máximo possível de realização prática do direito, o que significa que o raciocínio a ser empregado na atividade jurisdicional deve ser

valorar e ponderar [as normas jurídicas] para ajustar situações do mundo da vida” e não empregar um raciocínio puramente lógico, de tipo silogístico, como se “a decisão procedesse de uma razão teórica que conhece o direito e observa os fatos para, em seguida, promover uma ordenação necessária (CUNHA, 2010, p. 42).

Norbert Bobbio ao falar sobre o problema atual da efetivação dos direitos afirma que este empreendimento deve ser acompanhado “pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado”, não se dissociando o problema dos fins do problema dos meios (BOBBIO, 1992, p. 24-25).

Este mesmo efeito da cientificidade atingiu a racionalidade biomédica, tornando-a predominantemente objetivista e mecanicista, especialmente expressa na

forma que vem sendo considerada soberana para produção de conhecimento e norteadora de decisões para a prática médica,[...], principalmente com suas contribuições ao arsenal terapêutico e aos dispositivos diagnósticos” (PÓVOA, 2002, p. 2).

A principal crítica está, justamente, na automação da aplicação de conteúdos científicos, por exemplo, no caso da terapêutica, cujo “*projeto ético*” a ser realizado é o de “restaurar, manter, recuperar um potencial de vida que não pode ser capturado em termos “científicos”, isto é, neutros, lógicos, objetivos, posto que expresso em existência humana.” (CAMARGO JÚNIOR, 2003, p. 53)

O forte ideal de “cientificidade” e “técnica” presente no imaginário dos juristas e médicos pode transformar o Direito e a Medicina – e por consequência a Saúde Pública - em um sistema matemático e lógico, afastando-se - ou mesmo desprezando - as razões práticas que envolvem, por exemplo, a decisão judicial, a decisão terapêutica e a formulação de uma política ou ação de saúde. Outro efeito negativo é o processo de reificação da noção de doença, que tende a reduzir as demandas de saúde a demandas por bens de consumo (CAMARGO JÚNIOR, 2007, p. 64-65), que atinge a própria concepção do que é ter saúde e do direito à saúde.

Na discussão política atual sobre *judicialização da saúde* tem se apostado fortemente em alguns modelos para racionalizar a intervenção terapêutica a ser disponibilizada. Um exemplo de modelo é a MBE (Medicina Baseada em Evidência), bastante difundido nas instâncias governamentais da saúde, como um modelo racional de tomada de decisão clínica e sanitária. A MBE é uma abordagem que utiliza “dados provenientes da epidemiologia clínica, complementadas com revisões sistemáticas da literatura, para [formular] critérios decisórios em condutas assistenciais” (CASTIEL, POVÓIA, 2002, p. 118). O instrumento mais recomendado para o acesso às recentes publicações é o uso da informática médica, que “são norteadas pelos centros ligados ao movimento da MBE, tais como o *Cochrane Collaboration* na Inglaterra”, como sintetiza (CASTIEL, POVÓIA, 2002, p. 118).

A proposta da MBE é de ser um tipo de elo entre o raciocínio clínico – que serviria para orientar os cuidados à saúde individual - e o raciocínio epidemiológico – que deve orientar as decisões sobre as terapêuticas a serem ofertadas nos sistemas de saúde, a cobertura do sistema (ATALLAH, CASTRO, 1998). A proposta pode ser aplicada em dois âmbitos. No processo de tomada de decisão clínica, ou seja, individual da prática médica. E no plano programático das políticas de saúde, na avaliação de tecnologias de saúde para a incorporação no sistema de saúde, na produção de Diretrizes, Normas Técnicas, Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), entre outras aplicações.

A MBE propõe a elaboração de uma escala de evidências que deve ser considerada no processo de tomada de decisão. Os tipos e níveis de Evidências são definidos. Assim, a evidência forte é aquela com, pelo menos, uma revisão sistemática de múltiplos estudos randomizados controlados bem delineados; ou um estudo randomizado controlado bem delineado, de tamanho adequado e com contexto clínico apropriado. Um nível inferior é a evidência de estudo sem randomização, com grupo único, com análise pré e pós – coorte, séries temporais ou caso-controle pareados; e aquelas bem delineadas não-experimentais, realizados em mais de um centro de pesquisa. A mais fraca evidência é constituída por opiniões de autoridades respeitadas, baseadas em evidência clínica, estudos descritivos e relatórios de comitês de expertos ou consensos. (PÓVOA, 2002)

A escala de evidência aperfeiçoaria o uso do raciocínio da MBE para “além da casuística clínica de cada médico e de seus potenciais vieses” (CASTIEL, PÓVOA, 2002, p.117), mas requer seguir alguns princípios: a) formulação clara da questão clínica a partir do problema do paciente; b) busca na literatura por artigos e outras fontes relevantes; avaliação crítica da evidência, seleção da melhor evidência para a decisão clínica; c) vinculação da evidência com experiência clínica, conhecimento e prática; d) implementação dos achados; e) avaliação da implementação e do desempenho geral, ensino a outros médicos como praticá-las (CASTIEL, PÓVOA, 2002).

As Diretrizes são um dos principais produtos da MBE, que viabilizam sua aplicação e difusão e são entendidas como

orientações desenvolvidas sistematicamente, com o objetivo de facilitar ou mesmo de encaminhar decisões clínicas (consideradas **apropriadas**), em situações específicas, com a tentativa de selecionar (filtrar) de forma conveniente e de pronto utilizável, um número considerável de informações ou conhecimentos médicos (PÓVOA, 2002, p. 50).

As Diretrizes exigem estratégias de atualização, aprimoramento, disseminação e implementação de seu conteúdo no processo de tomada de decisão clínica, para que sejam efetivas. Trata-se de um movimento que envolve um tipo de retroalimentação constante.

O uso da MBE no processo de tomada de decisão clínica também tem suas especificidades, e a proposta é que seja realizado a partir de três componentes:

“a) o julgamento criterioso e imparcial dos resultados das pesquisas clínicas, sintetizada e contextualizada pelas diretrizes clínicas, b) as preferências do doente devidamente esclarecido, c) as circunstâncias em que o doente é atendido, o estágio da doença e os recursos disponíveis no local de atendimento; A vivência do profissional é que vai permitir o ajuste fino deste processo para que o doente tenha maior probabilidade de benefício que prejuízo.” (PÓVOA, 2002, p. 51-52).

As vantagens noticiadas sobre o método da MBE relacionam-se à eficácia, efetividade e segurança na aplicação de determinada tecnologia em saúde, o uso racional desta tecnologia, e a alocação de recursos de forma mais eficiente e segura para o indivíduo. Segundo o supervisor do Centro de Pesquisas Cochrane no Brasil, “a medicina baseada em evidência é a arte de avaliar e reduzir a incerteza na

tomada de decisão em saúde” (BARTOLOMEI et al. 2010, p. 2). O método serve para identificar, criticar e selecionar provas científicas rigorosas para a tomada de decisão sobre os cuidados em saúde, “com o compromisso da busca explícita e honesta das melhores evidências científicas da literatura médica.” Neste sentido, advogam em prol do valor positivo deste método para o “aprimoramento do direito à saúde” (BARTOLOMEI et al. 2010, p. 2)

Os estudos críticos sobre o uso da MBE chamam atenção para o interesse de indústrias farmacêuticas e de equipamentos médico-hospitalares na produção das “evidências” utilizadas pelo método, que envolve o financiamento de uma série pesquisas de seus produtos, uma forte influência nas publicações científicas (ANGELL, 2007). Além de outras questões éticas relevantes de conflito de interesses entre o mercado, médicos, sistemas de saúde e pacientes, que comprometem de forma significativa o uso da MBE.

Outros estudos apontam que a racionalidade médica utilizada depende de dois ajustamentos para a tomada de decisão: um julgamento do tipo qualitativo e outro que requer estimativa quantitativa de benefício e eficiência, e sua aplicação conta com muitas dificuldades na prática médica cotidiana, quer seja em razão da ausência de ferramentas ágeis para decisão, ou em razão dos aspectos intersubjetivos da relação médico-paciente, bem sintetizada pelos autores na expressão quando as “evidências encontram as vivências” (UCHOA, CAMARGO JÚNIOR, 2010).

Outra crítica aponta equívocos epistemológicos do método, que inviabilizaria ou, ao menos, reduziria os efeitos positivos noticiados de uma boa prática terapêutica. A pergunta-chave desta crítica é se a melhor evidência é equivalente ao melhor cuidado, acentuando o fundamentalismo técnico da MBE, que segundo os autores, propõe um

falso embate entre a informação técnica e a reflexão crítica[e, nesse sentido] “coloca-se como o oposto da dialética que busca no exercício da discussão e do dissenso a separação entre doxa (opinião que nos distanciaria da verdade) e epistêmê (conhecimento ou verdade).<sup>2</sup> O fundamentalismo metodológico situa a evidência-epistêmê como o argumento total apriorístico, incompatível com opiniões-doxa, admitidas como expressões subjetivas enganadoras. Por essa ótica positivista, o conhecimento não nasceria do dissenso, mas de estudos embasados em monolítica correção, que se aglutinariam ao redor de uma nova verdade ampliada, totalizante e imparcial. (VASCONCELLOS-SILVA, CASTIEL, 2005; p. 500)

No Brasil há um amplo campo de atuação do Grupo Cochrane no Executivo da Saúde principal difusor da MBE, e tem servido para a formulação de padrões<sup>23</sup> de intervenção terapêutica nas instâncias médicas e sanitárias. As diretrizes, protocolos diagnósticos e terapêuticos, lista pública de medicamentos, consenso de especialistas, com o objetivo de atender determinado problema de saúde, por meio da normatização das condutas médicas, são alguns instrumentos que admitem o uso do método, com a proposta de tornar mais eficiente e seguro o tratamento, e favorecer a gestão de saúde. A MBE está indicada na Portaria do Ministro da Saúde n.º 2.690, de 05 de novembro de 2009, que institui no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde como uma das ferramentas a serem utilizadas nas políticas nacionais de gestão de tecnologias em saúde. Também é defendida pelo Conselho Federal de Medicina.

A utilização da MBE ou outro método de avaliação de tecnologia ou tomada de decisão requer especial cuidado na formulação de políticas, leis e decisões judiciais. Krauss Silva (2003) aponta, por exemplo, o uso inadequado de subsídios com base em evidências científicas, para tomada de decisão sobre registro e incorporação de tecnologias. Chama atenção para os efeitos da desarticulação das atividades que são subsidiadas por avaliações tecnológicas em saúde (ATS)<sup>24</sup>. A principal crítica é sobre a ausência de critérios técnicos formalmente estabelecidos e articulados entre as atividades das instâncias sanitárias brasileiras, por exemplo, sobre a eficácia, segurança, efetividade, custo-eficácia, custo-efetividade, impacto (na saúde do conjunto da população) e potencial equânime, para efeito de cobertura do sistema de saúde. A autora refere-se às políticas de cobertura baseada em evidências de países como Canadá, Austrália e Holanda, e chama atenção para imposição clara do requisito, por exemplo, de custo efetividade, tanto para o registro de produtos quanto para a incorporação no elenco de terapêuticas ofertadas na assistência pública à saúde. Enfatiza, ainda, que na Europa, em geral, as instâncias decisórias técnicas dependem de avaliações tecnológicas formais (KRAUSS SILVA, 2003).

---

<sup>23</sup>Adota-se aqui a acepção de **padrão**, como “base de comparação consagrada como modelo por consenso geral ou por determinado órgão oficial” (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2010).

<sup>24</sup>A autora destaca a ANVISA, responsável pelo registro de tecnologias, além do monitoramento de efeitos adversos para fins de restrição de utilização e retirada do mercado; a Secretaria de Assistência à Saúde (SAS/MS), que desenvolve mecanismos regulatórios de credenciamento e definição de procedimentos; e a ANS responsável pela delimitação dos procedimentos a serem cobertos pelas operadoras de planos de saúde.

Outra perspectiva de análise relevante é a que enfatiza a necessária legitimação política da relação do direito com a ciência e a técnica, nas leis e políticas públicas de saúde, nos estado de direito democrático. Dallari (2010, p. 58) afirma a importância de se estabelecer e respeitar as “formas e instâncias de controle democrático das normas técnicas, compatíveis com a segurança jurídica indispensável à organização e ao desenvolvimento das sociedades humanas desde a modernidade”. Ao tratar especificamente do fenômeno da demanda judicial e do conteúdo técnico da decisão judicial, nos casos de assistência farmacêutica, enfatiza que “o Poder Judiciário depende do exercício desse controle democrático nos órgãos técnicos para poder verificar a adequação entre os meios e os fins por eles escolhidos” (DALLARI, 2010, p. 57-58).

Mais recentemente a discussão da MBE foi estendida ao Direito, como uma forma de racionalização do “problema” da *judicialização da saúde*. Há um grupo específico “Grupo de Estudos Jurídicos do Centro Cochrane do Brasil”, e já se identificam algumas decisões judiciais utilizando o método como parâmetro<sup>25</sup>, provavelmente, fruto da sua difusão no meio jurídico, considerando a série de seminários nacionais e outras ações coordenadas pelo Grupo de Estudos Jurídicos, que conta com membros do Ministério Público, da Procuradoria Federal, de professores universitários e de pesquisadores jurídicos.

Uma vinculação entre evidência jurídica e evidência na proposta da MBE é feita por José Paulo Drummond apud Póvoa (2002), quando afirma que “[do] ponto de vista jurídico, evidências são dados e informações que comprovam achados e suportam opiniões. E aqui nos aproximamos mais do conceito de evidência, utilizado em MBE.” Esta vinculação é questionada de forma crítica e precisa por Castiel (2002, p. 129) que questiona:

---

<sup>25</sup> As decisões judiciais do Tribunal Federal de Recursos 4.<sup>a</sup> Região, na **Apelação Cível 2007.72.00.013425-0**, e nos **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.001791-2/SC** e **Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.006072-6/PR**, referem-se às evidências do medicamento reclamado para o tratamento oncológico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/acompanhamento/pesquisa.php>.

Por que a designação escolhida pelo movimento MBE foi justamente aquela que inclui 'evidência' – no sentido usual anglo-saxônico do vocábulo – prova de indicação de verdade (inclusive jurídica)? Difícil saber sem indagar aos que propuseram tal termo. Mas, é fascinante a vinculação entre termos (e procedimentos) comuns jurídicos e científicos – investigação, prova, contraprova, lei, protocolos, demonstrar, fundamentar etc (para uma hipótese acerca desta conexão ver Samaja, 1993). Em ambos, lida-se com duas etapas: a) coleta de informações/dados; b) estabelecimento de juízos diante dos resultados para chegar a decisões/vereditos ('ditos verdadeiros').

Se a evidência buscada pela MBE está bem próxima da evidência jurídica, sua disseminação no ambiente judicial pode ser bastante fértil. E, nesse sentido, merece profunda reflexão crítica das possíveis vinculações na proposta do “*direito à saúde baseada na melhor evidência da medicina*” (BARTOLOMEI et al., 2010).

Na proposta do “direito à saúde baseada na melhor evidência” seus defensores, primeiramente, salientam o valor positivo das evidências médicas como forma de aprimoramento do direito à saúde. O argumento central é que a MBE e o direito convergem no sentido de que ambos visam o bem comum, a partir de uma “rigorosa prova para as tomadas de decisões” e, neste sentido, o uso jurídico da MBE corresponderia a “uma natural evolução do Direito pensado cientificamente”, e

uma nova interpretação do direito, radicalmente distinta da aplicação fria da lei — que predomina atualmente nas análises jurídicas sobre saúde. Essa nova visão interpretativa resgataria definitivamente o sentido de bom senso jurídico de justiça social, fortalecendo os conhecimentos dos profissionais comprometidos com essa atuação (BARTOLOMEI et al., 2002, p. 03).

A questão-chave é colocada no contexto probatório, que como se destacará adiante, é, sem dúvida, uma das grandes fragilidades da atuação judicial no âmbito da saúde, que tem se caracterizado pelo deferimento liminar de todos os pedidos, de forma automatizada, com base quase exclusivamente na prescrição médica, desconsiderando aspectos sanitários e outros relativos à intervenção terapêutica. Neste sentido, afirmam:

Quando a Medicina Baseada em Evidências propõe que o ato médico seja fundado na melhor evidência disponível, ela resguarda o paciente/cidadão dos riscos do arbítrio pessoal do profissional tanto da Medicina quanto do Direito. A partir dessa conclusão, notadamente sob a ótica do Direito, é possível o questionamento acerca do livre convencimento do juiz, ou seja, com base em qual conhecimento médico-científico poderia o magistrado decidir sobre a temática (BARTOLOMEI et al., 2002, p. 03).

Os autores concluem defendendo a priorização da cientificidade das evidências médicas no contexto probatório para o aprimoramento da tomada de decisões em direito à saúde, bem como a alteração do entendimento predominante de doutrinadores jurídicos tradicionais em relação à possibilidade do livre convencimento do juiz, ou seja, de não utilização de provas científicas na fundamentação e justificação da decisão judicial (BARTOLOMEI et al., 2002, p. 03).

Na compreensão deste estudo, a proposta do “direito à saúde baseada na melhor evidência” penetra e realimenta o positivismo jurídico com um recurso habitual há séculos, que é a “transposição para as ciências humanas das técnicas/idéias das ciências exatas” (ALMEIDA, 2009, p. 46), com todos os seus riscos e possíveis equívocos, pois como bem salienta Atienza (2006, p. 145), o valor da prova no âmbito do direito “tem conseqüências práticas que estão ausentes – pelo menos normalmente – na ciência”, ou seja, no direito, a valoração da prova tem duplo interesse: cognoscitivo e prático.

A crítica em relação à cientificidade no âmbito do raciocínio prático não significa que o direito deva se afastar da dimensão técnico-científica que envolve determinadas questões, como a discussão sobre se a intervenção terapêutica requerida judicialmente é adequada e devida pelo ente público ao cidadão. No procedimento judicial, a demonstração e a verificação de fatos relevantes para a decisão judicial, bem como o recurso a métodos e teorias científicas no processo decisório são de grande importância, na especificação e na comprovação dos fatos sobre o qual se requer intervenção judicial.

Mas, no âmbito do Direito “não existe unicamente um interesse cognoscitivo, mas também – e, sobretudo – um interesse prático” (ATIENZA, 2006, p. 145). A função da decisão judicial, à semelhança do raciocínio prático, não é demonstrar “verdades”, mas estabelecer uma solução normativa legítima, por meio de justificação racional (PERELMAN, 2005, p. 262). O raciocínio prático necessita, portanto, do enquadramento da decisão em um contexto de valores e de normas, que permitirá que a decisão seja criticada, justificada, censurada ou aprovada. Na ausência de uma “verdade” se deve recorrer à autoridade, cuja competência de estabelecer a solução normativa adequada pode ser delimitada por técnica de procedimento. Nessa esteira, o procedimento judicial é uma espécie de técnica que

não tem o caráter restrito de encaminhamento de uma demanda, mas, sobretudo, o caráter instrumental de legitimação de certa “verdade”. (PERELMAN, 2005, p. 282),

### **2.3 - A teoria da argumentação jurídica**

Novas perspectivas do pensamento jurídico passam a ser construídas a partir da década de cinquenta, considerando a crise do modelo positivista “incapaz de dar conta das questões sociais emergentes”, e para “solucionar os impasses trazidos pela realidade nascente. Surge, entre outros, o discurso jurídico questionador da Racionalidade Científica” (ENGEL, 2009, p. 4).

A teoria da argumentação jurídica está no âmbito da teoria do discurso, e além deste papel questionador do positivismo jurídico, busca demonstrar a possibilidade e a validade da fundamentação racional do discurso jurídico, observando-se algumas regras e formas (TOLEDO, 2008). A principal pergunta que interessa a esta teoria é como pode ser o discurso jurídico fundamentado racionalmente, e os enunciados normativos corrigidos, à vista da materialidade dos fatos e dos valores vigentes na sociedade (TOLEDO, 2008). Esta possibilidade de justificação racional do discurso jurídico é questão central tanto para o Direito enquanto campo do conhecimento, quanto para a instituição do Direito na garantia da solidez do Estado de Democrático. O discurso jurídico é considerado como a forma de se chegar a um acordo sobre a validade ou não das pretensões problemáticas, e, ao mesmo tempo, uma ação comunicativa. Nesse sentido, incorpora aspectos formais e procedimentais do discurso prático, e se propõe ir além de uma teoria normativa, que distingue bons ou maus argumentos, e ser analítica, no sentido de penetrar na estrutura dos argumentos e, ainda, incorporar elementos empíricos (ATIENZA, 2006).

A teoria da argumentação jurídica pode ser considerada um tipo de método que permite discutir racionalmente as questões de Justiça (ATIENZA, 2006). Estuda principalmente as condições que se pode considerar um argumento justificado. Sua estrutura permite considerar características próprias do discurso jurídico sem olvidar os discursos de outros campos de conhecimento e as circunstâncias de cada caso.

Em termos comuns o argumento é considerado como um tipo de “procedimento discursivo onde se conecta um enunciado com outro para demonstrar

uma tese, a fim de persuadir e obter a anuência, utilizando-se de premissas a partir das quais se infere uma conclusão sobre determinada questão.” O argumento pode ser tanto o processo de fazer isso quanto seu produto (BALCKBURN, 1997, p. 20). Também na teoria da argumentação, o argumento é considerado como um procedimento discursivo, no qual ocorre uma série de atos de fala, que se comunicam. Os participantes se submetem à “coação não-coativa do melhor argumento” (MC CARTHY apud ATIENZA, 2006, p. 162), com a finalidade de chegar a “um acordo sobre a validade ou não validade das pretensões problemáticas”, para alcançar um “**consenso racional**”. Tal consenso deve ser o resultado “não das peculiaridades dos participantes ou de sua situação, mas simplesmente de eles se terem submetido ao peso da evidência e da força da argumentação. O acordo é considerado válido não meramente “para nós” (os participantes de fato) e sim “objetivamente” válido, válido para todos os sujeitos racionais (como participantes potenciais)” (ATIENZA, 2006, p. 163).

Alguns pressupostos gerais da teoria do discurso aplicado à argumentação jurídica devem ser destacados: 1 - todas as questões práticas podem ser decididas racionalmente; 2 – a condição para a verdade dos enunciados é o assentimento potencial de todos os demais. 3 – enunciados normativos não seriam verdadeiros ou falsos, e sim corretos ou incorretos; 4 – todo ato de fala é dirigido à compreensão mútua, e o falante pretende que o dito seja verdadeiro.

A teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Alexy (2001), denominada de teoria do discurso racional, admite o discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral, e realiza uma fusão entre a ideia de Habermas acerca da verdade consensual e de Hare, de que deve haver uma justificação universal e teórica para a base moral prescritiva (valorativa) da ação humana. A partir desses teóricos, constrói sua teoria com o objetivo de resolver casos práticos, com ênfase na necessidade de justificação das razões utilizadas nos argumentos que integram fatos e valores às normas jurídicas. Considera que os argumentos não são isolados, mas unem-se num sistema de coerência, e o raciocínio jurídico deve ser razoável e discursivamente procedimental, com vistas às pretensões universais de justificação dos discursos.

Alexy (2001) distingue tipos de procedimentos jurídicos que devem ser acrescentados ao discurso prático geral. A criação das normas jurídico-positivas pelo Estado é um desses procedimentos jurídicos. Seus principais problemas são a indefinição da linguagem jurídica, e a imprecisão das regras do método jurídico. Além disso, este discurso jurídico-positivo é limitado e não proporciona sempre uma única resposta correta para cada caso concreto, justificando um segundo procedimento: o processo judicial, que deve superar os principais problemas das normas jurídicas positivas. O processo judicial é um discurso basicamente de correção, no sentido que deve dar apenas uma resposta entre as discursivamente possíveis para o caso concreto. (ALEXY, 2001)

A principal diferença entre o discurso racional prático e o jurídico é justamente que os dois procedimentos discursivos jurídicos têm caráter institucionalizado, regulado por normas jurídicas, que visam assegurar a chegada a resultados definitivos e obrigatórios, portanto, não contém somente um aspecto de argumentação, mas também de decisão (ATIENZA, 2006, p. 172).

Quando afirma que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, Alexy quer dizer que: 1 – no discurso jurídico se discutem questões práticas; 2 – erige-se também uma pretensão de correção (a justiça seria um caso especial de correção); 3 – isso se faz (daí ser um caso especial) dentro de determinadas condições de limitação.

Atienza (2006) aponta que a teoria do discurso racional no “discurso jurídico não se pretende sustentar que uma determinada proposição (uma pretensão ou “claim”, na terminologia de Toulmin) seja mais racional, e sim que ela pode ser fundamentada racionalmente na moldura do ordenamento jurídico vigente” (ATIENZA, 2006, p. 172).

Nesse sentido, “o discurso jurídico se define pelas regras e formas do discurso prático geral e, por outro lado, pelas regras e formas específicas do discurso jurídico que, sinteticamente, exprimem a sujeição à lei, aos precedentes judiciais e a dogmática.” (ATIENZA, 2006, p. 172).

Considerando esses aspectos específicos a teoria de Alexy (2001) distingue dois aspectos na justificação das decisões jurídicas – a justificação interna e a justificação externa. A justificação interna refere-se à verificação das proposições normativas. A justificação externa refere-se à averiguação “da correção das próprias

premissas, mediante as regras (1) da argumentação prática geral, (2) da argumentação empírica, (3) da interpretação, (4) da argumentação dogmática, (5) do uso dos precedentes e (6) das formas especiais de argumentos jurídicos” (Toledo 2008, p. 3).

As regras de argumentação empírica são aquelas que devem verificar a “correção do que deve ser considerado como fato na fundamentação jurídica, a partir do enunciado empírico” (TOLEDO, 2008, p. 4). Alexy (2001) não propôs regras específicas para argumentação empírica, apenas recomendou a aplicação das regras da argumentação prática geral, que é a que todo falante está autorizado a passar para um discurso sobre a empiria a qualquer momento do discurso prático (ALEXY, 2001, p. 226).

A justificativa para o não enfrentamento dos “problemas de incorporações de conhecimento empírico na argumentação jurídica” no âmbito de seu trabalho, consistiu na impossibilidade de lidar, de forma exaustiva, com a diversidade de argumentos relevantes para a justificação jurídica. Como enfatiza, estes argumentos se referem a “afirmações sobre fatos particulares, sobre ações individuais, motivos dos agentes, eventos, ou estado de coisas”, e afirmações das ciências, em diferentes campos de conhecimento, como a medicina, psicologia, etc. Assim, considera que o problema da inter-relação “só será resolvido por meio de cooperação interdisciplinar”, e que a regra genérica adotada permite a abertura necessária ao procedimento discursivo (ALEXY, 2001, p. 226).

Um aspecto importante ressaltado concerne ao fato de que o “necessário conhecimento empírico muitas vezes não está disponível com o desejado grau de certeza”, alertando que esta incerteza exigirá a aplicação de regras de presunção racional. Mesmo assim, aponta “a necessidade de estudos analíticos da estrutura do argumento em decisões particulares e em discussões científicas, das regras que são seguidas e das formas de argumentação que são usadas em diferentes áreas da lei, da estrutura da argumentação na série de decisões, e da estrutura da argumentação nos processos”, como suplementar aos estudos sobre o tema (ALEXY, 2001, p. 36).

O autor aponta as “numerosas disputas legais [em que] o papel decisivo é representado pela apreciação dos fatos”, em especial nas questões que, “[n]ão há desacordo sobre as afirmações normativas a serem aceitas; [e] “a decisão se apóia

apenas nos fatos sobre os quais se fundamenta”, mas alerta que tanto o discurso jurídico quanto o prático não são redutíveis ao discurso empírico. Acrescentando que esta inter-relação merece especial atenção e cuidado, no curso da argumentação jurídica (ALEXY, 2001, p. 36).

Nesse mesmo sentido, Toledo (2008) observa que a fluidez do argumento empírico decorre da impossibilidade de certeza absoluta sobre os fatos que compõem este tipo de argumentação, e também defende o recurso a regra da presunção racional.

A importância dos fatos no procedimento judicial também é ressaltada por Barcellos (2011) em seu estudo sobre a ordenação metodológica da técnica de ponderação jurídica, ao propor como uma das etapas da ponderação a identificação dos fatos relevantes e sua repercussão sobre os enunciados normativos. A autora enfatiza que “esses dados de fato permitirão ao intérprete apurar se existe alguma possibilidade fática de atender a todas as soluções em um nível ótimo e, em qualquer caso, servirão de importante subsídio para a última etapa da ponderação [...] especialmente [a etapa] da concordância prática”, que significa a “harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese” e constitui “o objetivo final do processo de ponderação” (BARCELLOS, 2005, p.133)

Quanto às formas de interpretação, Alexy (2001) destaca as seguintes: semânticas, autênticas, teleológicas, e de interpretação histórica, comparativa e sistemática, comuns. As regras interpretativas, que devem ser seguidas na justificação interna são: 1 - deve resultar saturada toda forma de argumento que haja de contar entre os cânones da interpretação; 2 - Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que possam aduzir-se outros motivos racionais que concedam prioridade aos outros argumentos; 3 - A determinação do peso de argumento de distintas formas deve ter lugar segundo regras de ponderação; 4 - Há que tomar em consideração todos os argumentos, que seja possível propor e possam incluir-se por sua forma entre os cânones da interpretação (gramatical, lógico, histórico e sistemático)

A argumentação dogmática<sup>26</sup> é aquela que define a legitimidade e os limites argumentativos no campo sistemático-conceitual do Direito. Segundo Alexy (2001), as regras para esta argumentação são: 1 - Todo enunciado dogmático, se é posto em dúvida, deve ser fundamentado mediante o emprego, ao menos, de um argumento prático de tipo geral; 2 - Todo enunciado dogmático deve poder passar por uma comprovação sistemática, tanto em sentido estrito quanto em sentido amplo; 3 - Se são possíveis argumentos dogmáticos, deve-se usá-los.

Por fim, Alexy (2001) prevê regras para o uso dos precedentes, que é o uso de fato ou ato anterior como justificção para se agir da mesma forma, na argumentação jurídica. Segundo Toledo (2008) os precedentes tanto têm relevância fática quanto contribuição teórica ao Direito. As regras mais gerais do uso dos precedentes: 1 - Quando for possível citar um precedente a favor ou contra uma decisão, deve-se fazê-lo; 2 - Quem queira distanciar-se de um precedente assume o ônus da argumentação.

Uma forte crítica apontada por Toledo (2008, p. 8) é que a teoria da argumentação do discurso racional, “não se aplicaria ao Direito no momento do processo judicial, pois os falantes não se encontram em posição homóloga, já que cabe ao juiz a decisão sobre o que é justo (correto) a partir dos argumentos trazidos por cada uma das partes”. A própria autora defende a teoria chamando atenção que a “impossibilidade de completa homologia factual entre os participantes não é condição de possibilidade do discurso”, e “que algumas das regras do discurso são passíveis de cumprimento de forma apenas aproximada, como a exigência de participação de todos na discussão, de absoluta inexistência de coação no debate etc”. É enfática na defesa da importância de se argumentar racionalmente, a partir de determinadas regras, no sentido de alcançar a correção na maior medida possível, nos Estados Democráticos.

O próprio Alexy (2001) deixa claro ao apresentar sua teoria da argumentação jurídica que seu objetivo não é uma busca da certeza, mas da correção das decisões. Como ele mesmo escreve trata-se de “(...) uma tentativa de apresentar esses critérios mais fortes” (ALEXY, 2001, p.45), que o autor o faz a partir do

---

<sup>26</sup> Dogmática é a parte da ciência jurídica que critica e classifica os princípios que constituíram a fonte do direito positivo de determinado país (INSTITUTO ANTÔNIO HOUAISS, 2010).

estabelecimento de um número de regras e formas que a argumentação tem que seguir. Assim, admite que “quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado ‘correto’. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas” (ALEXY, 2001, p.46). As regras e formas possibilitariam a chegada a uma decisão em condições ideais. Conclui o autor, “Deste modo, a teoria do discurso oferece algo como um critério específico no contexto da racionalidade de procedimentos de tomada de decisão, bem como para as decisões geradas por eles” (ALEXY, 2001, p.47).

Também Perelman (2005) defende o uso de regras argumentativas quando afirma que o Direito não pode adotar uma lógica da verdade, mas da adesão e o “(...) recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável”. As partes litigantes tentam convencer o julgador da validade da sua tese, através da argumentação, obedecendo a certas formalidades e procedimentos, sempre de forma ordenada. A correção das teses, portanto, ficará por conta da argumentação e em especial da motivação ou fundamentação, que terá papel fundamental no Direito. Isto significa que não basta buscar uma solução conforme a lei, mas esta deve ser também equitativa, razoável, aceitável, justa e conciliável com o direito em vigor.

Isto não significa que a teoria da argumentação jurídica não mereça reparos. Atienza (2006) critica a pouca atenção dada às questões concernentes ao entrelaçamento dos aspectos fáticos aos normativos, que, em geral, situam-se fora do campo de estudo usual dessa teoria, restringindo-se à interpretação abstrata de determinado enunciado normativo.

Neste sentido, a proposta de Atienza (2006) é de superar a limitação das teorias desenvolvidas<sup>27</sup> referente aos problemas concernentes aos fatos, aproximando essas teorias da argumentação com outras “que se desenvolvem em outros âmbitos, como a argumentação científica e a argumentação da vida ordinária” (ATIENZA, 2006, p. 18). O autor considera, ainda, que não basta que a teoria da argumentação jurídica se desenvolva próxima à teoria moral ou à “teoria do Direito”, mas que se aproxime também da sociologia do Direito e de investigações de tipo

---

<sup>27</sup> Atienza na obra citada (2006) analisa as seguintes teorias: tópica jurídica, de Viehweg; nova retórica, de Perelman; da argumentação de Toulmin; teoria integradora da argumentação jurídica de Maccormick, e a do discurso racional de Alexy, apresentando a proposta de sua teoria.

empírico, para compreender de forma minuciosa como se desenvolve esta relação delicada entre fatos e valores na decisão judicial. A descrição minuciosa desta relação no âmbito da demanda judicial em saúde foi a proposta desta Tese.

#### **2.4 - Sobre o processo e procedimento judicial.**

Há, pelo menos, três tipos de procedimentos discursivos jurídicos: o legislativo, o judicial e o jurídico, propriamente dito, como ciência normativa. Outra peculiaridade é que o discurso jurídico é institucionalizado e não contém somente um aspecto de argumentação, mas também de decisão (ATIENZA, 2006, p. 172).

Assim, é importante uma breve descrição das exigências e das regras gerais do discurso jurídico no **processo judicial**, que se diferencia do discurso jurídico legislativo.

Os termos processo e procedimento são distintos, na linguagem técnica jurídica. **Processo** constitui o instrumento da jurisdição e o **procedimento** é o conjunto de atos concatenados, cuja forma e desenvolvimento são criteriosamente estabelecidos por leis nacionais; é o meio pelo qual se desenvolve o processo. A forma dos atos, os prazos para produzi-los, os atores que devem e podem intervir, os limites e as possibilidades de atuação são cuidadosamente previstos. Na figura 2, apresentada na Metodologia, foram destacados os principais atores, atos e regras do procedimento judicial. As formas de estruturação do processo e do procedimento judicial buscam reproduzir um ambiente ideal discursivo. Sua principal diferença são as especiais condições deste discurso com regras e fim pré-determinado: a decisão.

O direito brasileiro especifica três tipos de processo; de conhecimento, de execução, e cautelar ou preventivo (art. 270 CPC), de acordo com a modalidade de jurisdição em que será exercido. O procedimento judicial é basicamente orientado por três princípios ético-jurídicos: o da iniciativa da parte, do contraditório e do livre convencimento do órgão judicial. Assim, o Poder Judiciário só deve agir mediante provocação<sup>28</sup>, limitando a lei à intervenção do Estado, sobretudo no âmbito da vida civil<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> “Art. 2.º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.” (BRASIL, 1973a)

<sup>29</sup> Na persecução penal, por exemplo, a provocação do Judiciário é realizada pela Promotoria, órgão do Ministério Público, retirando do cidadão esta iniciativa, em alguns casos considerados de alto valor

Sobre o pedido formulado ao juízo, deve o processo judicial dar ampla oportunidade aos envolvidos para dele conhecer; assegurando o contraditório e a ampla defesa, além dos meios e dos recursos para tal (BRASIL, 1988; inciso LV art. 5). São exemplos dessa ampla oportunidade: a obrigatoriedade dos atos de citação e intimações de todas as ocorrências processuais para a validade da decisão e a regra da publicidade de todos os atos judiciais<sup>30</sup>, esta última com o fim de possibilitar amplo conhecimento do litígio judicial não só às partes envolvidas, mas para toda a sociedade. A publicidade dos atos judiciais é de tal importância para o discurso jurídico que só se admitem restrições quando “a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. (BRASIL, 1988, art. 5.º inciso LX).<sup>31</sup> Por fim, para julgar é preciso formar livremente a convicção, sem constrangimentos externos e motivações internas capazes de retirar a imparcialidade moral exigida do julgador, de modo que permita conhecer a veracidade dos fatos alegados pelas partes litigantes, por meio de provas apresentadas ao processo, com vistas à correção da decisão.

Um aspecto importante, relacionado ao sentido da inércia e da neutralidade judicial, é que “[a] evolução do processo civil impõe atualmente ao juiz, que se quer neutro, não ficar passivo e ordenar medidas necessárias ao estabelecimento da verdade” (PERELMAN, 2005, p.594). Nas demandas judiciais em saúde, considerando a especificidade do direito à saúde, de dupla dimensão, individual e coletiva, é fundamental a existência de um juiz ativo na especificação dos fatos, que limitará a demanda e a própria administração da prova. Ao final, deve servir à justificação de sua decisão. O discurso judicial também possui outra regra, referente à provocação da parte ao juízo e ao princípio do contraditório. Tal norma atende

---

social, como no homicídio. No âmbito civil há autorização legal para o Ministério Público agir como representante ou como fiscal da lei (custos legis) nos casos que envolvam grupos vulneráveis, como os idosos, criança e adolescente, portadores de deficiência, assim reconhecidos por leis especiais; ou atuar como fiscal da lei nos processos judiciais que tratam de direitos individuais indisponíveis, como à vida, nesse sentido, ver capítulo que trata da intervenção do MP nesses casos, com o objetivo específico de proteção.

<sup>30</sup> A lei processual brasileira obriga a publicação em jornal oficial de alguns atos, além desta publicação, se obriga a intimação pessoal da parte envolvida. O princípio da publicidade rege também os atos da administração pública, sendo assim, devem ser publicadas em jornal oficial todas as deliberações e regulamentos sobre assistência farmacêutica, por exemplo.

<sup>31</sup> É comum se requerer o “SEGREGADO DE JUSTIÇA” nas ações judiciais que possam causar constrangimento para as partes a publicação de aspectos da vida privada dos sujeitos. Na demanda judicial em saúde registrava-se um grande número de processamento em segredo de justiça, nas ações judiciais que envolviam as pessoas com HIV/Aids considerando a discriminação e estigmatização dessas pessoas no início dos anos 1990. Não foram encontrados na amostra analisada processos em segredo de justiça. O conteúdo da publicação que se restringe é apenas os nomes e os fatos que possam identificar o sujeito a ser protegido.

uma condição prévia da decisão judicial: “que a decisão tenha um fundamento fático, que os fatos pertinentes sejam estabelecidos pela intervenção daqueles que têm o ônus da prova, ou seja, daqueles que terão seus pedidos indeferidos se a prova for insuficiente.” (PERELMAN, 2005. p.593, *in fine*).

O processo civil se estrutura em: uma fase postulatória, probatória (na amplitude exigida em razão do objeto que se deve conhecer) e decisória, quando o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto. Em um estado de direito democrático, para garantir a liberdade das partes e a função jurisdicional, a sentença judicial deve conter: um relatório, com registro do nome das partes, o pedido e a resposta do réu, as principais ocorrências do processo; os fundamentos da decisão, o que envolve a análise das questões de fato e de direito e, finalmente, a parte dispositiva, que decidirá sobre as questões apresentadas no processo (BRASIL, 1973a, art. 458).

A lei processual brasileira é nacional e admite ampla diversidade procedimental, que se estrutura em dois grandes grupos: o procedimento comum e o especial. O procedimento comum é dividido em ordinário e sumário. As disposições gerais destes ritos são aplicadas, subsidiariamente, a todo o sistema processual (BRASIL, 1973a, art. 272). Há dois critérios legais para definir a observância dos procedimentos: o valor da causa e a matéria. O procedimento ordinário é apropriado para cognição exaustiva e para causas com maior valor econômico ou questões de maior complexidade. O procedimento sumário é dirigido para decidir causas menos complexas, em curto espaço de tempo. Sua formulação enfatiza a simplificação, a informalidade e a concentração dos atos processuais, admitindo reduzida possibilidade probatória. Os profissionais jurídicos contam com relativa liberdade de escolha do tipo de procedimento e ação, conforme a matéria a ser discutida e os valores econômicos envolvidos.

O procedimento jurídico possui uma finalidade social: trazer paz e segurança na resolução dos conflitos. E, nesse sentido, a segurança jurídica constitui valor central nos sistemas jurídicos, que fundamenta conceitos/ficções jurídicas, como a coisa julgada, que estabelece o fim da discussão judicial<sup>32</sup>; a prescrição, que

---

<sup>32</sup> O Código de Processo Civil Brasileiro estabelece que: **Art. 467** - Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. Material significa sobre a mesma questão controvertida, considerando que um mesmo fato pode gerar diversas questões discutidas em diferentes processos e momentos.

estabelece o prazo para realizar um ato judicial<sup>33</sup>. Como afirma Perelman (2005), “[q]uando um processo é iniciado, é importante restabelecer, assim que possível, a paz judiciária, observando os procedimentos que garantem um processo equitativo (“due process law”) e um desfecho tão justo quanto possível.” (PERELMAN, 2005, p. 593)

## **2.5 - A questão probatória e a argumentação judicial**

Outro aspecto relevante para análise deste estudo é referente à questão probatória. As provas dos fatos alegados são relevantes para o direito e condição necessária para a validade da decisão judicial, exigida pela lei constitucional e infraconstitucional processual brasileira.

O art. 131 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC) dispõe que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Exige também que a justificação seja requisito essencial da sentença que deve conter os “fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito” e como “resolverá as questões” que lhes foram submetidas (BRASIL, 1973a, art. 458)<sup>34</sup>.

Mas, como dito anteriormente, a função da decisão judicial, à semelhança do raciocínio prático, não é demonstrar “verdades”, mas estabelecer uma solução normativa legítima, por meio de justificação racional (PERELMAN, 2005, p. 262), a justificação judicial não pode ser objeto de contestação do tipo verdadeira ou falsa,

---

<sup>33</sup> A prescrição é a perda do direito de ação atribuída a um direito e de toda sua capacidade defensiva, devido ao não uso delas, em um determinado espaço de tempo. Por exemplo, o réu não responde ao pedido do autor no prazo concedido para a contestação; a sanção é a revelia e seus efeitos, como a admissão como verdadeiro os fatos alegados pelo autor. A não interposição do recurso à decisão judicial que antecipou à tutela (agravo de instrumento), devendo o réu cumprir a determinação sem mais recurso de revê-la; ou o recurso (apelação) à sentença que não interposto faz coisa julgada.

<sup>34</sup> “**Art. 458** - São requisitos essenciais da sentença: **I** - o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; **II** - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; **III** - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem” (Brasil, 1973a).

já que não estamos em sede de razão teórica, mas no sentido de ser “forte” ou “fraca”, conforme a qualidade ou capacidade de convencimento da argumentação utilizada. O que está em questão não é o aspecto técnico da sentença, mas sua capacidade de persuasão tendo em vista os valores e fins do direito que ela pretende assegurar e o meio que propõe para tal”, ou seja, “o que está em questão é a razoabilidade da decisão (CUNHA, 2010, p. 46).

Assim, a análise de uma decisão judicial deve recair na qualidade ou capacidade de convencimento da argumentação utilizada, pois na “infindável tarefa de justificação ética, é fundamental ter em conta que não há critérios científicos e mesmo morais que assegurem respostas do tipo “verdadeiro ou falso” ou mesmo “certo ou errado”. Quaisquer que sejam os argumentos, eles devem estar abertos ao julgamento da comunidade jurídica e da sociedade como um todo” (CUNHA, 2010, p. 60).

A lei processual, de fato, admite que o convencimento do juiz seja obtido não somente a partir das provas, mas também por meio do contraditório, como método de conhecimento. Alguns estudos aproximam este sistema de convencimento à teoria de Karl Popper, no sentido que “implica no poder de realizar investigações sobre os mencionados fatos falsificativos.” (CAMPELLO, 2005, p. 527).

O sistema norte-americano tem difundido e discutido o uso das provas científicas, a partir de casos paradigmáticos como *Daubert versus Merrel Dow Pharmaceuticals*, *Frye versus United States* (ALMEIDA, 2011). A possibilidade judicial de contraditório e a não admissão pura e simples da prova científica é apontada como vantagem e uma possibilidade de análise dos fatos. Segundo Rodwin (2001), o processo judicial tem a vantagem de poder se utilizar dos especialistas, mas não estar sob o controle deles.

Outra questão colocada no debate em torno do uso de prova científica é a impossibilidade de controle crítico pelo juiz, que, de fato, não conhece a fundo o método de cognição utilizado e pode ser manipulado pelo técnico. A discussão parece apontar para a necessidade de garantir que a prova científica seja considerada válida, e o desafio está de como controlar seu uso no processo, na admissão e na valoração (CAMPELLO, 2005, p. 539). Ou ainda, considerando que a ciência atual é probabilística, o desafio é como pode ser incorporada a incerteza na decisão judicial. Também Campello (2005, p. 538) chama atenção que a

multiplicação das provas científicas pode acarretar o aumento dos riscos de abuso ou erro, pois nem sempre o uso da técnica é o mais adequado, ou esta não é conduzida de modo correto.

A principal controvérsia na demanda judicial analisada é a divergência entre o tipo de terapêutica oferecida pelo SUS e a reclamada pelos cidadãos. No caso dos processos judiciais a preocupação se justifica em especial, na vigência da Recomendação n.º 31 do CNJ, que recomenda a assessoria técnico-científica no processo decisório judicial nas ações de saúde, e da recente Lei Federal n.º 12.401/2011 que estabelece, entre outros, procedimentos e critérios para incorporação de novas tecnologias no sistema público de saúde. Ambas as ações político-normativas podem afetar, com maior ou menor força, a qualidade da intervenção terapêutica prestada ao cidadão no SUS.

A tese aqui apresentada vai se restringir ao plano instrumental, buscando descrever, a partir dos dados empíricos colhidos diretamente do processo judicial, como a atuação de uma assessoria técnica aos magistrados, com o intuito de fornecer informações sobre elementos médico-científicos e sanitários, pode colaborar ou não neste processo cognoscitivo.

## **2.6. Argumentação jurídica e decisão judicial**

Diferentemente do discurso prático, o jurídico não contém apenas um aspecto de argumentação, mas também de decisão (ATIENZA, 2006, p. 172). Esta especificidade da argumentação judicial – a decisão e seu poder coercitivo - exige tratamento legal especial nos estados de direito democrático, que buscam garantir, entre outros valores éticos e jurídicos contemporâneos, a liberdade das partes e da função jurisdicional. O princípio ético-jurídico universal do devido processo legal e a inafastabilidade da apreciação do Judiciário na resolução dos conflitos são conquistas da modernidade, que buscam coibir juízos de exceção.

Um aspecto do trabalho de Alexy (2001) bastante explorado na discussão jurídica atual e nas decisões dos tribunais brasileiros é o modelo dos princípios para a justificação da aplicação das leis constitucionais, em especial, a de ponderação justificada na solução de colisões entre direitos fundamentais. Segundo Atienza (2006), Alexy (2001) teria desenvolvido algo como uma teoria da razoabilidade, que fornece algumas alternativas e critérios para escolha da solução racional, inclusive em relação à repercussão dos fatos (argumentos empíricos) sobre os enunciados normativos.

Acrescente-se que o processo argumentativo e decisório judicial se desenvolve em um sistema jurídico aberto, como o brasileiro (BARCELLOS, 2005), orientado por valores morais, fins sociais e políticos, implícitos ou explícitos, contidos nos princípios e nas regras legais que regem os Estados. Este conjunto é interpretado e aplicado a todo o momento, em diversas situações sob a intervenção judicial. Atienza (2006), ao se referir aos antecedentes da teoria da argumentação jurídica, a tópica de Viehweg, aponta para esta especificidade do sistema jurídico, e observa que este tipo de sistema impede um raciocínio meramente dedutivo, e se constrói de forma circular, isto é, na medida em que se comparam os casos, o que era uma circunstância excepcional pode se converter em regra geral.

As súmulas, enunciados e o uso da jurisprudência, como precedentes decisórios válidos, na prática judicial são exemplos desta construção e de sua ampla aplicação. Não raro a construção jurisprudencial precede o processo legislativo e o novo direito nascido deste raciocínio circular se transforma em lei geral, universalizando e legitimando a produção pretoriana. Um exemplo na história

brasileira é a regulamentação dos direitos de família e previdenciários dos companheiros em união civil. Essa abertura do sistema é útil para solução dos conflitos, considerando que o Judiciário não pode se eximir de deliberar sobre o conflito, em razão da ausência de lei.<sup>35</sup>

O uso dos precedentes (súmulas, enunciados, decisões judiciais reiteradas, recomendações dos tribunais) na argumentação jurídica é frequente. Para Atienza (2006) e Alexy (2001), o uso desta modalidade de recurso significa aplicar uma norma, orientado pelo princípio da universalidade, que visa preencher no campo discursivo jurídico, que deve evitar decisões mutáveis e incompatíveis entre si. Nesse sentido, a regra sobre o uso dos precedentes no discurso jurídico racional impõe a carga da argumentação a quem pretende afastá-lo.

No caso em análise, os valores, princípios e regras em jogo envolvem os limites e as possibilidades do direito à assistência individual à saúde. O conflito estabelecido refere-se à relação entre indivíduos-cidadãos e o sistema de saúde-ente público. A peculiaridade da deliberação deste tipo de conflito é que, a cada caso novas premissas podem ingressar na argumentação, como a oferta de um novo tratamento para cura de determinada doença; ou uma nova condição de saúde muito específica e diferenciada do demandante. Essas novas premissas se apresentam como afirmações empíricas de natureza especial, pois se referem a constatações técnico-científicas, legitimadas e produzidas a partir de outra racionalidade, a racionalidade médico-científica. Em geral, este tipo de afirmação é comprovado no procedimento judicial, sob a forma de declarações de especialistas, de parecer técnico ou laudo pericial.

A incorporação desta modalidade de afirmação empírica técnico-científica no discurso jurídico consiste em uma questão cada vez mais importante, no exercício da jurisdição que envolve questões de saúde. A relevância desse entrelaçamento se expressa na crescente preocupação com a defesa e com a análise técnica dos pedidos judiciais referente às prestações de saúde, em razão dos aspectos médicos e sanitários que envolvem os pedidos.

---

<sup>35</sup> “Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1973a).

Alexy (2001, p. 226) afirma que este entrelaçamento adequado “só será resolvido por meio de cooperação interdisciplinar”, e que as dificuldades aumentam quando este conhecimento não está disponível, com o desejado grau de certeza, e exige aplicação de conhecimento de outros campos, e a formulação de regras de presunção<sup>36</sup> racional.

Esta é a situação das demandas judiciais em saúde, em especial, daquelas que envolvem novos tratamentos disponibilizados no mercado e recebidos pela sociedade como avanços inquestionáveis para a melhoria das condições de vida. O grau de certeza é relativo e dependente de conhecimento médico-sanitário para a correta aplicação.

Barcellos (2005), na sua proposta em três etapas<sup>37</sup> sobre a aplicação da técnica da ponderação na solução de conflitos, também chama atenção para o exame das circunstâncias concretas, inclusive os avanços científicos disponíveis e suas repercussões sobre os elementos normativos em jogo. Exemplifica essa repercussão no momento da ponderação, reportando-se ao caso julgado em 2003 no STF, sobre determinada cantora estrangeira que se descobriu grávida em uma delegacia policial brasileira, e acusou de estupro os policiais que trabalhavam na carceragem. No curso do processo investigatório, a cantora recusou-se a realizar o exame de DNA. O dado fático relevante na ponderação judicial entre a aplicação do enunciado normativo que garante a integridade física da mãe e da criança e outro que a integridade da honra dos policiais na circunstância, foi o de realizar o exame de DNA, a partir de material da placenta. (BARCELLOS, 2005, p. 121). Adiante, sintetiza de forma clara as diretrizes gerais que devem orientar a atividade do intérprete no momento decisório: (a) capacidade de universalização, “tanto dos fundamentos empregados no processo, como da decisão propriamente dita”; (b) “a concordância prática dos enunciados em conflito” de forma que haja uma harmonização recíproca de modo que nenhum deles tenha sua incidência totalmente excluída na hipótese (adequação, necessidade, proporcionalidade, equidade); (c) no

---

<sup>36</sup> **Presunção**, no sentido jurídico do termo, significa: “consequência que a lei faz deduzir de certos atos ou fatos, e que fica estabelecida como verdadeira, às vezes até mesmo havendo prova em contrário” (Instituto Antonio Houaiss).

<sup>37</sup> (1) identificação dos enunciados normativos em tensão; (2) identificação dos fatos relevantes, (3) decisão.

caso da discussão envolver direitos fundamentais, a identificação do “núcleo desses direitos e o limite que ele representa na ponderação” (BARCELLOS, 2005, p. 125).

Por todas essas características do sistema e do raciocínio jurídico, não é possível qualificar determinada sentença judicial como certa ou errada, mas “o que está em questão é a razoabilidade da decisão” (CUNHA, 2010, p. 46). Em outros termos, trata-se de ser aceitável, diante do “ordenamento jurídico e da necessária intenção ética que deve ter uma sentença” (CUNHA, 2010, p. 57-58) no momento de sua produção. Dessa forma, salienta-se a importância da justificação das decisões na teoria da argumentação jurídica, que não conta somente com as dificuldades de ponderar valores, princípios e regras, mas deve estabelecer conexões entre diferentes tipos de premissas, como as “(1) regras da lei positiva; (2) afirmações empíricas e (3) premissas que não são nem afirmações empíricas nem regras da lei positiva” (ALEXY, 2001, p. 225).

## **CAPITULO 3 – OBJETIVOS E METODOLOGIA**

### **3.1 - Objetivo geral**

Analisar os elementos e argumentos jurídicos e médico-sanitários e a repercussão dos argumentos médico-sanitários, no processo decisório judicial sobre o direito à assistência terapêutica, em ações individuais contra entes públicos, no Tribunal de Justiça da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, de setembro de 2009 a outubro de 2010.

### **3.2- Objetivos Específicos**

1. Identificar e sistematizar os aspectos médicos e sanitários utilizados pelo Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) na análise dos processos judiciais selecionados de fornecimento dos medicamentos e insumos.
2. Descrever os efeitos da atuação do NAT no processo decisório judicial nas ações individuais selecionadas.
3. Analisar os principais argumentos utilizados pelos participantes nos processos judiciais selecionados, com ênfase no entrelaçamento das dimensões jurídica, médica e sanitária.

### **3.3– Metodologia**

Foi realizado um estudo seccional retrospectivo dos processos judiciais com solicitações individuais de prestações de saúde contra entes públicos, na Comarca da Capital do estado do Rio de Janeiro, no período de 01 de setembro de 2009 a 30 de outubro de 2010. Além da pesquisa documental processual foi realizada pesquisa da jurisprudência local e do STF, e levantamento bibliográfico nacional e internacional.

A pesquisa documental explorou os argumentos empíricos, médicos e sanitários, como “fatos”, e a maneira como tais dados foram expressos no

procedimento judicial, e o repercutiram sobre o enunciado normativo<sup>38</sup> constitucional da saúde como um direito<sup>39</sup>.

Analisar tais processos em uma perspectiva procedimental significa tratar da análise dos “atos de fala” dos participantes que validam (ou não) determinada pretensão e chegam a determinado consenso (ATIENZA, 2006, p. 163). Estudou-se, assim, cada discurso como uma totalidade organizada e singular, enfocando a dinâmica de sua própria produção, buscando-se identificar o uso de determinada concepção e a lógica de sua incorporação nas decisões judiciais.

A escolha do TJ-RJ justificou-se em razão da existência do Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT)<sup>40</sup>, resultado do convênio de cooperação entre o Tribunal Justiça do Estado do Rio de Janeiro e a Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Rio de Janeiro (SES-RJ), e que tem como objetivo subsidiar a tomada de decisão dos magistrados nesses processos judiciais, contra entre público, mediante pareceres técnico-científicos. A oferta deste tipo de assessoria na instância judicial se revelou como um laboratório privilegiado para observação do uso dos argumentos médicos e sanitários no processo decisório judicial.

### **3.4 - Métodos da pesquisa**

Para constituição do universo da pesquisa no TJ-RJ foram utilizados métodos quantitativos em dois momentos: (1) na definição do universo do estudo, por meio de uma amostra aleatória dos processos judiciais em saúde, iniciados no período pré-fixado e em andamento no TJ-RJ até outubro de 2010; (2) posteriormente, na

---

<sup>38</sup> “A distinção entre **enunciado normativo** e norma não é nova, mas recentemente tem sido sublinhada pela doutrina. De forma geral, o enunciado normativo corresponde ao conjunto de frases, isto é, aos signos linguísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional e descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, contida na Constituição ou na lei, ou extraída do sistema. Quando se trata de disposições constitucionais ou legais, o enunciado normativo corresponde ao texto, mas é perfeitamente possível haver enunciados implícitos ou que decorram do sistema como um todo (BARCELLOS, 2005, p.104).

<sup>39</sup> O enunciado normativo constitucional referido é o do art. 196 é: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e **recuperação**” (BRASIL, 1988).

<sup>40</sup> O NAT foi disponibilizado aos magistrados que atuam na primeira instância, nas Varas de Fazenda Pública, a partir de fevereiro de 2009, como projeto experimental e ampliado para atender todas as Varas de Fazenda Pública e algumas Câmaras do Tribunal de Justiça.

análise simples e conjunta de variáveis de interesses pré-definidas (BARBETA, 2004, p. 69 - 75).

O levantamento da jurisprudência local e nacional (acórdãos e súmulas) foi realizado nos seguintes Tribunais Superiores: Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (segunda instância), no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF). Os conjuntos de descritores pesquisados foram: “medicamento\$ e direito e saúde” e “medicamento\$ e evidência\$ e científica\$”, “medicamento\$ e direito e científica e saúde”, “prova pericial e medicamentos”, “laudo médico e medicamentos”. O período foi de 2009 a 2011. A busca documental no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro retornou um total de 50 documentos tendo sido selecionados 20 acórdãos. A busca no site do Superior Tribunal de Justiça retornaram 50 acórdãos sendo selecionado um total de 30. Por fim, a pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal resultou no retorno de 97 decisões e a seleção de 31 documentos, entre decisões monocráticas e acórdãos.

Foi também realizado levantamento bibliográfico nacional e internacional, acerca da temática referente ao uso da "evidência científica" no ambiente judicial, no período de janeiro de 2007 a dezembro de 2011. A busca à bibliografia nacional foi efetuada na base BVS Biblioteca Virtual em Saúde, Lilacs, Portal Capes, a partir dos seguintes descritores: judicialização e saúde, medicina baseada em evidência; judicial e saúde e evidência. Esta busca resultou em um total de 145 artigos científicos, teses e capítulos de livros.

Para a pesquisa da bibliografia internacional foi realizada uma estratégia de busca nas bases PubMed e Scopus com a equação (TITLEevidenceORdecision)AND(healthORdisease\*)ANDTITLE(courtsORlawORpolicyORrightsORlitigationORjurisprudence). Além dos critérios temáticos, geral e específico, e temporal referidos anteriormente, foram selecionados nessas bases os artigos de revisão, de pesquisa, teses e dissertações, pareceres legais, nos seguintes idiomas: português, espanhol, inglês, francês e italiano, que pudessem favorecer a análise e discussão dos dados empíricos, objeto principal do estudo. A busca bibliográfica internacional retornou um total de 840 documentos. Após a leitura dos *abstracts*, foram selecionados 45 artigos para leitura integral.

### **3.5 - Planejamento da pesquisa processual**

#### **3.5.1 – Universo e unidade de análise:**

O universo da pesquisa foi o conjunto de 3902 processos judiciais demandando prestações em saúde, em tramitação nas Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital<sup>41</sup> do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no período de 01 setembro de 2009 a 30 de outubro de 2010.

Foi utilizada como fonte a base de dados fornecida pelo Departamento de Informações Gerenciais da Prestação Jurisdicional (DEIGE), Divisão de Coleta e Tratamento de Dados (DICOL), do TJ-RJ. E selecionadas, desta base, as ações judiciais distribuídas<sup>42</sup> na primeira instância<sup>43</sup> da classe “direito administrativo e outras matérias de direito público”; subtipo “serviços” e “saúde”; e assuntos processuais (1) "Fornecimento de Medicamentos / Medicamento / Tratamento", (2) "Internação Hospitalar / Medicamento / Tratamento" e (3) “Tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos”.

A unidade de análise foi constituída pelo processo judicial individual.

Aplicaram-se os critérios de exclusão previstos para esta etapa metodológica: (01) processo cujo réu ou tipo de pedido não era referente a prestações de saúde (medicamento, internação ou tratamento médico-hospitalar) contra entes/autoridades públicas, gestores do Sistema Único de Saúde – excluídos 16 processos; (02) processos iniciados em plantão judiciário – excluídos 230 processos.

A primeira exclusão justifica-se pelo foco principal do estudo: análise dos processos referentes a prestações de saúde requeridas ao Sistema Único de

---

<sup>41</sup>**Comarca** é o nome de uma instância da divisão territorial do Poder Judiciário Estadual. Cada comarca compreenderá um município, ou mais de um, desde que contíguos, e terá a denominação da respectiva sede, podendo compreender uma ou mais varas. Por exemplo, a Comarca de Magé abrange o município de Magé e Guapimirim e localidades dos municípios como Santo Aleixo, Suruí, Guia de Pacobaíba, Inhomirim. Comarca da Capital é da Cidade do Rio de Janeiro e abrange todos os seus bairros. A Comarca da Capital reúne 44,4% das demandas judiciais do estado do Rio de Janeiro.

<sup>42</sup>A distribuição é o ato do serventuário da justiça que recebe o pedido judicial registra-o e realiza o sorteio eletrônico, que determinará um dos cartórios competentes responsável pelo processo judicial. Importante destacar que não é possível escolher o juízo que apreciará o pedido – o princípio do “juiz natural”.

<sup>43</sup> A Justiça de primeira instância é composta por juizes de direito, incumbidos de processar e julgar os feitos da competência de seu juízo/vara, como feitos cíveis, família, contra a fazenda pública etc.

Saúde<sup>44</sup>; os 16 processos excluídos referiam-se: 02 processos contra o Município do RJ, concernente à fiscalização das farmácias; 01 processo contra o Município do RJ, por erro médico em hospital municipal; 04 processos não possuíam réu, presumidamente por falha no banco de dados; 01 processo contra a Guarda Municipal do Rio e a SEMEG, plano de saúde particular que atende funcionários da prefeitura; 03 processos contra pessoas privadas, outra possível falha do banco de dados; 05 processos contra a Polícia Militar, relacionados ao serviço de saúde restrito aos policiais.

A justificativa para exclusão de processos de outras Comarcas, é que o Núcleo de Assessoria Técnica em Ações de Saúde (NAT) está instalado somente na Comarca da Capital. A exclusão dos processos do plantão judicial foi realizada porque identificados dois registros destes processos no banco cedido; um número atribuído no plantão judiciário, e outro registro atribuído pelo setor de distribuição quando o processo do plantão era encaminhado para uma das varas de fazenda pública, que lhe dará seguimento ordinário.

O resultado de 3656 processos das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital, distribuídos nas 11 (onze) Varas de Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro competentes para o julgamento das ações judiciais, objeto do estudo, conforme Tabela 1.

---

<sup>44</sup> O Sistema Único de Saúde não é uma pessoa jurídica e não possui personalidade jurídica própria. Portanto, as ações judiciais que visam cumprimento de prestação do SUS devem ser propostas contra os entes federativos e/ou as autoridades de saúde (gestores), por exemplo, o Secretário de Saúde nos casos de mandado de segurança que se discute abuso de poder. Os réus mais frequentes nas ações judiciais propostas no Estado do Rio de Janeiro são os entes federativos, estado e municípios.

Tabela 1 Distribuição processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo o cartório judicial e classificação. Etapa metodológica de composição do universo do estudo. Comarca da Capital, TJ – RJ, 01/09/2009 a 31/10/2010.

Instância judicial	Classificação			Total
	Medicamentos	Internação hospitalar	Tratamento ou Assistência Médico-Hospitalar	
1ª Vara da Fazenda Pública	62	75	137	274
2ª Vara da Fazenda Pública	69	69	141	279
3ª Vara da Fazenda Pública	69	64	137	270
4ª Vara da Fazenda Pública	58	63	145	266
5ª Vara da Fazenda Pública	63	89	146	298
6ª Vara da Fazenda Pública	71	62	132	265
7ª Vara da Fazenda Pública	61	72	129	262
8ª Vara da Fazenda Pública	54	75	150	279
9ª Vara da Fazenda Pública	66	78	160	304
10ª Vara da Fazenda Pública	57	65	132	254
13ª Vara da Fazenda Pública	68	82	161	311
14ª Vara da Fazenda Pública	67	90	139	296
15ª Vara da Fazenda Pública	68	79	151	298
<b>Total</b>	<b>833</b>	<b>963</b>	<b>1860</b>	<b>3656</b>

### **3.5.2 - Definição de amostra da pesquisa processual**

A partir deste universo procedeu-se ao cálculo de **amostra aleatória simples**, no qual todos os processos contaram com a mesma probabilidade de serem sorteados, com nível de confiança igual a 95%, alcançando-se o número de 347 processos sorteados, conforme demonstrado na Tabela 2. O cálculo da amostra foi estratificado por Vara de Fazenda Pública com o objetivo de se observar a atuação de cada uma delas, em relação ao uso do NAT e aplicação do conteúdo dos Pareceres técnico-científico.

Considerando-se os possíveis obstáculos para o acesso aos autos dos processos da amostra e o cronograma estabelecido para a coleta dos dados, foi

sorteada uma amostra reserva de 164 processos, estratificada por cartório e assunto processual.

**Tabela 2 Distribuição da amostra processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, na Comarca da Capital, do TJ – RJ, no período de 01/09/2009 a 31/10/2010, segundo cartório judicial e classificação. Etapa metodológica de composição da amostra do estudo.**

Instância judicial	Classificação			Total
	Medicamentos	Internação hospitalar	Tratamento ou Assistência Médico-Hospitalar	
1ª Vara da Fazenda Pública	6	7	13	26
2ª Vara da Fazenda Pública	7	7	13	27
3ª Vara da Fazenda Pública	7	6	13	26
4ª Vara da Fazenda Pública	6	6	14	26
5ª Vara da Fazenda Pública	6	8	14	28
6ª Vara da Fazenda Pública	7	6	13	26
7ª Vara da Fazenda Pública	6	7	12	25
8ª Vara da Fazenda Pública	5	7	14	26
9ª Vara da Fazenda Pública	6	7	15	28
10ª Vara da Fazenda Pública	5	6	13	24
13ª Vara da Fazenda Pública	6	8	15	29
14ª Vara da Fazenda Pública	6	9	13	28
15ª Vara da Fazenda Pública	6	8	14	28
<b>Total</b>	<b>79</b>	<b>92</b>	<b>176</b>	<b>347</b>

### **3.5.3. Pesquisa processual**

A pesquisa nos processos [347] da amostra envolveu mais cinco etapas: 1) consulta ao sítio do TJ-RJ da situação processual de cada um dos processos da amostra, com o propósito de identificar o momento em que estes se encontrariam disponíveis para consulta física e cópias, e seleção dos processos para coleta dos dados. 2) Fotografia integral dos documentos processuais existentes na data da consulta física aos autos do processo. 3) Aplicação do instrumento de coleta e

constituição do banco de dados. 4) Análise das frequências das variáveis a partir do bando de dados constituído. 5) Análise dos pareceres do NAT e decisões judiciais.

A pesquisa documental diretamente nos autos dos processos merece justificativa especial. As pesquisas anteriores realizadas no Rio de Janeiro utilizaram o banco de dados fornecido pelo TJ-RJ, que permite identificar todos os pedidos distribuídos em determinado período, com as informações processuais até a data da extração dos dados solicitados. A partir da numeração dos processos os andamentos processuais podem ser atualizados no sistema de informação eletrônica do TJ-RJ<sup>45</sup>, disponíveis para consulta na Internet.

A limitação da análise a partir das informações disponíveis na Internet é que os únicos documentos que se têm acesso integral são as liminares, os despachos interlocutórios<sup>46</sup>, as sentenças e acórdãos, isto é, os atos dos magistrados; e a movimentação processual, por exemplo, remessa à Defensoria Pública, ao Ministério Público. A análise da atuação das partes se dá de forma indireta, e a partir do relato do magistrado nos despachos interlocutórios, e nas sentenças que contém relatório com o registro das principais ocorrências processuais, os fundamentos, as questões de fato e de direito analisadas, e a decisão propriamente (o dispositivo da sentença) (BRASIL, 1973a). O acesso ao processo físico<sup>47</sup> amplia muito o potencial da pesquisa, que pode se estender para além das decisões e dos despachos judiciais, e considerar variáveis referentes aos dados sócio demográficos dos demandantes (idade, renda, local de residência); aspectos médicos e sanitários (prescrições e laudos médicos, origem etc); argumentos apresentados pelas partes, mas não

---

<sup>45</sup> PEPE, VLE. (coordenadora). VENTURA, M. (assistente de coordenação). *“A Judicialização no Acesso a Medicamentos no Estado do Rio de Janeiro. Um Olhar sobre o Essencial”*. Projeto financiado FAPERJ E-26/170.652/2007. Período 28/12/2007 – 28/12/2008. SCHRAMM, FR; PEPE, VLE (coordenadores) VENTURA, M. (assistente de coordenação). *“Judicialização da Saúde, Bioética e Saúde Pública: Uma proposta de análise e monitoramento da demanda judicial para o acesso a medicamentos, no Estado do Rio de Janeiro”* subprojeto do projeto de cooperação entre a Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca – ENSP/FIOCRUZ, e a Secretaria Estadual de Saúde e Defesa Civil do Estado do Rio de Janeiro (SESDEC), eixo temático *“Política Farmacêutica e Judicialização da Saúde”*; Período julho/2009 a agosto/2009. PEPE, V. (coordenação) Ventura, M. (assistente de coordenação). *“Judicialização e saúde pública: proposta de análise e monitoramento das demandas judiciais individuais para o acesso a medicamentos”*, edital MCT/CNPq/MS-SCTIEDECIT33/2007. Período julho/2008 a julho/2010.

<sup>46</sup> Os despachos interlocutórios decidem pontos relevantes para a solução da lide, como as decisões de antecipação de tutela, o deferimento de provas requeridas etc.

<sup>47</sup> Está em desenvolvimento a implantação do processo eletrônico, que prevê a digitalização de todos os documentos processuais. Algumas serventias da Justiça Federal já estão funcionando com este sistema. Em pouco tempo este tipo de pesquisa poderá ser realizada com mais facilidade a partir da análise dos processos diretamente do banco de imagem do Poder Judiciário. O processo eletrônico está previsto e regulamentado na Lei Federal n.º 11.419, de 19/12/2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial.

destacados pelo magistrado; e outros documentos apresentados e produzidos pelos demais participantes, como autor, réus, Ministério Público etc.

A presente Tese não somente buscou avançar na compreensão do procedimento judicial vinculado a temas da Saúde Pública, como, ao fixar os argumentos empíricos de natureza médica e sanitária como foco da pesquisa, tornou-se necessária uma análise na íntegra de alguns documentos-chave para esta observação, como: o parecer técnico do NAT, laudos e prescrições, tornando-se imprescindível a consulta direta aos autos do processo.

A partir da definição da amostra, iniciou-se, em março de 2011 a consulta da situação processual e a organização de uma planilha com os principais dados de identificação – cartório/vara, numeração única<sup>48</sup> – dos 347 processos da amostra e dos 164 processos da reserva, inclusive com um hiperlink para o sítio do TJ-RJ que disponibiliza o andamento processual. Com o acompanhamento do andamento processual via *internet*, passou a ser elaborado semanalmente um roteiro de trabalho de campo, com os autos disponíveis para consulta. Foram providenciadas, também, as solicitações de desarquivamento ao Arquivo Judiciário dos processos já findos da amostra.

O acesso das partes e dos interessados ao processo físico (autos do processo) em tramitação só é possível quando este aguarda a realização de algum ato processual em cartório. Esta etapa consistiu em uma das principais dificuldades da pesquisa. Como o pesquisador não é parte no processo, a consulta aos autos só é permitida quando este estiver aguardando em Cartório uma das partes cumprirem determinado ato. Assim, o trabalho de campo contou com dificuldades extras, que implicou em atraso no cronograma da pesquisa, em razão do número reduzido de processos disponíveis a cada dia, e as dificuldades no acesso aos autos no Cartório (retirada repentina dos autos do Cartório pelas partes, processo não encontrado,

---

<sup>48</sup> A implantação do sistema de numeração única no Poder Judiciário é resultado da Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, em atendimento à Resolução nº 12 do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de fevereiro de 2006, a qual cria o Banco de Soluções do Poder Judiciário. Esta padronização unificada da numeração processual, a ser mantida em todos os tribunais, tem com objetivos: facilitar o acesso às informações processuais e agilizar a prestação jurisdicional; facilitar a comunicação entre os órgãos do Judiciário e o acompanhamento dos processos pelo jurisdicionado, dispensando memorizações de vários números em processos de uma mesma demanda. A composição numérica, com vinte dígitos, se estrutura incluindo: números específicos para identificação de processos por unidade de origem, ano do ajuizamento do processo, órgão ou segmento do Poder Judiciário, Tribunal do respectivo segmento ou circunscrição judiciária (CNJ, 2011c).

longas filas para o atendimento no cartório etc). Na maior parte dos cartórios o acesso aos autos processuais foi realizado no balcão, à vista do andamento dos processos disponíveis e nos limites permitido por pessoa (alguns cartórios de três a quatro processos).

Apesar das dificuldades operacionais e do longo trabalho de campo – abril de 2011 a setembro de 2011 - o contato com os escrivães e demais serventuários e a vivência do cotidiano forense propiciou melhor compreensão dos dados coletados e da dinâmica da instituição judiciária local, na medida em que foi possível uma observação das práticas cotidianas das serventias cartorárias na condução das ações judiciais em saúde, de sua organização, dos encaminhamentos burocráticos, da atenção diferenciada às partes e seus representantes.

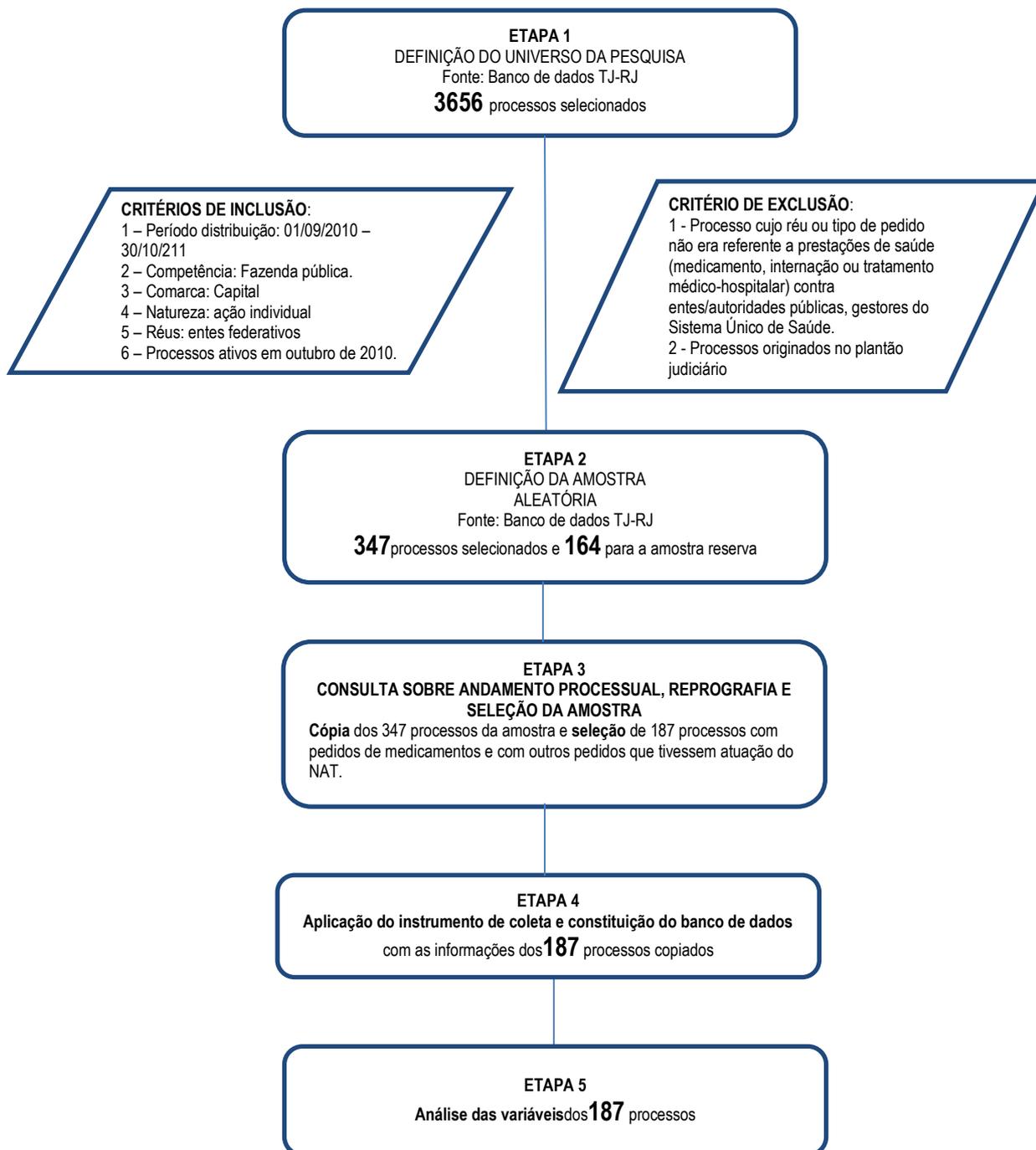
Esta primeira etapa foi realizada de abril a 30 de julho de 2011. Na segunda etapa, de 31 de julho a setembro de 2011, foram substituídos 51 processos utilizando-se a amostra reserva, considerando a mesma Vara de Fazenda Pública dos processos que se encontravam indisponíveis.

O total de 347 processos previstos na amostra foi integralmente fotografado, com o auxílio de dois assistentes de pesquisas, no estado em que se encontravam, e organizados por pastas, com as respectivas numerações processuais em ordem crescente de paginação, de maneira a constituir um banco de imagem para posterior análise e classificação. Os processos fotografados foram arquivados em local não acessível à rede.

#### ***3.5.4 - Construção do banco de dados para análise***

Durante a etapa de consulta e reprografia dos autos dos processos foi realizada uma primeira análise dos documentos, com seleção dos processos com pedidos de medicamentos e daqueles que tiveram atuação do NAT. Dos **347** processos da amostra, foram identificados **187** (53,9%) para aplicação do instrumento de coleta. A Figura 1 resume as etapas metodológicas da pesquisa processual.

Figura 2 Etapas Metodológicas da Pesquisa Processual nas Ações Judiciais individuais de assistência à saúde, contra ente público-Comarca Capital.



### **3.5.5 - Coleta e sistematização dos dados documentais**

Os dados foram coletados por meio do instrumento estruturado, com 106 questões fechadas e 30 abertas, buscando abarcar quatro (4) dimensões, conforme proposta de sistematização e padronização das variáveis, de estudos sobre demanda judicial de medicamento<sup>49</sup>.

A leitura dos principais documentos processuais no trabalho de campo e a organização do material permitiu uma análise prévia, com a identificação de núcleos argumentativos, fluxos e atos mais frequentes. Assim, as categorias de análise se desdobraram e foram adicionadas variáveis de interesse, além da formulação de questões fechadas, com as novas categorias e variáveis identificadas. Por exemplo, as alternativas para a resposta à questão “Razões sanitárias e/ou médico-científicas” do indeferimento da tutela antecipada, da sentença, ou alegada pelas partes, correspondem a argumentos que apareceram com maior frequência nos documentos, como: “medicamento não incluso em lista oficial”; “medicamento de responsabilidade de outro ente federativo, que não o Réu na ação”; “prescrição/laudo oriunda de unidades de saúde não pertencentes ao SUS”; “documento médico insuficiente/inadequado”; “medicamento sem evidência científica para a doença declarada; medicamento em pesquisa clínica”.

O instrumento de coleta foi construído e aperfeiçoado ao longo de todo o trabalho de campo. A formulação de questões fechadas, a ordenação e a sistematização dos dados não somente facilitaram a análise quantitativa, como também contribuíram na elaboração de um plano para a análise qualitativa do material.

Com o intuito de facilitar a alimentação do banco de dados foi elaborada uma máscara de entrada de dados, com uso do *software* Excel versão 2010, também

---

<sup>49</sup> Essa proposta é resultante do projeto coordenado pela Dra. Vera Lúcia Edais Pepe, desenvolvido durante o curso do doutorado como assistente de coordenação. O projeto foi financiado pelo Edital MCT/CNPq/MS-SCTIEDECIT33/2007, sob o título “Judicialização e saúde pública: proposta de análise e monitoramento das demandas judiciais individuais para o acesso a medicamentos”, cujo objetivo foi desenvolver uma metodologia de avaliação e monitoramento das demandas judiciais individuais no Brasil. Um dos produtos deste projeto é a publicação: Manual: Indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos, organizado por Vera Lúcia Edais Pepe e Miriam Ventura, com a colaboração de Claudia Garcia Serpa Osorio-de-Castro. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, 2011. Disponível para download no endereço [http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt\\_975659982.pdf](http://www4.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_975659982.pdf).

utilizada para a análise univariada e bivariada. A organização dos dados em planilha Excel também permitiu realizar leituras das respostas às questões na ordem cronológica dos acontecimentos – pedido inicial, decisão antecipando à tutela, contestação etc. – por processo, ou do conjunto de respostas à determinada questão por Vara.

O instrumento de coleta foi testado no mês de julho de 2011, e contou com o treinamento de dois estagiários de Direito (6º e 7º períodos), sendo que um havia participado da fase de cópia dos processos. Realizados os ajustes necessários e estabelecidos os critérios para preenchimento do instrumento, as informações foram digitadas e procedeu-se à análise estatística descritiva dos dados. A digitação dos dados foi empreendida de agosto de 2011 a novembro de 2011.

O instrumento final foi dividido da seguinte forma: (01) Características do processo. (02) Identificação dos autores. (03) Antecipação de tutela/liminar. (04) Agravo de instrumento do despacho de antecipação de tutela. (05) Características médico-sanitárias. (06) Contestação. (07) Produção de prova. (08) Atuação do Ministério Público (MP). (09) Sentença. (10) Apelação. (11) Atuação do NAT.

As variáveis de interesse e informações coletadas foram:

#### **Características processuais – 06 questões fechadas e 02 abertas**

- Vara de Fazenda Pública. Natureza da Ação;
- Tipo de procedimento na Primeira Instância;
- Classificação da ação segundo Assunto Processual conforme distribuidor judicial.
- Processo originário do plantão judiciário.
- Data da distribuição na Primeira Instância.
- Número de Réus/demandados na ação. Réus.

#### **Identificação dos autores – 15 questões fechadas e 01 aberta.**

- Identificação - CPF, renda mensal do autor ou quando dependente de seu responsável; data do nascimento; ocupação do autor ou seu responsável; residência (município, CEP e bairro)
- Benefícios legais (prioridade em razão de condição pessoal – idoso, deficiente, criança e adolescente; gratuidade de justiça)
- Número de autores na ação
- Identificação do representante judicial do autor (número da OAB no caso de advogado privado (dativo ou remunerado), representação/integrante de Organização da Sociedade Civil ou pela Defensoria Pública)

**Características médicas e sanitárias do pedido – 25 questões fechadas e 06 questões abertas.**

- Elementos da prescrição (número de medicamentos demandados, medicamentos pleiteado(s), nome genérico ou marca, origem da prescrição (local, endereço)).
- Pedido de medicamentos, insumos, equipamentos ou tratamentos futuros.
- Documentos médicos apensados ao processo (laudo médico, exames complementares, perícia médica).
- Elementos do laudo médico apensado ao processo (referência a tratamentos anteriores e exames complementares, tempo de evolução da doença, justificativa explícita para a prescrição; diagnóstico principal e secundário, insumos ou tratamento referido)
- Perícia médica realizada no curso do processo.
- Informações sobre o acesso ao medicamento pleiteado (tentativas anteriores no SUS, local, existência de cadastrado no SUS)
- Identificação do médico.

**Antecipação da tutela (liminar) 14 questões fechadas e 06 abertas**

- Exigências judiciais para a apreciação do pedido de antecipação da tutela (tipo e data da exigência, data do cumprimento da(s) exigência(s) pela parte).
- Elementos da decisão concessiva da antecipação de tutela (data da decisão, prazo para entrega do medicamento; medidas constritivas previstas e aplicadas contra o gestor no caso de descumprimento; adoção de argumentos/informações do parecer do NAT)
- Elementos da decisão que indeferiu a antecipação (razões sanitárias e/ou médico-científicas, adoção de argumentos/informações do parecer do NAT)
- Informações sobre o cumprimento da decisão (data do recebimento da intimação pelos gestores de saúde, data do fornecimento; existência de termo ou informação sobre a entrega)

**Atuação do NAT – 11 questões fechadas e 05 questões abertas complementares**

- Elementos do parecer do NAT (data, análise da prescrição e das informações médicas, alternativas apresentadas, informações sanitárias, médico-científicas e da regulamentação abordados no parecer, outras informações entes federativos responsáveis pelo fornecimento, endereço das unidades)
- Características dos processos que há atuação do NAT (tipo de pedido, classificação processual)
- Momento da atuação do NAT por objeto do pedido

**Agravo de instrumento (liminar) – 04 questões fechadas e 02 abertas.**

- Existência de recurso da decisão liminar e recorrente.
- Características do acórdão (data da decisão, objeto da reforma)

**Contestação – 06 questões fechadas e 03 abertas.**

- Elementos da(s) contestação(ões) (pedidos contestados; razões sanitárias e/ou médico-científicas)

**Produção de Prova – 05 questões fechadas.**

- Existência de requerimento, tipo de provas requeridas, requerentes, e deferimento pelo juízo.
- Tipo de provas produzidas.

**Atuação do Ministério Público (MP)** – 02 questões fechadas e 01 aberta.

- Existência de manifestação do MP no processo.
- Casos em que o MP foi chamado a se manifestar.
- Características do parecer do MP (favorável ao pedido, incorporou recomendação do parecer NAT, formulou exigências)

**Sentença** – 08 questões fechadas e 02 abertas

- Características da sentença (data, pedido(s) indeferido(s), razões sanitárias e/ou médico-científicas do indeferimento, incorporação de recomendação do parecer do NAT na decisão, reconhecimento de solidariedade dos Réus, condena de prestação genérica, fundamento legal da decisão).

**Apelação** – 10 questões fechadas e 2 abertas.

- Existência de recurso da sentença (número e identificação dos recorrentes, data da autuação na segunda instância)
- Características do acórdão (objeto da reforma; razões sanitárias e/ou médico-científicas, órgão julgador, data decisão na segunda instância, fundamento legal)
- Existência de recurso contra o acórdão da segunda Instância

### **3.5.6 - Análise dos dados**

O estudo empreendeu quatro tipos de análise: 1) Análise quantitativa das principais características dos demandantes, atuação das partes (instituições participantes do procedimento judicial) e dos elementos argumentativos; 2) Análise temporal dos principais atos judiciais; 3) Análise quantitativa dos principais elementos médicos e sanitários; 4) Análise qualitativa dos argumentos jurídicos e médico e sanitários nos processos com atuação do NAT e nos quais foram identificadas controvérsias em torno da terapêutica requerida.

Em linhas gerais, foi analisado o fluxo dos processos judiciais e o conteúdo dos principais atos dos participantes para a compreensão de três aspectos do procedimento: em relação aos indivíduos participantes, às exigências formuladas como condições ou regras referentes ao procedimento; e ao próprio processo de decisão. Como o foco do estudo foi à descrição do uso do argumento médico e sanitário na decisão judicial, as análises dos pareceres técnico-científicos do NAT e das decisões judiciais foram aprofundadas.

A análise quantitativa dos elementos foi realizada inicialmente, por meio da frequência simples de todas as variáveis, para descrever as principais características

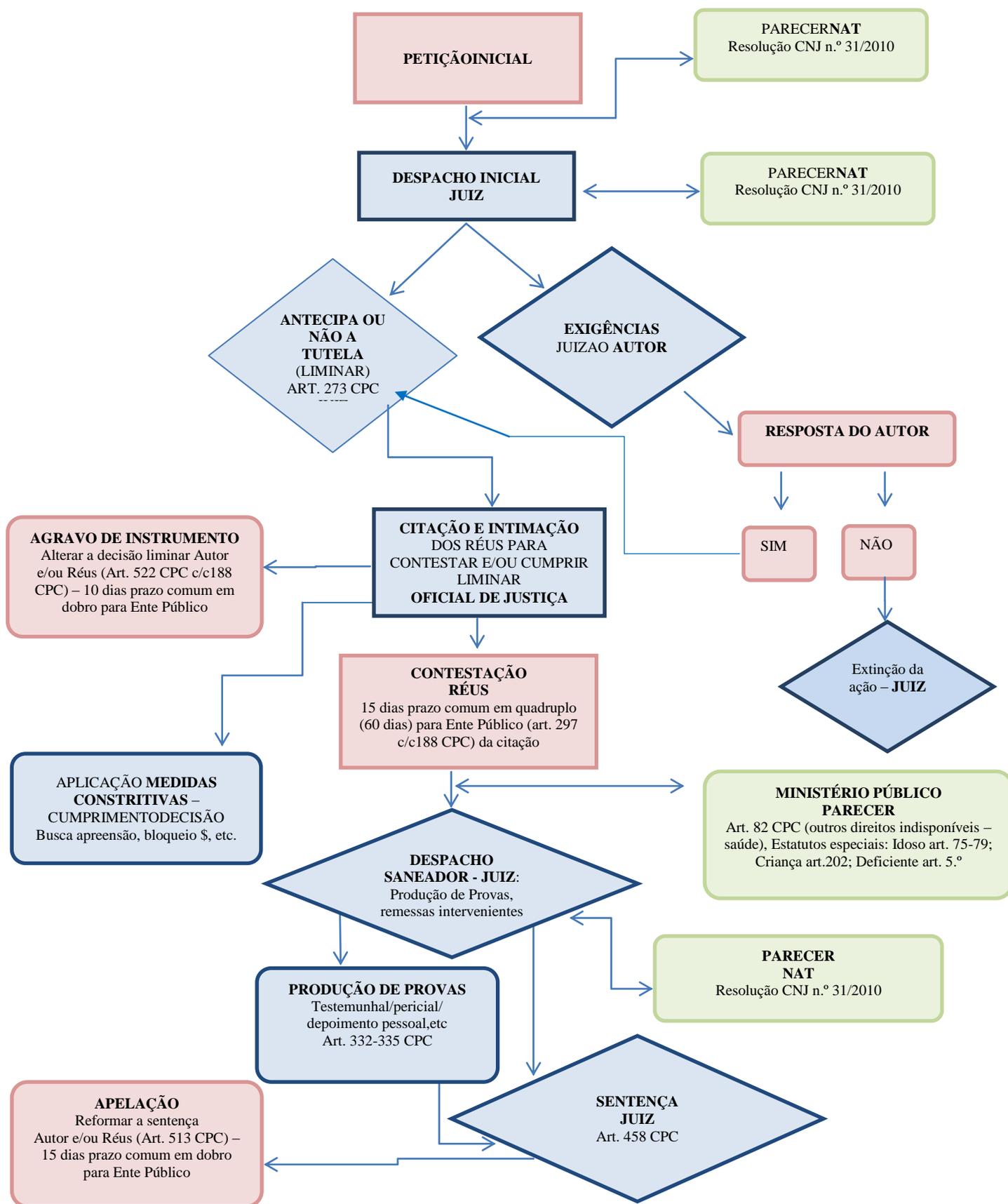
processuais das ações judiciais. Como o tempo de tramitação constitui relevante aspecto neste tipo de ação judicial, foram empreendidos alguns cruzamentos, como: data de distribuição do processo e data da concessão da liminar; data da concessão da liminar e data da sentença em primeira instância; data de entrada na segunda instância e data de finalização do processo; data da distribuição e de finalização do processo. No que tange aos elementos médicos e sanitários, foram realizados cruzamentos entre fármacos e diagnóstico; fármacos e autores. No que concerne à atuação dos participantes, foram analisados os tipos de representação jurídica do autor; se houve ou não atuação do NAT, se ocorreu ou não pedido de perícia ou outras provas, e a atuação do MP.

A frequência dos principais elementos argumentativos relevantes ao tema do estudo também foram quantificados nas decisões judiciais (antecipação da tutela, sentença e acórdãos); nos recursos interpostos, com o propósito de suspender os efeitos e/ou revogar a decisão concessiva de antecipação da tutela (agravo de instrumento); nas contestações dos réus; nos pareceres do NAT e do MP, com recursos das partes e documentos probatórios; a fundamentação e justificação da sentença e/ou acórdão.

A partir desta análise geral foi possível identificar as circunstâncias nas quais os pedidos dos requerentes foram concedidos, as divergências e as convergências interpretativas entre os participantes no processo judicial e, finalmente, aprofundar o aspecto central do estudo.

A Figura 3 resume o fluxo de análise do procedimento judicial das demandas em saúde, elaborado, após análise preliminar dos principais atos processuais identificados, como subsídio para o plano de análise do estudo. Os atos dos juízes foram representados na cor azul, as atuações das partes (autor e réus) foram designadas em rosa, e em verde a atuação do Ministério Público e do NAT, como intervenientes.

Figura 3 - Fluxo dos Principais Atos Processuais dos Processos Judiciais individuais de assistência à saúde, contra ente público – Comarca Capital – Comarca Capital – TJ-RJ, na amostra de processos iniciados e em tramitação no período de setembro de 2009 a outubro de 2010.



### **3.5.7. Aspectos éticos da pesquisa**

O acesso às informações dos processos judiciais é legalmente público, exceto os que tratam de causas de família, ou que, excepcionalmente, o juiz estabelece o segredo de justiça.

Apesar do caráter público desses documentos e informações disponibilizados, considerou-se a possibilidade de que aspectos da vida pessoal, como a condição de saúde, dos requerentes nos processos judiciais, pudessem ser revelados, e esta revelação causar algum tipo de dano ou constrangimento. Nesse sentido, seguiu-se a Resolução 196/1996 do Conselho Nacional de Saúde e o Regimento Interno do Comitê de Ética em Pesquisa (CEP/ENSP) quanto às normas éticas em pesquisas em seres humanos, excluindo-se as identificações dos requerentes.

A propriedade dos dados coletados e a responsabilidade por sua guarda é da pesquisadora, que para garantir o sigilo e a confidencialidade dos dados dos demandantes adotou medidas de segurança no armazenamento das fotografias dos processos analisados, arquivados em local não acessível à rede, e devidamente protegido por senha.

O projeto de pesquisa foi submetido à deliberação do CEP institucional e teve a seguinte deliberação:

“O objetivo do comitê de ética em pesquisa é conferir proteção ao sujeito de pesquisa. Segundo a pesquisadora, os sujeitos eleitos para a pesquisa em análise figuram como demandantes em processos judiciais. Segundo esta, os processos judiciais em que constam os dados pessoais dos demandantes, salvo exceções, estão expostos às consultas públicas. Compreende que sua pesquisa não oferece riscos aos sujeitos da pesquisa, visto que não pode haver quebra de confidencialidade, pois os dados pessoais estão acessíveis ao público. Considera o CEP/ENSP que, para além da exposição pública dos dados pessoais pelo Poder Judiciário, o qual é divulgado para atender uma finalidade em determinado contexto, há o risco de uso indevido ou indesejado das informações pessoais dos demandantes através da pesquisa, e assim sofrer prejuízos de ordem moral. Mas, a pesquisadora compreende a importância e necessidade de preservação dos dados pessoais dos sujeitos da pesquisa e para tanto se compromete a anonimizar a amostra de estudo a fim de não identificar os sujeitos na divulgação dos resultados da pesquisa. Portanto, dado o acesso público aos dados pessoais dos sujeitos e o compromisso da pesquisadora em não divulgar na pesquisa os dados pessoais dos sujeitos envolvidos, o CEP dispensa a apresentação do termo de consentimento livre e esclarecido. Prof.<sup>a</sup> Ângela Esher, Coordenadora Adjunta, Comitê de Ética em Pesquisa CEP/ENSP Matr. 1355884”. Rio de Janeiro, 21 de fevereiro de 2011.

## **PARTE II - RESULTADOS E DISCUSSÃO**

### ***CAPÍTULO 4 – OS PARTICIPANTES DO PROCESSO JUDICIAL***

#### ***4.1 - O perfil dos autores e seus representantes:***

A informação sobre a renda familiar ou individual do demandante, ocupação, nível de instrução e outras, podem melhor definir a população demandante. Mas, essas informações são praticamente ausentes nos estudos sobre demandas judiciais em saúde contra ente público (SANT'ANA, 2009; PESSOA, 2008). A ausência pode ser justificada em razão das dificuldades de acesso a esses dados, que só é possível por consulta ao processo físico.

A maioria dos estudos tem buscado superar as dificuldades de definição deste perfil por inferência, com informações processuais, disponíveis nos bancos de dados dos Tribunais, como as de representação judicial dos requerentes, se por advogado privado ou defensoria pública. Alguns estudos buscam combinar esta análise com outra variável, como a referente à origem da prescrição médica, também só disponíveis nos processos físicos ou no relatório da sentença, este segundo disponível nos *sites* dos Tribunais.

A conclusão desses estudos em diferentes regiões sugerem resultados diversos. Em São Paulo e Minas Gerais as pesquisas concluem que os demandantes são aqueles com melhores condições socioeconômicas, por serem os demandantes representados por advogados privados (CHIEFFI, BARRADAS, 2009; VIEIRA, ZUCCHI, 2007; MARQUES, DALLARI, 2007; PEREIRA, 2007; MACHADO et al., 2011). Os estudos do Rio de Janeiro e Distrito Federal sugerem o inverso e apontam que os demandantes são representados por Defensoria Pública (ROMERO, 2008; SANT'ANA, 2009, VENTURA et al., 2010; PEPE, 2010; ANIS, 2011).

Os que entendem que os dados analisados indicam demandantes com menor exclusão social formulam críticas à judicialização da saúde, no sentido que este fenômeno poderia agravar a iniquidade no acesso à saúde. Nesse sentido, defendem que a intervenção judicial deveria se limitar a obrigar os entes públicos ao fornecimento de terapêuticas já incluídas nas políticas e programas públicos de

assistência, evitando-se desigualdades no acesso e transtornos para a gestão de saúde. (BARROSO, 2009).

Em trabalho anterior (PEPE et al., 2010; VENTURA et al., 2010), apontou-se a necessidade de que essas análises considerassem outros aspectos locais contextuais, como a presença de Defensoria Pública na região, a prática da advocacia dativa por advogado privado, e se o demandante tinha o benefício da gratuidade de justiça concedido pelo Poder Judiciário. Além dos esforços para obter-se dados socioeconômicos dos demandantes. A ausência desses elementos na análise poderia estar causando equívocos de inferência descritiva e/ou causal, com implicações negativas, considerando a importância desses estudos na definição de políticas públicas. Este tipo de equívoco é bastante comum em estudos empíricos sobre o mundo legal (RIBEIRO, 2010, p. 72)

As condições de vida dos requerentes é um aspecto importante na argumentação jurídica, no sentido que ser hipossuficiente constitui um dos parâmetros materiais adotados que justifica, ética e legalmente, a atuação judiciária no âmbito das políticas públicas (SOUZA NETO, 2008, p. 539). Outra linha argumentativa, também utiliza este parâmetro material, e defende a intervenção do judiciário nas políticas, considerando o dever do poder público fornecer aos cidadãos um mínimo existencial, que lhe assegure condições materiais de vida, em face da necessidade comprovada (SARMENTO, 2008, p. 574).

Este estudo pode avançar no delineamento do perfil do demandante, ao verificar e indicar um conjunto de variáveis, composto pela renda mensal do autor ou de seu representante legal, quando dependente; ocupação; reconhecimento do benefício da gratuidade de justiça; tipo de representação judicial do autor, e se esta representação tem origem em organização da sociedade civil<sup>50</sup>, e a origem do atendimento médico.

O bairro de domicílio dos demandantes não foi considerado, dada a impossibilidade de aprofundar a informação, e identificar se o demandante residia em comunidades mais empobrecidas dos bairros ou não. Esta é uma forte

---

<sup>50</sup> Alguns estudos apontam a prevalência de pedidos encaminhados por meio de organizações da sociedade civil, algumas com a finalidade de luta por direitos de portadores de determinadas patologias. Esta predominância em contextos locais podem determinar o perfil do demandante e as características do medicamento pleiteado (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005).

característica urbana do Município do Rio de Janeiro e desconsiderá-la poderia causar distorção na análise. O município de domicílio do autor também não foi considerado, por tratar-se de amostra de processos em tramitação na Comarca da Capital, com predomínio de moradores do município do Rio de Janeiro, em razão das regras de competência e organização judiciária.

A Tabela 3 evidencia a renda mensal dos autores e/ou de seus provedores, quando dependentes, na amostra estudada. Dos 136 processos que continham esta informação, 78,67% [107] dos demandantes comprovaram renda igual ou inferior a três salários mínimos. As declarações de hipossuficiências afirmadas pelos próprios autores e juntadas nos autos, em 54 processos, para fins de gratuidade de justiça e/ou assistência judiciária gratuita não foram consideradas no cálculo abaixo, por não constar o valor da renda especificado. A renda média apurada foi de R\$ 1.313,32 e a mediana de R\$ 633,82, com desvio padrão de R\$ 1.750,40.

Tabela 3 Distribuição processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo renda\* do demandante ou seu representante legal, quando dependente. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Renda</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
<0,5salários mínimos	4	2,9
>0,5-1 salários mínimos	48	35,3
>1-3 salários mínimos	55	40,4
>3-5 salários mínimos	14	10,3
>5-7 salários mínimos	7	5,1
>7-9 salários mínimos	4	2,9
>9 -11 salários mínimos	1	0,7
>11 salários mínimos	3	2,2
<b>Total</b>	<b>136</b>	<b>100,0</b>

\*SM=Salário Mínimo = R\$510,00

\*\*Sem Informação em 54 processos – declaração de hipossuficiência

Fonte: TJ-RJ elaboração própria

Em relação à ocupação dos autores, como demonstra a Tabela 4, uma expressiva parcela da população demandante (38,01%) sobrevive de recursos da previdência social, como aposentadoria 32,7% [58] e pensão 5,6% [10]. 18,77% [33] declaram-se do lar e 6,77% [12] em situação de desemprego.

Tabela 4 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público segundo ocupação do autor ou de seu representante legal, quando dependente, Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Ocupação</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Aposentado(a)	58	32,7
Do lar	33	18,7
Desempregado(a)	12	6,7
Pensionista	10	5,6
Estudante	6	3,5
Doméstica	5	2,8
Comerciário(a)	5	2,8
Motorista	4	2,2
Auxiliar Administrativo	4	2,2
Professor(a)	3	1,8
Outros	37	21,0
<b>Total</b>	<b>177</b>	<b>100,0</b>

\*Não foi possível obter a informação em 10 processos (5,3%) dos 187 analisados.  
Fonte: TJ-RJ elaboração própria

O expressivo percentual de 78,67% [107] do total de 136 processos, ter renda igual ou inferior a 3 salários mínimos, combinado com os dados de ocupação evidenciam que a maior parte população demandante é empobrecida, considerando a realidade socioeconômica do Município do Rio de Janeiro. Se observado o número de processos sem informação exata sobre a renda, identificada apenas declaração de que não possuem renda [54] esta população carente se amplia.

Observou-se, também, que 84,7% dos atendimentos que geraram as demandas judiciais foram realizadas no setor público de saúde, conforme indicado na Tabela 5:

Tabela 5 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público segundo o local de atendimento médico do demandante. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Local do atendimento médico</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Administração Direta SUS	87	46,0
Hospital Universitário	49	26,5
Unidades privadas	28	15,0
Unidades conveniadas SUS	23	12,5
<b>Total</b>	<b>187</b>	<b>100,0</b>

Fonte: TJ-RJ elaboração própria

Um aspecto a considerar é que uma parcela desta população possa ter um duplo atendimento (público e privado) e que não pode ser identificado na pesquisa, que extraiu este dado da prescrição médica. Mas, em um dos processos analisados foi possível constatar este “mix público-privado”, quando o juiz requer a apresentação de prescrição médica do SUS, e a autora junta receita SUS (da administração direta) firmada pela mesma médica que a atendeu na rede privada.

Apesar das limitações apontadas, o estudo concluiu que as informações disponíveis sobre renda ocupação e origem do atendimento médico delineiam fortemente uma população carioca demandante sem recursos para arcar com os custos de seus tratamentos e/ou de seus dependentes, e dependente dos programas públicos de assistência.

A identificação de grupos etários específicos na população demandante é uma variável muito importante no âmbito sanitário, por ser capaz de indicar inadequações de prescrição, perfil epidemiológico local, ausências e deficiências de políticas e ações de saúde específicas. No âmbito social a faixa etária também pode indicar vulnerabilidades específicas, que merecem especial tutela do estado. A Tabela 6 mostra a distribuição por faixa etária.

Tabela 6 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo faixa etária. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Faixa etária</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
<1 <sup>a</sup>	4	2,1
1 - 9 a	15	8,0
10-14 <sup>a</sup>	8	4,3
15-19 <sup>a</sup>	9	4,8
20-29 <sup>a</sup>	11	5,9
30-39 <sup>a</sup>	20	10,7
40-49 <sup>a</sup>	20	10,7
50-59 <sup>a</sup>	30	16,0
60-69 <sup>a</sup>	27	14,4
70-79 <sup>a</sup>	24	12,8
>=80 <sup>a</sup>	18	9,6
<b>Total</b>	<b>186*</b>	<b>100,0</b>

\* 01 sem informação, documento ilegível

Fonte: TJ-RJ elaboração própria

O predomínio de pessoas com mais de 50 anos [52,89%] na população demandante pode ser relacionado ao fenômeno demográfico do envelhecimento da população brasileira. Nesse sentido, este dado confirma a necessidade de ampliação de políticas e ações específicas para este grupo.

Há três leis federais que estabelecem tutelas jurídicas especiais de proteção a determinados grupos populacionais. As tutelas especiais incluem a prioridade no acesso à rede de serviços de saúde, assistência social, e atendimento imediato e individualizado, junto aos órgãos públicos (inclusive no Poder Judiciário) e privados prestadores de serviços à população. São elas: o Estatuto do Idoso - Lei Federal n.º 10.741, de 01/10/2003; o Estatuto da Criança e Adolescente, Lei Federal n.º 8.069, 13/07/1990; e o Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiências (Lei Federal n.º 7.853, 24/10/1989). Este tipo de prioridade também é relevante na condução das ações judiciais, uma vez que as respectivas leis determinam a prioridade no encaminhamento do processo, podendo reduzir seu tempo de tramitação, e, em alguns casos, exige atuação do Ministério Público, como fiscal do cumprimento da lei nos casos de pessoas vulneráveis. A Tabela 7 evidencia os processos com prioridades legais:

Tabela 7 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo prioridade de justiça do autor da ação. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Prioridade de Justiça</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Não	80	42,8
Sim. Pessoa idosa	63	33,7
Sim. Criança/Adolescente	24	12,8
Sim. Pessoa portadora de deficiência.	12	6,4
Mais de uma prioridade (idoso+deficiência, criança+deficiência)	8	4,3
<b>Total</b>	<b>187</b>	<b>100,0</b>

Fonte: TJ-RJ elaboração própria

Observou-se que o número de processos [69] de demandantes com mais de 60 anos (Tabela 6), definido pela lei como idoso, não corresponde ao número de processos com prioridade “idoso”[63] mesmo somando-se os 02 processos que constam dupla prioridade (portador de deficiência e idoso). O não reconhecimento da prioridade legal de uma parcela de idosos pode ser explicado pela ausência de requerimento deste benefício pelo representante do autor. No caso dos autores

crianças e adolescentes igualmente o número total de pessoas nesta fase etária não corresponde ao número total de prioridades reconhecidas em razão desta condição, e pode ser explicado também pelo não requerimento da parte desta prioridade.

Esta variável contou com um aspecto relevante: a possibilidade de identificação de pedidos de prioridade relativos às pessoas deficientes. O dado revelou a diversidade de deficiências e de faixas etárias dos portadores que a prioridade legal foi reconhecida pelo juízo. Dos 12 demandantes, foram identificados 05 adultos de 32 a 56 anos, 04 jovens de 21 a 28 anos, 01 idoso (63 anos), 1 criança com 06 anos e 1 adolescente de 16 anos. Dos oito processos com mais de uma prioridade legal, 06 tratavam de criança com deficiência e 2 de pessoas idosas. O predomínio no conjunto de pessoas adultas alerta para necessidades outras em relação às políticas sociais previdenciária, trabalhista e de assistência social, merecendo este aspecto aprofundamento. Ainda que não tenha seja possível realizar inferências causais a partir desse resultado, o dado aponta avanços no reconhecimento social da condição especial de deficiente no processo judicial, e possíveis relações positivas entre a lei tutelar e avanços nas políticas de atenção deste segmento.

#### **4.1.2 - Quem fala pelos demandantes?**

Identificar quem representa os autores, além de um dado importante no delineamento do perfil socioeconômico, é fundamental para análise das falas dos reivindicantes, à vista da regra processual que exige representação de profissional habilitado para a defesa em juízo, nos casos não atendidos pelos juizados especiais (pequenas causas). Assim, o representante processual do autor pode revelar mais do que a situação socioeconômica do demandante. Como responsável pela tradução da demanda e a formulação da estratégia jurídica para o alcance do objetivo, que admitem diferentes modos de operacionalização do direito. Por exemplo, se o representante é advogado de associação específica de defesa de direitos, pode indicar mobilização social em torno de determinada reivindicação, e que aquela ação individual seja uma tentativa de “caso paradigmático” ou uma litigância individual de interesse coletivo, com o propósito de avançar nas políticas, no caso brasileiro há alguns exemplos deste tipo de mobilização (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2005; HOFFMANN, BENTES, 2008); ou apontar interesses de

comercialização de determinado produto; ou ainda, revelar que em determinado local há melhores canais de interlocução da população com determinadas instituições públicas de acesso à justiça, como a Defensoria Pública, ou a rede de escritórios de advocacia mantidos pelas Faculdades de Direitos, ou organização de advogados de direitos humanos “pro bono” (dativo)<sup>51</sup>.

O predomínio de ações judiciais patrocinadas pela Defensoria Pública no Estado do Rio de Janeiro tem sido um aspecto revelador do perfil do demandante no estado e da atuação desta instituição no acesso à justiça e ao sistema público de saúde, observado em estudos locais anteriores (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; BORGES, 2007, PEPE et al., 2009, PEPE et al., 2010 a). Fora o Rio de Janeiro somente os estudos do Distrito Federal revelam a Defensoria Pública como principal representante legal dos autores (ROMERO, 2008, ANIS, 2011). Estudos realizados em outros estados, como São Paulo, Santa Catarina e Minas Gerais referiram que a maior parte das ações foi conduzida por advogados particulares, mas não informam se advogados dativos ou beneficiários da gratuidade de justiça (CHIEFFI, BARATA, 2009; VIEIRA, ZUCCHI, 2007; MARQUES, DALLARI, 2007; PEREIRA, 2007; MACHADO et al., 2011).

Este estudo confirmou a predominância da representação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro responsável por 71,7% [134] do total [187]. A atuação de advogados privados dativos (gratuitos) também é expressiva, 18,2%[34] e, apenas, 10% [19] da demanda é conduzida por advogado privado.

Buscou-se aprofundar uma possível relação entre a advocacia dativa e a atuação de organizações da sociedade civil, tendo sido identificados apenas 07 processos [3,7%] do total [187], com esta informação. As organizações identificadas foram: Associação dos Ativos, Inativos e Pensionistas das Polícias Militares, Brigadas Militares e Corpos de Bombeiros Militares do Brasil – ASSINAP; Associação dos Renais e Transplantados do RJ – ADRETERJ; Instituto Brasileiro dos Direitos da Pessoa com Deficiência – IBDD; Associação de Proteção da Honra e da Dignidade do Consumidor - APRODIC; Sempre Vita – Nutrição. Assim, merece aprofundamento a relação desses advogados dativos com sua clientela.

---

<sup>51</sup> No Brasil a iniciativa do Instituto Pro Bono é reveladora da potencialidade desta estratégia de apoio jurídico popular da sociedade civil organizada. Ver <http://www.probono.org.br/advocacia-pro-bono>

A estruturação da Defensoria Pública é considerada constitucionalmente (art. 134 da Constituição Federal Brasileira) como uma instituição essencial à realização da Justiça. A assistência jurídica gratuita oferecida por esta instituição, tal qual o direito à saúde, constitui um direito fundamental do cidadão e dever do Estado, previstos constitucionalmente. Representa uma das conquistas no acesso da população ao Judiciário e sua atuação tem sido relevante na garantia do acesso à saúde. Para melhor compreensão das diferentes análises que indicam atuação inexpressiva da Defensoria Pública em outros estados é importante descrever alguns aspectos da organização desta instituição, e os diferentes critérios locais adotados para o acesso à prestação deste serviço.

A criação e organização das Defensorias Públicas são predominantemente de competência estadual. A Defensoria Pública Federal<sup>52</sup> foi recentemente implantada, para atender às demandas contra entes federais. Na ausência de Defensorias Públicas verifica-se a prestação de advocacia dativa, para os hipossuficientes, realizada por advogados privados, pagos pelo poder público, por meio de convênios com instituições que prestam este serviço, são as denominadas Defensorias Dativas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro é uma instituição bem antiga, sua criação data do ano de 1954 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009) e está prevista na *Constituição Estadual* desde 1975, antes da garantia na Constituição Federal. A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGE-RJ)

é responsável pelo patrocínio de cerca de 80% das ações em curso no Poder Judiciário do Estado, atuando em todas as instâncias judiciais, junto aos órgãos do Poder Judiciário; em Núcleos regionais para primeiro atendimento e aconselhamento jurídico, e em Núcleos Especializados para o atendimento em temas específicos.<sup>53</sup>

A Defensoria Pública no Estado de São Paulo, por exemplo, somente foi instituída em 2006; e o Estado de Santa Catarina não possui, até o momento, Defensoria Pública<sup>54</sup>. Na última pesquisa disponível, também, não constava

---

<sup>52</sup> A Defensoria Pública Federal foi criada pela Lei Complementar n.º 80, de 12/01/1994, alterada recentemente pela Lei Complementar n.º 132, 07/10/2009.

<sup>53</sup> <http://www.rj.gov.br/web/dpge/exibeconteudo?article-id=142851>

<sup>54</sup> Conforme notícia no sítio do CNJ “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Defensoria Pública da União (DPU) participam de audiência pública na Assembleia Legislativa de Santa Catarina, nesta terça-feira (12/7), para discutir a criação da Defensoria Pública do Estado. Santa Catarina é o único estado que ainda não tem o órgão, previsto na Constituição Federal de 1988” (CNJ, 2011a).

convênios do estado com instituições para Advocacia Dativa (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

No Estado do Rio de Janeiro e no Distrito Federal, locais que predomina a representação da Defensoria Pública, a hipossuficiência econômica da pessoa é condição avaliada individualmente, por meio de análise documental e declaração pessoal do requerente, sobre suas necessidades. Em outros estados, como São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, um dos critérios para acesso à Defensoria Pública consiste em renda familiar máxima de três salários mínimos (Ministério da Justiça, 2009). O critério para atendimento pela Defensoria Pública Federal é o acesso automático para aqueles que comprovarem um ganho até o limite de isenção do imposto de renda, e para aqueles com ganho superior a esses limites, comprovação da incapacidade de efetuar pagamento de advogado, mediante comprovantes do comprometimento do sustento próprio ou da família.<sup>55</sup>

Outro aspecto importante da atuação da Defensoria Pública do Rio de Janeiro concerne à existência de acordo interinstitucional entre esta instância e a SESDEC-RJ. O acordo estabelece que a Defensoria Pública verifique a viabilidade de fornecimento do medicamento por via administrativa antes do ajuizamento do processo, em especial, dos fármacos previstos nas listas oficiais. A análise dos resultados deste acordo não foi objeto desta pesquisa, mas pode se observar na análise documental uma alta frequência de juntada de ofícios-respostas da SESDEC-RJ a Defensoria Pública sobre o bem demandado.

No instrumento de coleta de dados deste estudo foi incluída uma questão acerca da tentativa do autor da ação de obter o bem ou serviço demandado junto ao SUS antes de ingressar com o processo judicial. Procedeu-se então uma análise combinada desta variável com a variável sobre a representação processual do autor. O resultado apontou que, dos 134 processos com atuação da Defensoria Pública, em 105 [78,35%] havia declaração de tentativas de obtenção do bem pleiteado antes da propositura da ação judicial. A partir desta combinação pode-se deduzir que há uma preocupação desta instituição na resolução do conflito extrajudicialmente, especialmente, junto ao gestor estadual com quem mantém acordo de cooperação, à vista da frequência da juntada dos ofícios-respostas, e do

---

<sup>55</sup> Conforme informação obtida no endereço <http://www.dpu.gov.br/> acessado em janeiro, 2011.

percentual significativo de tentativas extrajudiciais declaradas no processo. Também se pode deduzir que a propositura da ação só foi realizada após esta tentativa.

#### **4.1.3 - O reconhecimento da hipossuficiência da população demandante pelo Judiciário**

Outra variável importante na análise do perfil do demandante é o **benefício da gratuidade de justiça**, que dá consistência aos dados apresentados anteriormente, no sentido do Judiciário atender a uma classe econômica menos favorecida. Este benefício depende da caracterização hipossuficiência econômica do autor processual, nos termos do art. 2º, par. único, da Lei nº 1.060/50, que exige que o reivindicante comprove não possuir condições de arcar com as despesas processuais e advocatícias, sem prejuízo de seu sustento e de sua família. Os beneficiários da gratuidade de justiça são representados por advogados dativos ou por defensores públicos estatais.

Este estudo constatou que, no Rio de Janeiro, em apenas 03 casos, não foi concedida a gratuidade de justiça e que, em 98,4% [184] os demandantes foram reconhecidos pelo Poder Judiciário como hipossuficientes economicamente, independentemente do tipo de representação judicial. Mesmos aqueles com advogados privados tiveram o reconhecimento da gratuidade de justiça, o que implica, por determinação legal (art. 3.º V da Lei n.º 1060/50) que esses advogados atuem como dativos, ou seja, não cobrem honorários advocatícios.

Esta variável permite evidenciar, mesmo que timidamente, uma característica pessoal do demandante, bem como a correlação entre acesso à justiça e a efetividade do acesso a medicamentos, considerando o tipo de processos judiciais analisado.

Em relação ao acesso à justiça, é importante ressaltar que o Estado democrático de direito pressupõe a existência de canais sólidos de exercício do direito de ação via Poder Judiciário, caso o cidadão entenda que houve lesão ou ameaça de violação a algum direito. E, para o exercício deste direito, a concessão da gratuidade de justiça significa, por inúmeras vezes, sua própria viabilidade, especialmente diante de uma população empobrecida. Assim, a assistência jurídica gratuita oferecida pelas Defensorias Públicas dos estados e o benefício da

gratuidade de justiça constituem, tal qual o direito à saúde, um direito fundamental do cidadão e um dever do Estado previstos constitucionalmente. A diferença é que, no SUS, a gratuidade é pressuposto do acesso, enquanto que, no sistema justiça, a gratuidade somente será concedida se houver comprovação da necessidade econômica do autor, podendo inclusive ser impugnada pela parte contrária.

#### **4.2 - Atuação do Ministério Público e a proteção dos direitos individuais na saúde.**

A atuação do Ministério Público nos processos individuais que envolvem assistência terapêutica não tem sido apontada nos estudos sobre o tema. A maioria das pesquisas que tratam sobre judicialização da política ressalta a atuação desta instituição nas ações civis públicas (WERNECK VIANNA et al., 1999; ARANTES, 1999, 2002; SADEK, 1997, 2009). Na pesquisa de campo constatou-se uma intensa participação do Ministério Público nos processos analisados, e buscou-se trazer à baila as principais características da atuação desta instituição nos processos judiciais em saúde, com o propósito restrito de evidenciar aspectos desta atuação, que colaborasse na compreensão da decisão judicial, como resultado de um intenso processo dialógico com diversos participantes.

O resultado evidenciou que o Ministério Público foi convocado a atuar em 67% [125] do total de processos [187]. Sendo que em 60 [32%] processos a motivação judicial para a remessa se deu em razão do objeto, isto é, nesses casos entendeu o magistrado que a saúde é direito individual indisponível, e, nesse sentido, necessária a atuação do Ministério Público. Em 67 [36%] casos a motivação foi em razão da pessoa (prioridades legais: idoso, criança/adolescente, deficiente), distribuída da seguinte forma: 44 processos referentes a idosos [22,6%], 16 [8,4%] de crianças/adolescentes, e 10 casos [5,3%] de pessoas deficientes.

Não foram identificados processos que o Ministério Público atuasse como representante legal dos autores, como permitem os estatutos especiais do idoso, criança/adolescentes e deficientes, apontando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro como principal referência da população na defesa de direitos individuais.

A revelação dessas características pode contribuir na identificação de possibilidades de coletivização de demandas individuais repetitivas, ou em outras palavras, de lesões repetitivas, do direito à saúde, perpetradas pelos entes públicos. Este tipo de lesão exige atuação desta instituição em uma perspectiva coletiva. Esta alternativa de “coletivização da demanda individual” tem sido proposta como estratégia para a universalização dos ganhos singulares obtidos; e para a racionalização do atendimento às demandas repetitivas e violações de direito persistentes em determinado local. A estratégia teria a vantagem de reduzir o número de pedidos individuais e de gastos extras da saúde e da justiça para atendê-las, com vantagens para todos (BARROSO, 2009).

Para melhor compreensão deste potencial apontado, é importante descrever alguns aspectos desta instituição. A Constituição Federal de 1988 (artigos 127 a 130) reconheceu a autonomia administrativa e a independência funcional do Ministério Público<sup>56</sup>, ampliando sua competência e funções, em todas as unidades federativas e na instância federal. As atribuições privativas do Ministério Público, antes da lei constitucional de 1988, se restringiam ao ajuizamento da ação penal pública e a tutela de pessoas incapazes em ações civis, nas quais existam conflitos de interesse entre estas e seus representantes legais (pais, tutores, curadores), como nos casos de separação judicial dos pais para atribuição de alimentos, de inventário e em outras situações da vida civil. Além da tutela de interesses privados de incapazes na esfera civil, o Ministério Público também tinha atribuições referentes às ações públicas associadas a interesses coletivos.

Em 1988, a atuação do Ministério Público foi notadamente ampliada na defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis. Atualmente, cabe ao Ministério Público reivindicar aos poderes públicos a implantação, com eficiência, de serviços de relevância pública, previstos nas leis nacionais, bem como, promover todas as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias à sua garantia. Também é responsável pela proteção e promoção de interesses difusos, como o meio ambiente, interesses coletivos e individuais homogêneos, como direitos do consumidor e do patrimônio público, e de segmentos mais vulneráveis, previstas no Estatuto do Idoso, da Criança e Adolescente, e das Pessoas Portadoras de Deficiências. A lei nacional estabelece, ainda, uma cláusula geral, que admite que o

---

<sup>56</sup> No Brasil temos o Ministério Público Federal e Estadual.

Ministério Público, em quaisquer outras situações que envolvam direitos considerados indisponíveis possa vir a atuar.

O Ministério Público pode atuar na condição de órgão agente, figurando como autor na ação judicial; ou como fiscal da lei, na tutela de direitos de segmentos específicos, como os idosos, as crianças e adolescentes, portadores de deficiências. No último caso, a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei, se dá por meio de um parecer, chamado de Promoção, podendo requerer provas ou outras medidas necessárias para a proteção e promoção dos interesses e direitos envolvidos na demanda.

Diante da discussão da coletivização das demandas individuais, a questão da atuação deste órgão nos processos judiciais individuais em saúde tornou-se um objeto importante deste estudo, e, relevante no processo decisório, como se verificará adiante na análise de conteúdo dos Pareceres.

#### **4.3 - Os réus nas demandas judiciais em saúde.**

Na Comarca do Rio de Janeiro 87% [163], a demanda em saúde é, na maioria das vezes, proposta contra dois réus, sendo que o Estado do Rio de Janeiro é o que possui maior número de solicitações, conforme indica a Tabela 8.

Tabela 8 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo réus. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Réu</b>	<b>N*</b>	<b>%</b>
Estado do Rio de Janeiro	180	51,0
Município do Rio de Janeiro	164	47,0
Secretário de Saúde do Estado do RJ	1	0,5
Município de Nilópolis	1	0,5
Município de Duque de Caxias	1	0,5
Município de Nova Iguaçu	1	0,5
Município de São Gonçalo	1	0,5
<b>Total</b>	<b>349</b>	<b>100,0</b>

\*Há mais de um réu em 163 processos

Fonte: TJ-RJ elaboração própria

A maior frequência das ações judiciais contra o Município do Rio de Janeiro à vista de outros municípios pode ser entendida a partir do dado de que este município está situado territorialmente na jurisdição da Comarca da Capital, de modo que segue as regras de competência territorial. A presença de outros municípios na Comarca da Capital também pode ser explicada pelas regras de competência processual, que deixam à escolha do demandante o local que será processado o pedido, no caso de mais de um réu com distintos domicílios (art. 94 §1.º e 2º Código de Processo Civil Brasileira), no caso, justificada pela presença do Estado do Rio de Janeiro como réu-litisconsorte nos processos identificados.

O litisconsórcio passivo (02 ou mais réus no processo) foi identificado em 163 processos. Algumas são as hipóteses do uso deste recurso processual pelo demandante. Uma delas pode ser a de dificuldades na definição do ente responsável, ou mesmo, indefinição da competência em relação à prestação/bem reclamado, ou, no caso de múltiplos pedidos, responsabilidade de ambos os réus. Mas também pode revelar uma estratégia de litigância dos representantes dos demandantes, no sentido de garantir a máxima efetividade da ordem judicial, ampliando a possibilidade de execução de uma decisão favorável. Esta última hipótese é bastante forte se considerarmos que a tese da obrigação solidária dos entes federativos, no caso do direito à saúde, está consolidada na jurisprudência nacional, admitida como o entendimento que melhor favorece o cidadão-hipossuficiente na relação com o Estado, e a efetividade da decisão.

A resposta dos Réus está adiante analisada. A defesa jurídica do executivo da saúde possui especificidades próprias, considerando sua dupla responsabilidade na concretização do direito à saúde: de provedores de prestação de serviços e de reguladores do acesso e distribuição dos bens de saúde. Nesse sentido, os representantes legais do executivo devem responder sobre a dimensão clínica/individual do pedido – a prescrição médica, que na maioria dos casos tem origem no próprio SUS - exigindo que o Réu-provedor do serviço apresente, no processo judicial, comprovações sobre o potencial terapêutico ou teratogênico, para o indivíduo-demandante do medicamento ou terapia pleiteada, quando identificado. Dando continuidade a proposta de análise, importante compreender quem são e quais são as principais características dessas instituições jurídicas responsáveis pela defesa dos entes federativos.

O estado e municípios possuem Procuradorias que exercem esta representação judicial dos entes públicos. A forma de organização e articulação entre as Procuradorias e as instâncias executivas podem se diferenciar, as especificidades locais e as características gerais são as seguintes.

A Procuradoria Geral do Estado (PGE)<sup>57</sup> é o órgão de atuação jurídica e política competente para exercer a defesa judicial do estado e também é responsável por intervir nas inter-relações institucionais oriundas, em especial, das relações entre Judiciário e Executivo, em todo o Brasil. O fenômeno da judicialização da saúde tem revelado a importância da atuação da PGE e a necessidade de maior aproximação desta instituição com as instâncias executivas de políticas públicas.

A organização funcional das PGE tem características nacionais comuns. Basicamente, estrutura-se para atender o Poder Executivo local na demanda judicial contra o ente estatal, com diferentes propósitos fiscal, ambiental, de saúde, etc.. A atuação predominantemente judicial reflete em um tipo de organização que busca corresponder à organização judiciária local. Por exemplo, designando procuradores específicos para atenderem cartórios/varas específicos do Poder Judiciário, em determinada jurisdição. Algumas também possuem estruturas que admitem grupos/instâncias temáticas – procuradores para assuntos de saúde. Esta forma de organização conta com vantagens práticas, para responder à dinâmica do processo judicial. Em contrapartida, as relações entre PGE e os órgãos do Poder Executivo se dão, ordinariamente, por intermédio de ofícios (informações para instrução de processos) e procedimentos administrativos, afastando a PGE do cotidiano da gestão. Este afastamento pode dificultar a compreensão e incorporação, nas defesas do Estado, dos limites e possibilidades das instâncias gestoras na realização das políticas públicas. No aspecto particular das reivindicações em saúde, observa-se a importância e as dificuldades desta instituição, no sentido de uma compreensão e tradução de aspectos médicos e sanitários, que envolvem as prestações de saúde no processo judicial (CONASS, 2011).

---

<sup>57</sup>A organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado estão descritos na Lei Complementar Estadual nº 15, de 25 de novembro de 1980. É uma instituição com autonomia administrativa e financeira. As atividades da instituição são desempenhadas pelos Procuradores do Estado, chefiados pelo Procurador-Geral do Estado nomeado pelo Governador, na forma da Constituição. As atribuições exercidas pelos procuradores nas demandas em saúde estão previstas no inc II do art. 2º da Lei Complementar referida, que é, principalmente, exercer, privativamente, “a representação judicial do Estado, atuar extrajudicialmente em defesa dos interesses deste, e oficial obrigatoriamente no controle interno da legalidade do Poder Executivo;” entre outras.

Além da PGE, o Poder Executivo possui Assessorias Jurídicas subordinadas aos Chefes do Executivo. No Estado do Rio de Janeiro as chefias das Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado são atos privativos de procuradores do estado, como estabelece o do § 1º do art. 2.º a Lei Estadual n.º 5.414, de 19 de março de 2009. Em outros estados e municípios, a lei local permite o livre-exercício de outro profissional jurídico. A Lei fluminense busca unicidade da ação política-jurídica do Estado e se posiciona no sentido de que a defesa do interesse público, em todos os seus aspectos, fique sob a orientação da instituição constitucionalmente responsável pela defesa do Estado<sup>58</sup>. A iniciativa de aproximar a atuação de Procuradores de Estado e Municipais das instâncias da gestão pública é promissora, por permitir que diferentes instituições estatais compartilhem e ampliem seus conhecimentos sobre as práticas de cada campo, formulando novas alternativas de atuação jurídica e política, mais favoráveis às relações entre governo, gestão e sociedade.

A Procuradoria Geral do Município (PGM) do Rio de Janeiro foi criada pela Lei n.º 788, 12/12/1985 e é definida também como o “órgão gestor do Sistema Jurídico Municipal, responsável pela defesa judicial e extrajudicial do Município do Rio de Janeiro, pela consultoria jurídica dos órgãos municipais, bem como pela inscrição e cobrança da dívida ativa municipal.”<sup>59</sup>As relações entre as duas Procuradorias são pontuais e relacionadas ao cumprimento das ordens judiciais, no sentido de que cada um forneça o que é de sua competência. Não foram identificadas neste estudo respostas e iniciativas específicas contextuais da Procuradoria Municipal. Ela atua basicamente respondendo à demanda processual.

---

<sup>58</sup>A Lei Estadual n.º 5.414, de 19 de março de 2009 estabelece, entre outras, as seguintes atribuições às Assessorias jurídicas das Secretarias de Estado do Rio de Janeiro têm, entre outras atribuições, “I - assessorar os titulares das Pastas no controle interno da legalidade dos atos dos órgãos das Secretarias de Estado e dos entes da Administração Indireta;” “X - fornecer à Procuradoria-Geral do Estado os subsídios necessários à defesa do Estado em juízo, velando pelo cumprimento dos prazos por parte dos órgãos da Secretaria que disponham da informação, bem como pela resposta integral às indagações formuladas;” e, “ XII - defender os interesses do órgão em contenciosos administrativos”. As manifestações das Assessorias Jurídicas devem ser submetidas à Procuradoria Geral no caso em que contrariem enunciados, orientações e/ou pareceres já consolidados ou que tenham repercussão geral para a Administração Pública

<sup>59</sup> <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/>

#### **4.4 - O Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT): um novo ator interinstitucional.**

A principal atribuição do NAT é a análise dos pedidos judiciais em saúde contra entes públicos. Inicialmente, passou a funcionar como projeto experimental<sup>60</sup>, junto a duas Varas de Fazenda Pública<sup>61</sup> do TJ-RJ. Nos termos do acordo abaixo destacado, o NAT fornece subsídios técnicos (médico-científicos e sanitários) relacionados aos pedidos de fornecimento de medicamentos, insumos para saúde, exames diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais, para apreciação dos magistrados.

A recomendação de uso do NAT está expressa do Aviso do Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro<sup>62</sup> (CGJ) nº 332, de 13/05/2010, que também divulga a Recomendação nº 31 do Conselho Nacional de Justiça, e têm o claro objetivo de “assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo Assistência à Saúde”. Assim, o órgão gestor do TJ-RJ “A V I S A aos Magistrados” que considerando a criação do Núcleo, busquem dar cumprimento às seguintes medidas recomendadas na referida Resolução n.º 31 do CNJ:

- b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;
- b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;
- b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;
- b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

---

<sup>60</sup> Conselho dos Secretários Municipais de Saúde do Estado do Rio de Janeiro (COSEMS-RJ). Revista do Conselho de Secretarias Municipais do Estado do Rio de Janeiro 2009 set-out;4: 6-7. Ver item 3.5 deste estudo.

<sup>61</sup> As Varas de Fazenda Pública são competentes para o processamento de ações judiciais contra entes públicos na Comarca da Capital do Rio de Janeiro.

<sup>62</sup> Ver Consolidação Normativa Extrajudicial da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. “Art. 1º. A Corregedoria Geral da Justiça, órgão de planejamento, supervisão, coordenação, orientação e fiscalização das atividades administrativas e funcionais dos Serviços Extrajudiciais, é representada pelo Desembargador Corregedor-Geral da Justiça, nos termos dos artigos 44 a 48 do Livro I, Título II, Capítulo III, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (CODJERJ). [...] IV - Aviso - instrumento de divulgação de notícias de interesse geral, normas, instruções ou orientações uniformizadas voltadas para grupos ou atividades específicos ou não, nos âmbitos interno e externo;[...] (CGJ-RJ, 2012, p. 6-7).

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas (CNJ, 2010, p. 4).

O NAT analisa o pedido do autor, em especial, os documentos médicos apresentados na inicial e elabora um parecer técnico-científico, que é juntado aos autos do processo.

Importante destacar a diferença entre Parecer e Laudo Pericial<sup>63</sup> segundo as leis processuais, para melhor compreender os limites e possibilidades de atuação do NAT e da aplicação do conteúdo deste Parecer.

O parecer é um documento informativo elaborado por especialistas para avaliar determinada situação e dados pré-existentes no processo judicial, a pedido de um dos participantes do processo, significa uma livre iniciativa dos envolvidos no processo judicial. No caso analisado o NAT, o pedido de Parecer é de iniciativa do magistrado e deve servir para seu livre convencimento, permitido pela lei, e não como documento postulatório ou probatório no sentido estrito processual. Este Parecer se aproxima de uma consulta que o magistrado deve realizar a documento técnico ou profissional de sua confiança sobre determinado tema específico. A diferença aqui é que o NAT está institucionalizado e há recomendação da gestão judiciária local de uso desta assessoria pelos magistrados.

Já o laudo pericial tem regras processuais próprias, em lei nacional, tanto para a sua produção como em relação ao procedimento para sua validade processual, que deve atender ao princípio do amplo contraditório. Assim, as partes tem prazo para apresentarem perito-assistentes, quesitação para o perito nomeado pelo magistrado.

O parecer produzido pelo NAT é dividido em três partes. Sua construção segue um fluxo e uma padronização indicada pelas instâncias do sistema de saúde,

---

<sup>63</sup> “O laudo pericial é o relato do técnico ou especialista designado para avaliar determinada situação que estava dentro de seus conhecimentos. O laudo é a tradução das impressões captadas pelo técnico ou especialista, em torno do fato litigioso, por meio dos conhecimentos especiais de quem o examinou. O laudo pericial é uma opinião especializada de um profissional habilitado sobre matéria fática para solucionar discórdias em discussões judiciais. É um dos meios de **prova** utilizados pelo **juiz** para proferir a sentença. Pode versar sobre variadas matérias: **medicina, engenharia, informática, meio ambiente** etc. Diante de matéria técnica que exige conhecimentos especializados, o juiz pedirá um laudo ao especialista respectivo. Difere do **parecer**, que é uma mera resposta à consulta de uma das partes sobre dados pré-existentes” (STF, 2012).

que tem sido divulgado, por meio de oficinas e seminários para atualização e orientação dos profissionais (CONASS, 2011). A primeira parte do relatório contém um resumo do pedido do autor, com ênfase no bem pleiteado. A segunda parte consiste na análise do pedido, com subdivisão em três subitens:

a) **análise da legislação:** descreve a estrutura das políticas, programas e ações de saúde com as respectivas competências e atribuições dos gestores, identificando a regulamentação própria em todos os casos, inclusive referente à assistência social, quando o pedido inclui fraldas, produtos de higiene pessoal e equipamentos como cadeiras de roda;

b) **análise da situação clínica apresentada:** a partir das informações do relatório/laudo e prescrição médica, pedido inicial e outros documentos juntados, descreve a doença e/ou grupo de doenças associadas à enfermidade, principais sintomas, CID, etc;

c) **análise da terapêutica pleiteada:** As referências bibliográficas mais frequentes utilizadas, por ordem de preferência identificada, são: PCDT, RENAME, bulário ANVISA e outros documentos técnicos do Ministério da Saúde. Também foram encontradas referências com informações da indústria, consenso e recomendações de sociedade médicas, artigos científicos com pesquisas clínicas. Esta parte contém a descrição dos principais efeitos e indicações de tratamento, a aplicação de protocolos clínicos e diagnósticos existentes ao caso, breve descrição de estudos científicos, consensos de especialista, de monografias que integram as listas oficiais.

A terceira parte é a **conclusão**, que indica, por exemplo, alternativas terapêuticas ao pedido do autor, a existência de medicamentos genéricos e de similares, medicamentos e outros insumos ofertados no SUS, com indicação dos responsáveis e do documento (lista pública e PCDT). Aponta ainda as limitações do tratamento pedido, a ausência de informações para a produção do parecer, e a necessidade de aprofundamento da análise, sobretudo, nos casos que identifica alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, ou que identifica medicamentos com efeitos teratogênicos e/ou recomendações especiais de uso. Por fim, indica os endereços nos quais o demandante pode se inscrever nos Programas disponíveis e/ou unidades responsáveis pelo tratamento ou, ainda, fornecimento dos

medicamentos e insumos pleiteados. Esta indicação é frequentemente utilizada nas decisões judiciais iniciais, para encaminhamento do demandante à rede de assistência pública.

Os pareceres são firmados por um conjunto de profissionais e a coordenadora do Núcleo. Os profissionais que assinam geralmente são farmacêuticos, enfermeiros e médicos, três a quatro assinaturas. Poucos pareceres contam apenas com a assinatura da coordenadora, dado que parece indicar a preocupação com as regras éticas e legais profissionais que estabelecem atos privativos profissionais. Além de conferir ao relatório um grau mais elevado de legitimidade técnica-científica.

Apesar do aspecto positivo desta aproximação e cooperação entre as instâncias do executivo da saúde e Poder Judiciário, o estudo identificou questões éticas e legais relacionadas a possíveis conflitos de interesses entre essas instâncias técnicas, mantidas pelos gestores, e os enfermos-reivindicantes que reclamam a assistência, de forma individualizada, respaldados, em sua maioria, por prescrição médica do próprio SUS como constatado na análise do perfil dos demandantes. Esta especial condição do NAT como participante no processo judicial é enfatizada na decisão do caso 13.7 analisado que destaca

As manifestações do Núcleo têm por objeto as prescrições, e essas dirigem-se aos pacientes, conhecidos apenas pelos médicos signatários, e essa diferença de condições justifica a melhor consideração do documento apresentado pela parte autora. Sem mencionar que o Núcleo de Assessoria Técnica é composto por funcionários do Estado, portanto com algum comprometimento de imparcialidade, e admitir que se sobreponha, a manifestação do Núcleo, a documento idôneo apresentado pela parte autora seria conferir ao Estado um privilégio ímpar, sem previsão legal, que não se pode admitir em nenhuma hipótese.

Em síntese, conclui-se que o parecer elabora uma análise normativa e descritiva do objeto da demanda judicial, buscando enfatizar as possibilidades de adequação da demanda judicial ao ofertado no SUS. Os elementos informativos do Parecer buscam responder aos aspectos considerados indispensáveis em uma decisão judicial sobre o tema, apontados na orientação do CNJ e da Corregedoria do TJ-RJ, e também nos parâmetros materiais sugeridos nas recentes decisões do STF. Mas, a atuação do NAT como participante do processo é bem delimitada e contestada em alguns aspectos pelos demais participantes.

## CAPÍTULO 5 – O PROCESSO DECISÓRIO: POSTULAÇÃO, INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.

### ***5.1 - O procedimento e os processos que envolvem prestações de saúde: implicações e especificidades.***

Inicialmente foram apresentadas as principais regras e condições das leis processuais brasileiras, que condicionam o discurso judicial, e que o diferencia do discurso prático em geral, que, por exemplo, se desenvolve no âmbito da política e/ou acadêmico sobre o fenômeno.

Em síntese, foi dito que o **procedimento** ordinário é um rito mais longo e prevê cognição exaustiva, com previsão de uma fase específica para a produção das provas, caso se faça necessário no curso do procedimento. Este procedimento também admite a formulação de pedido de antecipação da tutela jurisdicional, pelo demandante<sup>64</sup>, os efeitos deste tipo de pedido antecipatórios serão adiante analisados, e constitui uma variável desta pesquisa. O rito sumário é mais curto e não admite dilação probatória mais complexa, em geral, utiliza-se de prova testemunhal e documental pré-constituída. O **mandado de segurança** é uma ação de cunho constitucional, prevista no rol de direitos fundamentais, regulamentado por lei específica<sup>65</sup>, e o instrumento é formulado para proteção do cidadão contra abuso de poder de autoridade, exigindo que o requerente demonstre a liquidez e a certeza de seu direito já no momento do ajuizamento da ação.

Mesmo à vista de um grande número de regras e condições para o desenvolvimento do discurso judicial os profissionais jurídicos contam com relativa liberdade de escolha do tipo de procedimento e ação, conforme a matéria a ser

---

<sup>64</sup> A possibilidade de formulação de pedido de antecipação de tutela no procedimento comum foi introduzida pela Lei n.º 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Antes da lei referida à demanda em saúde contra ente público comportava dois tipos de procedimentos para formulação do pedido: uma ação cautelar, que admitia pedidos liminares em situações semelhantes às admitidas atualmente para a tutela antecipada. Concomitantemente e por dependência a ação cautelar, o requerente era obrigado a ingressar com a ação ordinária no prazo de 30 dias, para manter os efeitos da liminar, quando concedida, comprovando seu direito acautelado liminarmente. A ação cautelar não deixou de existir, mas a tutela antecipada no âmbito do procedimento ordinário tem sido a estratégia processual utilizada na maioria dos casos, que o demandante necessita que os efeitos da tutela de uma decisão judicial sejam antecipados prevenindo lesão irreparável que poderia ocorrer em razão do tempo necessário à dilação probatória prevista nos procedimentos comuns.

<sup>65</sup> Atualmente o mandado de segurança encontra-se regulamentado pela Lei nº 12.016/2009.

discutida e os valores econômicos envolvidos. O caminho e recursos processuais disponíveis são delineados por esta escolha do procedimento e o tipo de ação.

Além do caminho processual, a escolha e admissão pelo Judiciário por um tipo de procedimento para discussão de determinada demanda, também, têm implicações argumentativas (MARQUES, 2011) relacionadas à postulação do direito ou na contestação deste. No mandado de segurança o principal argumento jurídico é que uma determinada autoridade agiu com abuso de poder, por exemplo, não permitindo o acesso à terapêutica necessária para o tratamento do demandante. Este argumento pode ser considerado inadequado, em razão da matéria discutida ou das provas apresentadas, ou seja, a situação fática pode não representar a ausência de qualquer ato concreto ou de uma omissão específica da referida autoridade<sup>66</sup>, ou da interpretação de que o direito do demandante reclamado depende de prova de sua imprescindibilidade e deve considerar a motivação da Administração Pública, a quem, a princípio, é garantida a discricionariedade na escolha dos meios para dar cumprimento às políticas públicas. Já no procedimento ordinário há uma larga possibilidade de constituição de prova dos fatos alegados, e assim a argumentação pode ser da necessidade de formulação de programa ou atenção excepcional de determinada condição patológica, não prevista nos regulamentos administrativos.

No cotidiano forense fluminense, as ações judiciais que reclamam prestações de saúde são denominadas como ações de obrigações de fazer. Nesta pesquisa constatou-se que os requerentes encaminham seus pedidos pelo procedimento ordinário; em 182 (97,4%) processos adotaram este rito. O rito sumário foi utilizado em apenas 03 processos (1,6%), e em 02, o mandado de segurança (1,1%).

---

<sup>66</sup>RMS 26211 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA. Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 27/09/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação DJE-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011. EMENT VOL-02605-01 PP-00037 EMENTA: mandado de segurança. Ilegitimidade passiva do ministro de estado de saúde. Ausência de qualquer ato concreto ou de uma omissão específica da referida autoridade. Extinção do feito sem resolução do mérito. Resposta judicial que não inibe a propositura perante a autoridade legitimada. Acórdão do STJ que merece ser mantido. Recurso ordinário a que se nega provimento. Decisão A Turma negou provimento ao recurso ordinário em mandado de segurança, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência da Senhora Ministra Carmen Lúcia. 1ª Turma, 27.9.2011. Acórdãos citados: RMS 22780, RMS 24552, MS 24615 ED.

Os estudos locais apontam diferenças no uso dos procedimentos pelos demandantes. No Distrito Federal (ROMERO, 2008, 2010) não é frequente o uso do mandado de segurança, como nesta pesquisa. Nos estados de Minas Gerais e São Paulo verifica-se uma maior presença de mandados de seguranças (MARQUES, 2011). O rito sumário também é pouco utilizado, em pesquisa anterior o percentual encontrado em 2009 foi de 0,2% em um universo de 1263 processos, menor do que o encontrado (PEPE et al., 2009). A tendência que se mantém é o uso quase absoluto do procedimento ordinário.

A escolha do procedimento ordinário pode ser explicada em razão da posição da jurisprudência local e nacional, que tem enfatizado ser este o rito adequado para discussão, como evidencia os argumentos fáticos e de direito utilizados na decisão de uma das Câmaras Cíveis do TJ-RJ

[...] Para ser cabível o Mandado de Segurança é necessário que exista ato ou omissão praticado pela Autoridade Coatora, situação não presente nos autos. A prova pré-constituída que instrui o remédio heróico indica que os associados da impetrante buscaram atendimento em hospital federal, segundo fls. 37 e 50 e em clínica particular, conforme fl. 42/43, aquele, vinculado ao Ministério da Saúde. **Estas circunstâncias evidenciam que não há ato ou omissão praticado pela referida autoridade apontada como coatora. O mais recomendável seria a propositura de demanda visando à obrigação de fazer, perante uma das Varas de Fazenda Pública da Comarca da Capital, em face do Estado do Rio de Janeiro, onde poderá ser obtido o direito pleiteado, inclusive por meio de antecipação de tutela.** Consigne-se que na via mandamental não há possibilidade de dilação probatória, ao contrário da ação de obrigação de fazer, o que não vincula a parte, que sempre poderá optar pelo Mandado de Segurança [...]. (caso 13.1)

Nos dois casos de mandado de segurança analisados no estudo observa-se que, em um, o juiz declarou que o tipo de ação era inadequado, conforme orientação jurisprudencial; o representante judicial da autora preferiu desistir da ação judicial e não ajustar o pedido ao procedimento ordinário. No segundo caso, não só o magistrado deferiu a liminar sem qualquer observação sobre o tipo de ação judicial escolhida, como realizou dilação probatória, não cabível no mandado de segurança, determinando a remessa do processo ao NAT, e a comprovação de receita e laudo do SUS – pois se tratava de requerente coberto por seguro saúde. Ao final, prolatou sentença favorável, confirmando o direito da demanda ao medicamento para tratamento oncológico, sem se ater a questões procedimentais. Apesar da falha formal da decisão, observa-se que o juízo seguiu o caminho previsto no rito ordinário.

## **5.2–O pedido do autor: o nascimento do processo judicial.**

O princípio da iniciativa da parte se expressa na obrigatoriedade da provocação da parte ao juízo para iniciar o processo judicial, e que sejam delimitados os fatos sob a intervenção judicial. Essas normas processuais atende assim a uma condição prévia da jurisdição democrática. Nesse sentido, a validade e legitimidade da intervenção judicial estão relacionadas à postulação do autor e do réu ao juízo, que devem estabelecer as premissas que consideram necessárias ao desenvolvimento de sua argumentação, e que deve levar a conclusão, no caso, o pedido formulado ao juízo. As regras básicas do discurso prático geral, que se aplica ao jurídico, devem ser cumpridas, como a regra de não contradição, a de que o falante afirme aquilo em que de fato acredita, e que não pode usar a mesma expressão com diferentes significados (ALEXY, 2001).

A clareza das proposições das partes e a presunção de veracidade das alegações (até prova em contrário) são aspectos indispensáveis no desenvolvimento do processo judicial. Nesse sentido, a lei processual estabelece exigências formais para o pedido do autor<sup>67</sup>, como a especificação dos fatos e a maneira de demonstrá-lo, para clara delimitação da atuação judicial.

A análise a seguir se estrutura a partir de três conjuntos de variáveis, com ênfase na situação fática em julgamento, objeto do estudo. Um primeiro conjunto de aspectos gerais relacionados ao provimento judicial requerido, um segundo conjunto analisa a prescrição e o terceiro a justificativa médica referente ao bem pleiteado e sua necessidade ao tratamento. A Tabela 9 sintetiza este primeiro conjunto.

---

<sup>67</sup> Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu. Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação (BRASIL, 1973a).

Tabela 9 Características dos pedidos dos autores nos processos judiciais de assistência à saúde contra ente público, no TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Alegação de tentativa frustrada junto ao SUS para obter o bem pleiteado antes da ação judicial.</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Sim. Indica o local	47	25,1
Sim. Sem indicar o local	89	47,6
Não.	16	8,6
Sem informação	35	18,7
<b>Requerimento do benefício da gratuidade de justiça, alegando hipossuficiência econômica.</b>		
Não	2	1,0
Sim	185	99,0
<b>Requerimento de antecipação de tutela, alegando urgência e o risco ao agravamento do estado de saúde.</b>		
Não	0	100,0
Sim	187	0,0
<b>Pedido de medicamentos ou insumos futuros, que se fizerem necessários ao tratamento.</b>		
Não	46	24,6
Sim	141	75,4

TJ-RJ – Elaboração própria

A informação relativa às tentativas de obtenção do bem pleiteado no SUS, antes da propositura da ação podem apontar deficiências do sistema de saúde no encaminhamento e resolução de demandas próprias dos serviços de saúde. Em 73% [136] do total [187], os autores informaram tentativas de obtenção do bem pleiteado no SUS, sendo que 47 [24,7%] indicaram o local da recusa, e em 20 [10,7%] processos havia ofícios-respostas das Secretarias de Saúde, estadual ou municipal, confirmando a não disponibilidade do medicamento buscado. O relato detalhado de um autor evidencia as dificuldades da população. O usuário dirigiu-se a 05 diferentes locais do SUS sem sucesso (Hospital Municipal Jesus; Unidade de Pronto Atendimento de Jacarepaguá (UPA), Universidade Federal do Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Hospital da Lagoa).

Verificou-se anteriormente, ao delinear o perfil do demandante, que o benefício da gratuidade de justiça é sempre concedido pelos juízes. Este é um

aspecto importante argumentativo do pedido, que deve demonstrar a impossibilidade do autor de arcar com os custos do processo. Apenas em dois processos do total não havia requerimento deste benefício, mas havia alegação de insuficiência de recursos para arcar com o tratamento pleiteado, sempre maior do que o valor das custas.

A tutela antecipada, também conhecida como “liminar”<sup>68</sup>, é um instituto processual excepcional previsto em lei que visa evitar que o “perigo da demora” do procedimento judicial, necessário para o julgamento do processo, cause dano irreparável ao autor. Nesse sentido, autoriza o Juízo a conceder, em parte ou integralmente, mesmo antes de ouvir a outra parte, o pedido do autor, com base nas alegações e provas apresentadas pelo Requerente, que devem comprovar a **urgência**, com risco de lesão irreversível, a **verossimilhança**<sup>69</sup> dos fatos alegados e a **possibilidade jurídica** do pedido (BRASIL, 1973a, art. 273). A lei processual agrega, portanto, outras exigências ao pedido inicial, por exemplo, que o autor não informe apenas como pretende provar suas alegações, mas exige “prova inequívoca” do “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

Após a concessão ou não de tutela antecipada o procedimento continuará e, caso o juiz verifique ao final que a prestação solicitada não era devida, o autor deve indenizar o réu. O demandado, por sua vez, pode se insurgir contra a concessão da antecipação de tutela, apresentando provas contrárias à pretensão do requerente, por meio de recurso próprio (agravo de instrumento), que pode ser revista pelo próprio juiz que a concedeu, ou, não sendo, seguir para as instâncias colegiadas superiores para análise do pedido do réu afetado pela ordem liminar.

Esta pesquisa identificou que em 100% dos processos há este tipo de pedido. O argumento utilizado ajusta-se a previsão legal, ou seja, alegam a possibilidade de lesão irreparável à sua saúde, e que a demora da obtenção do bem ou serviço

---

<sup>68</sup>Liminar e tutela antecipada são conceitos jurídicos diferentes, mas que popularmente se tornaram sinônimos, considerando que o efeito prático externo ao processo é o mesmo, i.e., antes do esgotamento do procedimento legal estabelecido, e considerando a excepcionalidade do caso e das circunstâncias, o magistrado pode determinar o cumprimento de medida que preserve o direito do autor sem ouvir previamente a parte contrária.

<sup>69</sup> A verossimilhança “designa o que acontece na maioria das vezes, ou o que a maioria das pessoas pensa, e que é proposta para admissão até prova em contrário. É a confiança presumida. Os juízos ou convicções por verossimilhança, no âmbito do direito processual, podem fundar-se nas denominadas máximas de experiência”. Também indica apreciar algo com base em sinais ou indícios. O verossímil pode ainda ser entendido como o “que é provável ou mais frequente em um caso particular que tem um contingente de hipóteses” (ENGEL, 2010, p. 15-16).

requerido pode causar danos irreparáveis, se este for prestado ao final do procedimento judicial. A condição de hipossuficiência econômica demonstrada para obter a gratuidade de justiça, também serve para demonstrar que os requerentes não são capazes de arcar com o próprio tratamento. Este é o suporte fático e jurídico que respalda os pedidos de tutelas judiciais antecipadas, comprovadas por laudos e outros documentos médicos, analisados adiante. Em trabalho anterior também se constatou que os autores requereram antecipação da tutela em 100% dos processos analisados (PEPE et al., 2009, 2010a; SANT'ANNA et al., 2009, VENTURA et al., 2010).

Outro aspecto é a formulação de pedidos genéricos e futuros, com a formulação do tipo “todos os medicamentos e insumos, que vierem a necessitar no futuro”. Nos 187 processos analisados, em 141 [75,4%] havia solicitações desta natureza. As principais justificativas dos autores para este tipo de pedido se fundamentava na necessidade de tratamento contínuo de doença crônica, e na contingência do próprio processo terapêutico que, não raro, requer novas terapias.

As regras processuais exigem que seja formulado pedido certo delimitando tanto a intervenção judicial, como a resposta do réu. Porém, considerando as contingências do cotidiano, a lei processual disciplina a possibilidade de se formular pedido genérico<sup>70</sup>, em circunstâncias especiais. Por exemplo, quando no momento do pedido inicial não for possível determinar as consequências e/ou necessidades futuras, cuja responsabilidade se reclama do réu. Este é o permissivo legal utilizado pelos autores, para fundamentação desses pedidos genéricos e futuros.

O segundo conjunto de variáveis analisadas se refere aos elementos probatórios apresentados pelos autores. A prescrição médica tem sido apontada como o dispositivo mais frequente do processo judicial, e o medicamento o principal bem demandado. Para análise do peso do argumento médico e sanitário nos processos analisados, foi necessário não só conhecer o conteúdo das prescrições

---

<sup>70</sup> Art. 286. O pedido deve ser certo ou determinado. É lícito, porém, formular pedido genérico: I - nas ações universais, se não puder o autor individualizar na petição os bens demandados; II - quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito; III - quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu (BRASIL, 1973a,b).

médicas, como o conjunto de documentos apresentados pelos requerentes e sua origem. A Tabela 10 sumariza os principais dados coletados.

Tabela 10. Características das prescrições e diagnósticos médicos dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público (n=187), no TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Número de medicamentos pleiteados por processo judicial</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
De 01 até 02 medicamentos	118	63,1
De 02 até 04 medicamentos	33	17,7
De 05 até 06 medicamentos	7	3,7
De 07 até 08 medicamentos	8	4,3
De 09 até 15 medicamentos	7	3,7
Sem pedido de medicamento	14	7,5

<b>Prescrição com nome genérico</b>		
Não	64	34,2
Sim	109	58,3
Sem pedido de medicamentos	14	7,5

<b>Origem da prescrição médica</b>		
Hospital Universitário	49	25,7
Administração Direta	87	46,5
Unidades conveniadas/contratadas	23	12,3
Unidade Privada	28	15,5

<b>Diagnósticos principais constantes nos laudos - Classificação CID-10*</b>		
E10-E14 Diabetes mellitus	15	8,0
H40-H42 Glaucoma	10	5,3
J40-J47 Doenças crônicas das vias aéreas inferiores	13	7,0
B15-B19 Hepatite viral	7	3,7
I10-I15 Doenças hipertensivas	7	3,7
G30-G32 Outras doenças degenerativas do SNC	8	4,3
G90-G99 Outros transtornos do SNC	6	3,2
G80-G83 Paralisia cerebral e outras síndromes paralíticas	5	2,7
N17-N19 Insuficiência renal	5	2,7
C15-C26 Neoplasias malignas dos órgãos digestivos	5	2,7
C69-C72 Neoplasias malignas dos olhos, encéfalo e outras partes do SNC	5	2,7
Outros	86	46,0

TJ-RJ – Elaboração própria

Os diagnósticos principais identificados como mais frequentes indicam que a maioria das solicitações foi para doenças crônicas e degenerativas, que requerem uso contínuo de medicamento. A média de medicamento por prescrição foi de 2,5 medicamentos. Além dos medicamentos identificou-se pedidos de insumos, como equipamentos de suporte, fraldas, produtos nutricionais.

A preocupação com os pedidos judiciais de fornecimento de medicamento esta relacionada à constatação acerca da frequência de prescrição médicas inadequadas, com implicações sanitárias, como a da segurança do medicamento e da proteção da saúde dos demandantes, bem como, os impactos na organização e financiamento dos sistemas de saúde, em razão das ordens judiciais que determinam o fornecimento de medicamentos não selecionados pelos gestores (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; BORGES, 2007; VIEIRA, ZUCCHI, 2007; PESSOA, 2007; LOPES et al., 2008; MARQUES, DALLARI, 2007; PEREIRA, 2007; ROMERO, 2008; SANT'ANA, 2009; CHIEFFI, BARATA, 2009, PEPE et al. 2009, 2010; BARCELOS, 2010; ANIS, 2011; MARQUES, 2011; MACHADO et al., 2011).

As dificuldades de acesso da população aos medicamentos e a forte motivação econômica do mercado de saúde têm mobilizado o Executivo e o Legislativo na direção de uma produção de políticas e leis para redução de preços de medicamentos e de ampliação do acesso. A Política Nacional dos Genéricos<sup>71</sup> foi adotada com o objetivo de intervir neste mercado. Esta política é internacionalmente reconhecida como positiva, como mecanismo de redução de preços e ampliação do acesso a medicamentos. Este estudo apontou que, dos 173 processos com pedidos de medicamentos analisados, em 109 [63%] os médicos prescreveram exclusivamente com o nome genérico, revelando ainda a força da marca do medicamento no mercado.

A origem da prescrição médica é outro aspecto relevante da demanda no Rio de Janeiro, observou-se que apenas 15% [28] do total de pedidos tiveram origem em Unidade Privada de Saúde, e praticamente metade [46,5%] das prescrições são de

---

<sup>71</sup> Entre as iniciativas destacam-se a Portaria nº. 3.916, de 30 de outubro de 1998, que tinha como objetivos a promoção do uso de medicamentos genéricos na gestão pública de saúde, a Lei n. 9.7873, em 10 de fevereiro de 1999, alterando a Lei n. 6.360 e instituindo a Política de Medicamentos Genéricos.

Unidade da Administração Direta. Este é um importante aspecto do documento probatório apresentado pelos demandantes para o convencimento dos magistrados, que aponta, entre outras questões, as deficiências do sistema de saúde na resolução de seus conflitos internos, relacionados ao atendimento da demanda em saúde.

Nos estados de Minas Gerais (MACHADO, 2010), Santa Catarina (PEREIRA JÚNIOR et al., 2007) e Espírito Santo (BARCELOS, 2010), a maior parte das receitas médicas, onde foi possível identificar sua origem, foi oriunda de serviços privados. No município de São Paulo (VIEIRA, ZUCCHI, 2007), em Brasília (SANTOS et al., 2006; ROMERO, 2008) e nos estados do Rio de Janeiro (MESSEDER, OSORIO-DE-CASTRO, LUIZA, 2005; PEPE et al., 2010a) e Ceará (PESSOA, 2007), o predomínio foi de unidades do Sistema Único de Saúde.

Em alguns locais, existe a possibilidade de se fazer a solicitação por via administrativa de medicamentos não presentes nas listas públicas oficiais, como nos estados do Paraná e Espírito Santo, no próprio setor saúde. Outros estudos se referem à demanda “administrativa” oriunda de órgãos como o Ministério Público(MP) e grupos da sociedade organizada (PESSOA, 2007; LEITE et al., 2009). No Ceará, dois casos, inicialmente de cunho restrito, originados no MP, para portadores de lesão medular e para portadoras de neoplasia metastática de mama, produziram arranjos na organização dos serviços médico-assistenciais do estado e beneficiaram a coletividade (PESSOA, 2007).

Este estudo pode constatar a existência de acordo com a Defensoria Pública para encaminhamento administrativo dos pedidos de medicamentos; e que parte desta demanda resultou em processo judicial, tendo sido identificados 20 [10,7%] com ofícios-respostas confirmando a não disponibilidade do medicamento buscado, referido anteriormente.

A via administrativa é sem dúvida a mais adequada para que o cidadão receba os medicamentos necessários ao seu tratamento mais rapidamente e com menos interferências na gestão de saúde. Em que pese à importância dos acordos interinstitucionais entre saúde e sistema de justiça, os modelos de resolução do conflito dentro do próprio sistema de saúde devem ser priorizados, considerando, no caso do Rio de Janeiro, que apenas 15% desta demanda a origem da prescrição foi

do sistema privado de saúde. Assim, alternativas de solução administrativa de conflito poderiam reduzir os custos do sistema de justiça.

Os laudos médicos, com a narrativa das necessidades de saúde do requerente, foram os documentos juntados com maior frequência, em 166 [85%] processos, seguido de exames diagnósticos 18 [3,2%]. A Tabela 11 a seguir demonstra as principais informações médicas:

Tabela 11 Características dos documentos médicos juntados nos processos judiciais de assistência à saúde contra ente público, no TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

	N	%
<b>Outros documentos médicos apresentados no pedido inicial*</b>		
Sim. Laudo médico	166	85
Sim. Exames diagnósticos	18	3,2
Sim. Outros**	17	9,1
Não	5	2,7

\*Pode haver mais de um documento nos 187 processos analisados.

\*\*cartão SUS; declaração de internação; levantamento de preço dos medicamentos, perícia INSS, ofício SESDEC, guia de solicitação de exame.

#### **Informações constantes no laudo médico apresentado\***

Laudo faz referência a tratamento(s) anterior(es)**	43	26,0
Laudo médico faz referência ao tempo de evolução da doença	42	25,0
Laudo médico faz referência a exame complementares realizados	13	8,0
Laudo justifica a prescrição do medicamento	62	37,0
Laudo inclui outros insumos para o tratamento	55	33,0

\*Pode haver mais de uma das informações descritas nos laudos. Total de 166 laudos.

\*\*10 fazem referência a uso de medicamentos sem resposta, sendo que 5 referem-se a insulina NPH e regular. 14 laudos fazem referência a procedimentos cirúrgicos anteriores (neoplasias, miocárdio, bariátrica, transplante) e 04 referem-se à hemodiálise. Os demais não especificam o tipo de tratamento, apenas informam a realização de forma genérica.

---

TJ-RJ – Elaboração própria

Na análise do conteúdo desses laudos foram identificadas referências a tratamentos anteriores em 43 laudos do total [166], dos quais em 10 havia menção ao uso de medicamentos sem resposta terapêutica esperada. A maioria destes casos referia-se à substituição da insulina NPH, ofertada no SUS, por outras

biológicas. Em 14 laudos havia referência apenas a procedimentos cirúrgicos e de hemodiálise, justificando o medicamento prescrito como integrante do tratamento.

A evolução da doença, importante para análise judicial da concessão da liminar, foi relatada em 42 laudos. A justificativa da prescrição foi identificada em 62 laudos, com ênfase na imprescindibilidade da terapêutica requerida sem que para isso houvesse justificativa técnica relatada. Não só os medicamentos foram objeto dos laudos médicos juntados, em 55 havia justificativa da necessidade de outros insumos para o tratamento, como fraldas e suplemento alimentar.

Observou-se neste estudo que os demandantes têm buscado comprovar o alegado por laudo médico em 85% dos processos analisados, sugerindo uma preocupação com o respaldo técnico-científico dos pedidos, por parte dos representantes legais. Esta preocupação pode também ser uma resposta as fortes críticas relacionadas às ordens liminares baseadas, tão somente, na prescrição médica, sem maiores informações sobre a condição de saúde do reivindicante, a imprescindibilidade e a urgência do pedido (SANT'ANA et al., 2011).

Os conteúdos dos laudos médicos analisado à vista das objeções feitas pelo NAT aos pedidos, descritas em sequencia, sugerem que as informações são insuficientes para uma avaliação médico-sanitária adequadas da terapêutica demandada.

### **5.3 - A atuação do Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT)**

A peculiaridade local do TJ RJ consiste no fato de que os magistrados podem recorrer ao NAT, para obter subsídios médico-sanitários sobre os pedidos formulados. Dos 187 processos que são objeto deste estudo, 128 [68,44%] contaram com atuação do NAT. Verificada a frequência desta intervenção, aprofundou-se o estudo para identificar quais pedidos<sup>72</sup> motivaram a solicitação judicial de parecer técnico. O resultado encontra-se a seguir.

---

<sup>72</sup>No termo de acordo de cooperação técnica está definido como escopo da assessoria do NAT os pedidos de “fornecimento de **medicamentos**, insumos para saúde, exames diagnósticos, tratamentos médicos e insumos nutricionais contra ente público”.

Tabela 12 Distribuição processos judiciais de assistência à saúde contra ente público, com atuação do NAT, segundo pedido do autor. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Pedido do autor</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Medicamento	109	85,2
Medicamento + tratamento específico	2	1,6
Medicamento + internação hospitalar	2	1,6
Medicamento + outro insumo	7	5,5
Equipamento (aparelho pressão)	1	0,8
Somente insumos (prevalência leite e fraldas)	7	5,5
<b>Total</b>	<b>128</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Em 120 [93,8%] processos havia pelo menos 01 medicamento no pedido do autor, seguido dos processos com demandas de insumos, como leite, fralda, oxigênio e suplemento alimentar [5,5%]. O medicamento foi o principal motivador de remessa ao NAT.

A predominância de ações de medicamentos no NAT pode ser explicada em razão das controvérsias mais frequentes desta demanda, como as que envolvem solicitações de medicamentos não selecionados em listas públicas, novos fármacos, inclusive importados, medicamentos em pesquisa; e denúncias de fraudes (PEPE et al., 2010b). As suspeitas de pressão da indústria farmacêutica para incorporação de novos produtos é outro tema persistente. As críticas em relação às ordens judiciais concessivas automatizadas, por vezes, em conflito com as normas sanitárias motivaram a adoção de medidas para a melhoria das respostas jurisdicionais e de saúde deste tipo de demanda, que inclui as orientações normativas do CNJ e do TJ-RJ, e o acordo de cooperação técnica firmada entre TJ-RJ com a SESDEC, que originou o NAT.

Outro aspecto importante é o momento em que os magistrados recorrem ao NAT: se antes ou após a liminar, condição que pode ampliar a possibilidade de uso dos subsídios médico-sanitários na condução do processo judicial. A Tabela a seguir demonstra os momentos mais frequentes de remessa dos processos ao NAT, para elaboração de parecer.

Tabela 13 Distribuição processos judiciais de assistência à saúde contra ente público, segundo o momento processual de atuação do NAT. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Momento processual da atuação do NAT</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Antes da concessão da tutela antecipada	110	85,9
Após a concessão da tutela antecipada.	18	14,1
<b>Total</b>	<b>128</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Em 110 casos os magistrados apreciaram o pedido de antecipação da tutela à vista do Parecer do NAT. Somente em 18 casos o Parecer foi produzido após a concessão da tutela antecipada. Em 04 processos o juiz se utilizou duas vezes de Parecer do NAT para apreciação de respostas dos requerentes às exigências judiciais, antes da concessão da tutela antecipada. Este retorno, ainda que de forma tênue, pode ser compreendido em dois sentidos: (1) a avaliação técnico-científica pode ser útil em momentos diferentes do procedimento judicial para condução do processo ou esclarecimento de fatos e divergências; e/ou (2) que considerando a intervenção do NAT e as objeções por ele apresentadas, que poderão afetar interesse do autor, o magistrado abre a possibilidade do contraditório entre este e o NAT.

O prazo para elaboração do parecer estabelecido é de 48 horas, um tempo curto para resposta tempestiva do NAT, e, por vezes, longo para quem necessita da terapêutica, considerando a ampliação do trâmite processual, no cotidiano forense. Uma das decisões analisadas confirma tanto a rotina estabelecida pelos magistrados de envio ao NAT antes da apreciação da tutela antecipada, como a alteração desta rotina, em razão do descumprimento do referido prazo:

1- Considerando a natureza do provimento objeto da presente, e considerando que há notícia de que os processos remetidos ao NAT não têm sido devolvidos no prazo proposto de 48 h, como, por exemplo, aconteceu no processo [...], passo a fazer a remessa àquele Núcleo em momento posterior à prolação do provimento liminar. 2- Defiro JG. Trata-se de ação ordinária em que pleiteia a parte autora o fornecimento da medicação e insumos necessários ao tratamento de sua doença. Alegando perigo de dano irreparável, pede a antecipação dos efeitos da tutela para lhe ser fornecida, prontamente, a medicação e insumos apontados. A

doença está comprovada pela apresentação da prescrição médica de fls. 10/12, assinada por médico de unidade credenciada ao SUS [...]. Por este motivo, e atenta à urgência acima referida, DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA para determinar fornecimento da medicação e insumos supra indicados segundo prescrição médica, dirigindo a ordem a ambos os réus, em razão daquele princípio. Desde logo, autorizo a concessão do medicamento genérico idôneo ao tratamento prescrito, assim determina o princípio da eficiência, maior número de pessoas poderá ser atendido [...]. Cite-se e intime-se. Após, remetam-se os autos ao NAT. 3- Em se tratando de matéria exclusivamente de direito, com a vinda das contestações, ao MP para parecer de mérito.

A remessa ao NAT é uma recomendação das instâncias superiores administrativas do TJ-RJ aos magistrados, considerando a complexidade dos aspectos médico-sanitários que envolve a prestação jurisdicional sobre questões de saúde. A recomendação vem sendo atendida em relação às ações judiciais de pedido de medicamentos contra ente público. Somente uma das treze Varas de Fazenda Pública, na Comarca da Capital do RJ não encaminhou processos ao NAT. No entanto, não foi possível identificar a razão do não envio. Mas a singular discordância não expressa nos processos judiciais desta Vara pode ser explicada por outras decisões judiciais analisadas, que apesar da remessa ao NAT, expõem a controvérsia<sup>73</sup>, que se fundamenta na imparcialidade exigida na lei processual brasileira, para os profissionais e/ou peritos, que analisam questões técnico-científicas judiciais litigiosas. Imparcialidade esta que o NAT não possui em razão de sua subordinação à SESDEC-RJ, principal ré na maioria dos processos. A controvérsia apontada sobre o NAT pode influenciar a adesão ao projeto de cooperação e o efetivo uso dos subsídios fornecidos por esta assessoria.

#### **5.4 - Objeções do NAT aos pedidos dos autores:**

A análise do NAT tem como objeto o pedido e os documentos médicos que o respaldam, apresentados pelos requerentes. Neste sentido, buscou-se identificar a frequência de discordância do Parecer NAT, com o pedido dos requerentes. Em 109 pareceres do total [128] o NAT apontou alguma discordância em relação ao pedido do autor. Nos 19 pareceres onde não houve objeções, a análise restringiu-se a

---

<sup>73</sup> Ver decisão judicial transcrita no item 3.5 - O Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT): um novo ator interinstitucional do estado.

apontar o local e/ou instância responsável pela prestação de saúde requerida. As objeções mais comuns aos pedidos estão listadas na Tabela a seguir:

Tabela 14 Distribuição processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, com atuação do NAT, segundo objeções do NAT aos pedidos dos requerentes. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Principais objeções do NAT aos pedidos dos requerentes*</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Medicamento não presente na(s) lista(s) pública(s) e/ou PCDT	63	46,7
Medicamento com alternativa terapêutica disponível no SUS	53	39,3
Medicamento não indicado para o tratamento da doença referida	03	2,2
Medicamento disponível no SUS para uso restrito hospitalar	05	3,7
Prescrição e/ou laudo médico insuficiente e/ou inadequada.	11	8,1
<b>Total</b>	<b>135</b>	<b>100,0</b>

\*Pode haver mais de um tipo de objeção nos pareceres. TJ-RJ – Elaboração própria

Como recomendado pelo STF<sup>74</sup>, os magistrados devem identificar, pelo menos, três aspectos do pedido: 1) se há vedação legal sanitária; 2) se há decisão administrativa de não fornecimento; 3) se a Administração Pública não oferece tratamento para a doença e/ou a terapêutica requerida. Identificar a motivação da inclusão ou exclusão pelo gestor é a principal pergunta recomendada por esta corte.

Este estudo constatou que as informações contidas nos Pareceres NAT<sup>75</sup> permitem identificar os aspectos recomendados pelo STF, especificando pontos controvertidos do objeto da demanda, podendo assim o magistrado decidir sobre a necessidade de produção de prova pericial para dirimir a dúvida, por exemplo, sobre a eficácia terapêutica do medicamento<sup>76</sup>.

A análise de três processos categorizados na objeção “Medicamento não indicado para o tratamento da doença referida” exemplificam as possibilidades desta atuação do NAT.

<sup>74</sup> Sobre STF ver item As balizas do STF: o redimensionamento da judicialização da saúde e os parâmetros para o julgamento da demanda judicial.

<sup>75</sup> Ver item O Núcleo de Assessoria Técnica em Saúde (NAT): um novo ator interinstitucional do estado.

<sup>76</sup> Como discutido na parte teórica deste estudo o esforço deste aprofundamento, antes compreendida como reservado aos litigantes, no direito contemporâneo se amplia na perspectiva de um processo justo, e estabelece novos deveres aos magistrados no sentido de “buscar [a] verdade mais próxima possível da realidade dos fatos”, mesmo admitindo-se a impossibilidade de obter-se a verdade absoluta (ALMEIDA, 2011, p.179).

No primeiro caso, o requerente era assistido no Hospital Universitário, e foi diagnosticado como portador de Doença de Behçet, complicada por uveíte grave, que comprometia sua acuidade visual. Há relato do médico-assistente, de que todos os tratamentos tópicos e sistêmicos não reverteram o quadro e, dessa maneira, solicita a terapia com o medicamento Infliximabe. A objeção do NAT é apresentada da seguinte forma:

Cabe informar que o medicamento solicitado faz parte da Lista de Medicamentos Excepcionais padronizada e dispensada pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio de Janeiro na concentração de 10mg/ml injetável/frasco-ampola, entretanto a enfermidade que acomete o impetrante não é contemplada nos Protocolos para dispensação do medicamento.[...] O medicamento não tem indicação aprovada pela ANVISA para o tratamento de Doença de Behçet. Informamos que há relatos, na literatura científica, que a terapia com infliximabe apresenta resultados satisfatórios no tratamento de pacientes portadores da Doença de Behçet refratários aos tratamentos com corticosteroides e imunossuppressores. Porém, as publicações destacam a necessidade de estudos controlados para avaliar melhor a eficácia do infliximabe no tratamento da Doença de Behçet, bem como estabelecer consensos sobre a dose e o tempo de tratamento a serem utilizados (caso 3.0 parecer do NAT).

A partir dos elementos do Parecer supracitado podemos formular duas hipóteses: uso *off label* ou medicamento em pesquisa clínica para comprovação de um segundo uso. Na primeira hipótese deveria o magistrado se pronunciar sobre a validade da aplicação da vedação legal sanitária, frente à existência de indicação terapêutica na literatura. Na segunda hipótese, o requerente é sujeito de pesquisa e não cabe ao SUS arcar com o fornecimento do medicamento, mas a responsável pela pesquisa, conforme determina outra norma sanitária (Resolução CNS n.º 196/96). O desdobramento deste caso foi que a Defensoria Pública, em resposta à exigência judicial de pronunciamento sobre o Parecer, limitou-se a afirmar sua ciência do conteúdo, sem observações sobre qualquer aspecto do mesmo. Em seguida foi prolatada a decisão liminar, determinando a entrega do medicamento requerido, sem referência às objeções do NAT. O conteúdo do Parecer NAT foi enfatizado na contestação do estado e em ofícios da SESDEC-RJ, que informavam ao juízo as providências de compra do medicamento para cumprimento da ordem judicial. O parecer do Ministério Público não fez referência às objeções, e fundamentou-se nos precedentes jurisprudenciais, que afirmam a obrigação dos entes no fornecimento do medicamento, posicionando-se favorável ao pedido do autor. A sentença confirmou a decisão liminar, registrando no relatório a existência

do parecer NAT, sem qualquer menção ao seu conteúdo e/ou às possíveis questões de direito trazidas como hipóteses desta análise no início da descrição do caso.

O segundo caso refere-se a requerente portador de doença não especificada da medula espinhal, com quadro de mielopatia em investigação pela Hepatite C. A reivindicante fazia uso de gabapentina 300mg e baclofen 10mg, e se encontrava em tratamento em uma UNACON. Foi informado no Parecer NAT que o baclofen não integra nenhuma lista, que o medicamento gabapentina é de uso restrito e hospitalar, e está previsto no PCDT para o tratamento da Epilepsia Refratária. O Parecer não faz referência se há outra indicação para o uso da gabapentina, ou se é medicamento utilizado na indicação prescrita. Assim, pode-se definir que o ponto controvertido é que o demandante não atende aos critérios de inclusão no PCDT onde está previsto o fornecimento deste medicamento. O magistrado decide, à vista do Parecer, utilizando uma decisão padrão, autorizar o fornecimento, sem referir-se à objeção apresentada. Durante o processo também não foi formulada qualquer exigência no sentido do médico-assistente esclarecer sua prescrição, a princípio, sem indicação. A sentença confirma a decisão, enfatizando que os receituários médicos são prova cabal da necessidade do requerente.

O terceiro caso refere-se à demanda para o tratamento de Demência Vascular. O medicamento requerido é o rivastigmina em diversas dosagens, com períodos de uso, para cada dose, pré-determinados na prescrição. O Parecer informa que o medicamento está previsto no PCDT indicado para a Doença de Alzheimer e não há previsão de uso na bula para o tratamento de Demência. Informa, ainda, a existência de pesquisas clínicas que confirmam a eficácia do medicamento para a indicação requerida. É possível sintetizar como um uso *off label* recomendado cientificamente, apesar de não autorizado pela instância sanitária e o fornecedor. A transcrição do trecho do Parecer é ilustrativa do sentido da recomendação:

Informa-se que em se tratando de demência vascular, pode-se concluir que as evidências favoráveis ao uso dos anticolinesterásicos nessa patologia são consistentes. Vários estudos analisaram os três principais tipos de anticolinesterásicos disponíveis no mercado. Os resultados favoráveis desses ensaios clínicos para o tratamento da demência vascular se sustentam em um substrato hipocolinérgico que essa entidade mórbida possui. Então, esses estudos abrem caminho para uma futura aprovação dessas drogas no tratamento da demência vascular e mista por órgãos reguladores (caso 6.4. parecer do NAT).

A informação faz referência a um artigo científico publicado na Revista de Psiquiatria, sobre as evidências atuais do impacto terapêutico dos inibidores da acetilcolinesterase no transtorno cognitivo leve na demência vascular. Continuando o esclarecimento, o Parecer informa que não há aprovação da ANVISA para este uso e adverte ao magistrado sobre a extensão da responsabilidade civil médica nos casos de uso *off label*:

Diante disto, quando o medicamento é empregado nas situações descritas acima está caracterizado o uso *off label* do medicamento, ou seja, o uso não aprovado, que não consta da bula. O uso *off label* de um medicamento é feito por conta e risco do médico que o prescreve, e pode eventualmente vir a caracterizar um erro médico, mas em grande parte das vezes trata-se de uso essencialmente correto, apenas ainda não aprovado (caso 6.4 Parecer do NAT).

O Parecer faz, ainda, referência à informação acessada no site da ANVISA, sobre “Como a ANVISA vê o uso *off label* de medicamentos”. Esta ênfase à responsabilidade ética e civil médica pode ser compreendida como uma forma de afastamento da responsabilidade dos entes federativos, no caso de erro médico<sup>77</sup>. À vista do Parecer o juiz antecipa a tutela, confirma a decisão em sentença, e o MP se pronuncia de forma favorável à demanda, sem qualquer menção ao aspecto do uso *off label*.

Outra categoria de objeção que mereceu análise aprofundada dos casos [11] identificados foi a de **“Prescrição e/ou laudo médico insuficiente e/ou inadequada”**. Um deles é um caso (10.4) no qual o laudo médico juntado ao processo referia-se ao uso transdérmico de um medicamento, e na prescrição o medicamento é para uso interno. Na decisão liminar o juiz concede o fornecimento do medicamento pleiteado e determina que a requerente se pronuncie sobre o Parecer NAT que apontou a divergência e informou que o fornecimento do medicamento é de responsabilidade da SESDEC-RJ. A Defensoria Pública responde ao juiz sem esclarecer a divergência apontada, e informa que, apesar da tentativa junto ao SESDEC-RJ, o medicamento não foi fornecido.

Em outro caso desta categoria (6.11), o NAT aponta que as informações do laudo médico são ilegíveis e não possibilitam uma análise da condição patológica da requerente. A antecipação de tutela é deferida sem restrições, apenas determinando o cadastro do beneficiário no Programa Estadual de Dispensação de Medicamentos

---

<sup>77</sup>A hipótese de isenção dos gestores de saúde não é possível considerando a responsabilidade civil objetiva atribuída às instituições de saúde em relação aos seus profissionais.

Excepcionais. O cumprimento da decisão se dá por meio de sequestro de verba pública para compra, após busca e apreensão frustrada do medicamento, afirmado como disponível no Parecer.

No caso 3.5 a demanda se referia a medicamento não selecionado - cinacalcet 300mg. Este caso tem duas peculiares interessantes. A primeira delas é o pedido do MP de encaminhamento ao NAT, considerado tratar-se de medicamento fora de lista pública, a ausência do laudo médico e ser a receita da rede privada. A segunda é o ofício da Assessoria de Mandados da Subsecretaria Jurídica e de Corregedoria da Secretaria informando ao magistrado que o receituário médico não era legível, no que tange à posologia e duração do tratamento.

O juiz atende ao MP e o NAT responde, informando que “devido à sua recente introdução no mercado nacional, ainda não há diretrizes nacionais que orientem o uso desse fármaco”. O subsídio técnico utilizado no Parecer foi o “relatório da Comissão de Avaliação do *National Institute for Health and Clinical Excellence* (NICE/NHS), que orienta as políticas públicas de saúde no Reino Unido”. Conclusivamente, o Parecer aponta que o laudo médico acostado não continha informação precisa sobre o tratamento prévio da condição de hiperfosfatemia, o que é critério de exclusão para tratamento com calcitriol; mas este apenas informa o uso das terapias tradicionais no tratamento do hiperparatireoidismo secundário à doença renal. Uma informação relevante do Parecer e não trazida no Ofício-resposta é que o requerente é cadastrado na SESDEC, e faz uso do calcitriol e de outros medicamentos. Por fim, recomenda, complementarmente, que o médico avalie as demais opções terapêuticas disponíveis na SESDEC-RJ.

À vista do Parecer NAT, o MP considera não respondido pelo o autor o item II de sua promoção - laudo detalhado fornecido por Médico integrante da rede pública de saúde ou mediante perícia judicial - e reitera a necessidade de declaração médica relacionada à impossibilidade de uso do medicamento previsto no PCDT. O juiz determina que o processo seja remetido à DP, para que se manifeste sobre o parecer do NAT e atender ao MP. Até a data da análise não havia resposta da DP e a ordem liminar não havia sido cumprida. O caso é ilustrativo da força da intervenção do MP e das possibilidades de uso dos subsídios do Parecer do NAT

por outros participantes, e como os novos elementos vão sendo introduzidos na argumentação judicial.

Os outros dois casos identificados, as exigências eram relativas à apresentação de documento obrigatório para fornecimento de medicamento excepcional no SUS, que deve ser preenchido pelo médico - o Laudo para solicitação/autorização de medicamentos de dispensação excepcional em 04 vias (caso 4.8), sendo que um deles também se referia à usuária já cadastrada na SESDEC-RJ, que demandava uma nova terapêutica, não incluída em lista pública. Os desfechos desses casos também foram o sequestro de verba pública, sem que se adentrasse no mérito do fornecimento de medicamento não listado sem a comprovada utilização das alternativas terapêuticas disponíveis no SUS.

Os casos restantes [6], as objeções se referiam à ausência de posologia e de informações sobre a condição patológica do autor na prescrição e laudo médico, que comprometiam a avaliação técnica da necessidade do requerente. Em todos esses casos, o juiz concedeu a antecipação e se limitou a determinar a inscrição no Programa de fornecimento de medicamentos excepcionais, conforme determina o Aviso do TJ-RJ. Uma hipótese para tal desconsideração às objeções é que os magistrados considerem que as inadequações em relação à prescrição serão resolvidas no momento do cadastramento, e, a preocupação com o atendimento mais célere da necessidade do demandante. Mas, de qualquer forma, os processos não retornaram ao NAT ou foram esclarecidas ao longo do procedimento as pendências.

Um caso deste conjunto de casos com objeção do NAT ao pedido do autor merece descrição, pelo fato de ter sido levantada a possibilidade de fraude, por meio de análise técnica. O Parecer chama atenção para o fato de não constar no receituário médico informações para uma avaliação precisa do estado nutricional e/ou possíveis deficiências nutricionais para o requerimento de leite integral em pó e fraldas descartáveis, considerando que a condição patológica do demandante não requer “nenhum tipo especial de dieta”. O juiz, por sua vez, acolhe a dúvida:

À DP para se manifestar sobre o parecer técnico do NAT, quanto à necessidade de 30 latas de leite. Tendo em vista que tratar-se de um jovem de 21 anos com PARALISIA CEREBRAL COM TETRAPLEGIA, que não deve se alimentar exclusivamente de leite, na qualidade de suplemento

alimentar qual o tipo de leite e qual a quantidade a ser administrada, venha o laudo médico. (caso 14.1)

Em seguida, é concedida a tutela, considerando a situação de urgência, grave deficiência e hipossuficiência da requerente alegada pela Defensoria Pública, sem que esta apresentasse novo laudo médico. Porém, o juízo não dispensa a comprovação médica posterior, estabelecendo a revogação da tutela no caso de não apresentação:

A verossimilhança da alegação, por sua vez, é inquestionável, eis que o bem jurídico protegido é a vida, insuscetível de reparação posterior, razão pela qual DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, determinando que o Estado e o Município forneçam as FRALDAS ADULTAS TAM. M e o LEITE na quantidade conforme cota da Defensoria Pública a fls. 29 e 29vº, uma vez que o autor é portador de PARALISIA CEREBRAL COM TETRAPLEGIA, ATROFIA NOS QUATRO MEMBROS E DEFORMIDADE DA CAIXA TORÁXICA (CID G80). À parte autora para juntar o novo laudo médico, em 20 dias, na forma da cota da Defensoria Pública, sob pena de revogação da antecipação da tutela. Citem-se. Intimem-se, inclusive, as Secretarias. (decisão de antecipação de tutela, caso 14.1).

O juízo se mostrou atento a não resposta no prazo sinalizado e formulou nova exigência reiterando a anterior, sendo informado pela DP sobre o óbito do requerente.

### ***5.5 - Antecipação da tutela judicial: o primeiro ato decisório.***

A demanda judicial reclamando **assistência terapêutica contra ente público** em saúde, no cotidiano forense, transformou um “ato excepcional”, que é a concessão de tutela antecipada, em um “ato ordinário”, e forjou uma espécie de procedimento próprio para este tipo de demanda, a partir do uso estratégico das regras do procedimento comum e de instrumentos processuais extraordinários disponíveis. O NAT é um exemplo de inovação no fluxo processual para atender esta demanda específica.

Os estudos sobre o tema constatam a concessão praticamente absoluta (90%) da tutela judicial antecipada pelos magistrados aos pedidos dos cidadãos e as vantagens e desvantagens do uso desse instrumento excepcional. (VIEIRA; ZUCCHI, 2007; BORGES, 2007; PEREIRA et al., 2007; ROMERO, 2008; BOING, 2008; LEITE et al., 2009; SANT'ANA, 2009; CHIEFFI; BARATA, 2009; PEPE et al., 2009, 2010 a; VENTURA et al., 2010).

Nesse sentido, as análises do fluxo do processo entre a distribuição do pedido e a concessão da antecipação de tutela, do conteúdo das liminares e do seu cumprimento pelos gestores, tornaram-se centrais nos estudos sobre a demanda judicial em saúde. A fase processual que tem como desfecho o ato “liminar” concessivo é, de fato, o mais crítico para gestão de saúde, em razão da urgência do cumprimento da ordem, exigida pelo Judiciário; e para o demandante, que alega necessidades urgentes e com risco de dano, não atendidas pelo sistema de saúde. As principais características deste primeiro ato decisório judicial são sumarizadas na Tabela 15:

Tabela 15 Características das decisões judiciais de antecipação de tutela nos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, na Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Tempo entre o pedido e a concessão da tutela antecipada</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
0 até 2 dias	43	23,0
3 até 7 dias	48	25,6
8 até 14 dias	46	24,6
15 até 30 dias	21	11,2
30 até 60 dias	15	8,1
60 até 166 dias	11	5,9
Sem liminar	3	1,6
mediana > 16,32 máximo 166,00 mínimo > -2,00	187	100,0

<b>Uso do plantão judiciário</b>		
Ingresso do pedido no plantão judiciário	7	3,0
Ingresso da ação por distribuição comum	180	97,0

<b>Concessão da antecipação da tutela</b>		
Foi concedida a integral antecipação da tutela requerida.*	179	95,7
Foi concedida parcial antecipação da tutela requerida.	5	2,7
Não houve apreciação do pedido de antecipação da tutela	3	1,6
Indeferido pedido de antecipação de tutela	0	0,0

\*Em 05 processos as tutelas antecipadas foram concedidas no plantão judiciário.

<b>Exigências Judiciais para a Apreciação da Antecipação de Tutela</b>		
Não	170	90,9
Sim. Prescrição/Laudo SUS	4	2,1
Sim. Esclarecer/atualizar laudo/prescrição	5	2,7
Sim. Manifestar-se sobre o parecer do NAT	5	2,7
Sim. Outras.*	3	1,6

\*Comprovante de renda e retificação do réu no processo.

TJ-RJ – Elaboração própria

A pesquisa confirmou dados de pesquisas anteriores no Rio de Janeiro (PEPE et al., 2009) e de pesquisas nacionais referidas anteriormente. Em todos os processos analisados houve pedido e concessão de antecipação da tutela judicial. Somente em 03 (três) casos a demanda não foi apreciada. Em 01 dos casos o juiz considerou inadequada a solicitação, na forma de Mandado de Segurança e, ao formular a exigência de adequação da ação houve desistência da autora ao prosseguimento do feito. Nos outros dois casos, o juiz exigiu apresentação de prescrição e/ou laudo do SUS para apreciação do pedido, os autores não atenderam, e foi decretada a extinção do feito, por inércia da parte. Nos 05 (cinco) processos com concessões parciais, os indeferimentos se referiam a pedidos de depósitos caução como garantia; de multa cominatória; de fisioterapia domiciliar diária; de fraldas de determinada marca; de medicamento não incluído na prescrição médica. O resultado confirma que as concessões das tutelas foram absolutas considerando que o bem pleiteado foi concedido, restringindo-se apenas pedidos acessórios ao principal.

A introdução de qualquer ato processual implica em ampliação do tempo de tramitação do processo. O pedido de tutela antecipada formulado pelos autores exige rápida análise judicial, como disposto na lei processual. Nas questões de saúde a exigência pode aumentar frente à possibilidade de agravamento do estado de saúde e/ou outros danos mais extensos aos reivindicantes. Constatou-se que o tempo mediano entre o pedido do requerente e a concessão da tutela antecipada foi de 16 dias, na amostra analisada. O mínimo é a apreciação imediata, no mesmo dia do requerimento, e no máximo 166 dias (acima de 30 dias foram identificados 25 processos [13%]). Em pesquisa anterior sobre a mesma demanda judicial no período de julho de 2007 a junho de 2008 o tempo mediano foi de 7 dias (Pepe et al., 2009). O aumento do tempo no período desta pesquisa pode ser explicado em razão da introdução do pedido de elaboração do Parecer pelo NAT no fluxo processo. O prazo para elaboração do Parecer é de 48h, mas devem ser considerados os trâmites cartorários com registro e entrega ao NAT, devolução ao Cartório e remessa ao magistrado, na prática forense pode chegar a 5 dias úteis e justificar a ampliação do tempo observada.

Os tempos revelam que nem sempre a apreciação do pedido de tutela antecipada é imediata, o que pode motivar o uso do plantão judicial pelos

requerentes. O plantão judiciário consiste em uma alternativa disponível após o expediente forense, feriados e nos fins de semana. O juiz plantonista aprecia o pedido, adota as providências urgentíssimas e, se couber, o processo é distribuído para um dos Cartórios/Varas, por sorteio aleatório, que lhe dará encaminhamento, com a possibilidade, inclusive, de o juízo revogar a liminar concedida pelo plantonista ou concedê-la.

Dos 187 casos analisados, 07 (3%) processos ingressaram no plantão judiciário, sendo que em apenas dois casos o juiz plantonista não concedeu a antecipação de tutela determinando o prosseguimento do feito ordinariamente. Observou-se que somente em 02 processos os requerentes apresentaram justificativas adicionais, relativas ao encaminhamento do pedido no plantão judicial. As justificativas para o uso do plantão foram: a) não entrega de medicamento de uso contínuo e a proximidade do fim de semana, sem que o autor tivesse condições de adquiri-lo por conta própria; b) o atraso na aplicação da segunda dose de uma vacina, de alto custo, que poderia implicar em prejuízo do tratamento iniciado.

A decisão abaixo que indefere um pedido de análise da tutela antecipada ilustra o caráter de excepcionalidade do plantão judiciário:

Com efeito, verifico que o pedido não se coaduna com as hipóteses previstas na Resolução n 06/2009. A prestação jurisdicional no plantão judicial tem como objetivo o conhecimento das medidas de caráter urgente que devam ser apreciadas fora do expediente e que sejam inadiáveis. Dispõe o artigo 2.º da mencionada Resolução que o plantão judiciário destina-se, entre outras hipóteses, ao conhecimento de "medida cautelar, de natureza cível ou criminal, que não possa ser realizada no horário normal de expediente ou de caso em que a demora possa resultar risco de grave prejuízo ou de difícil reparação".

"No presente caso, o laudo médico que atestou a necessidade dos medicamentos não descreve qualquer risco iminente de morte ou de lesão irreparável ou de difícil reparação a justificar o conhecimento por este Plantão Judicial, devendo a questão deve ser submetida, conforme já exposto, ao Juízo Natural.

Deste modo, DEIXO DE APRECIAR o requerimento de antecipação de tutela, por não ser medida de competência deste Plantão. Intime-se (caso 4.8).

Encaminhado à distribuição, o pedido foi, ao final, concedido, após o cumprimento pela requerente da comprovação de receita SUS. Uma informação importante é que a receita SUS foi firmada pelo mesmo médico que havia concedido a prescrição inicial de origem privada, indicando a dupla possibilidade no

encaminhamento da demanda dos requerentes. O trâmite entre o pedido inicial e a concessão da medida teve duração de 40 (quarenta) dias.

Outro aspecto importante é a atuação do Ministério Público no Plantão Judiciário. O MP opinou de forma desfavorável em 01 dos 05 casos que apreciou, alegando a não comprovação da recusa da unidade de saúde na entrega do medicamento. Apesar da promoção desfavorável, o juiz de plantão concedeu a antecipação, considerando não justificada a exigência do MP, à vista da prescrição médica apresentada ser de unidade do SUS. O NAT não atua no Plantão Judiciário, mas os processos são encaminhados ao Núcleo quando ingressam na Vara de Fazenda para seguir os trâmites comuns.

Verificou-se uma maior frequência de encaminhamento no plantão judiciário de processos com advogados privados. Dos 06, somente 02 requerentes eram representados pela Defensoria Pública, o que pode ser explicado pela seleção mais rigorosa da Defensoria Pública nos casos que exigem atendimento no plantão, e o acesso mais facilitado ao advogado privado.

A boa prestação jurisdicional deve considerar a urgência requerida para a resposta, a excepcionalidade e a “dose certa” da medida liminar, ponderando os interesses e direitos de todos os afetados pela decisão. O pedido do autor, os documentos médicos apresentados e as informações do NAT constituem o conjunto probatório inicial, que o juiz tem para seu livre convencimento e que deve subsidiar e justificar sua decisão. Nesse sentido, a frequência e o tipo de exigência formulada pelos juízes para concessão ou manutenção do pedido da tutela antecipada podem indicar um maior cuidado da jurisdição e as principais dificuldades para a análise dos pedidos urgentes.

No TJ-RJ, constatou-se que em 110 processos (Tabela 13) o juiz apreciou a liminar à vista do parecer técnico expedido por esta assessoria, e que em 90,9% (Tabela 14) o juiz não formulou nenhuma exigência.

Em 17 processos foram identificadas exigências para a concessão da tutela antecipada, sendo que 14 se referiam a exigências de natureza médico-sanitária, sendo que em 04 o magistrado determinou a apresentação da prescrição/laudo SUS, em 05 o “esclarecimento e/ou atualização dos documentos médicos

apresentados”, e nos outros 05 foi exigido que o demandante se manifestasse sobre o parecer do NAT (Tabela 15).

A exigência processual de manifestação sobre o parecer abre uma clara possibilidade de “defesa prévia” do demandante às objeções, constituindo assim um tipo de “contraditório prévio”. Essa outra inovação procedimental da demanda em saúde no TJ-RJ, tem amparo na regra processual que estabelece o direito das partes conhecerem e se pronunciarem sobre qualquer documento juntado ao processo. A ciência do Parecer e a oportunidade de resposta ao novo documento apresentado são aspectos muito importantes na argumentação jurídica, na medida em que introduz novas premissas, que podem alterar o argumento e sua conclusão. Nessa esteira, as objeções do NAT ao pedido dos autores são igualmente de vital importância na argumentação e decisão judicial, que deverá considerar, à vista da existência do Parecer nos autos, seu conteúdo.

Um primeiro aspecto constatado é que dos 14 processos com exigência, a maioria deles [6] eram de uma única Vara de Fazenda Pública, sugerindo um maior rigor na análise do magistrado desta serventia.

Outro aspecto relevante deste conjunto de 14 processos com exigências para análise da tutela antecipada é que havia 04 requerentes já cadastrados e que recebiam medicamentos do componente especializado da AF, na SESDEC, para o tratamento da doença que motivou a demanda judicial. Os aspectos médico-sanitários em 05 processos referiam-se a medicamentos demandados não incluídos em lista pública, e sem alternativas terapêuticas no SUS; e em 08 processos, o NAT apresentou alternativas terapêuticas aos medicamentos demandados. Um único processo requerendo leite e fraldas, insumos não listados, a discussão era se os insumos estavam relacionados ao tratamento da doença especificada.

Nos casos sem alternativas no SUS [5] havia um medicamento de uso *off label* com evidência de uso para o caso, uma associação de medicamentos não prevista no PCDT, houve apenas um caso que o NAT alegou prescrição não adequada para o tratamento indicado. Nos 08 casos em que foram apresentadas alternativas terapêuticas, o Parecer sugeria reavaliação médica para substituição ou para continuidade do tratamento, já recebido pelos reclamantes. Apenas em dois casos - teriparatida para tratamento de osteoporose, e de insulina detemir para

diabetes - os Pareceres NAT apresentaram referências adicionais de estudos científicos e pesquisas clínicas, além dos constantes no PCDT e a RENAME. O principal argumento era a ausência de vantagens terapêuticas em relação aos medicamentos previstos no PCDT (custo-efetividade). A demonstração da correta escolha técnica do gestor é um forte argumento, que pode servir como parâmetro decisório, no sentido de priorizar a opção técnica da Administração<sup>78</sup>.

### **5.6 - Reação dos participantes às exigências judiciais e aos subsídios médico-sanitários do NAT para a concessão da tutela antecipada:**

Apenas em 01 dos 08 casos que o NAT apresentou alternativa terapêutica, houve aceitação do médico-assistente do requerente e a demanda foi solucionada sem tensão. Em 02 processos as respostas da Defensoria Pública foram essencialmente jurídicas, nos outros 05 processos foram apresentadas respostas médicas à impossibilidade de substituição.

A linha argumentativa da Defensoria Pública foi no sentido da não legitimidade da objeção do NAT à prescrição, considerando que estas foram emitidas por médicos da rede pública, após exame clínico do requerente. Nesse sentido, defendem a presunção de veracidade da prescrição SUS, que não pode ser afastada por Parecer com conteúdo informativo abstrato. Reforça, adicionalmente, a hipossuficiência financeira dos demandantes, a urgência da tutela e as dificuldades de marcação de nova consulta para reavaliação do caso<sup>79</sup>.

As respostas médicas ilustram certa tensão entre racionalidade clínica e epidemiológica na prática médica, e o fenômeno descrito por Uchoa, A.C. e Camargo Jr (2010), do acoplamento dessas racionalidades nesta “vivência das evidências” que privilegiam, afinal, o processo individual, aplicando a subjetividade e

---

<sup>78</sup> Ver estudo de Souza Neto (2008), ob. cit, quando trata dos parâmetros materiais para a deliberação nos casos de judicialização dos direitos sociais, em especial, o parâmetro da “Prioridade para a Opção Técnica da Administração”, que sintetiza na seguinte formulação: “Quando há divergência entre a solução técnica previamente apresentada pela Administração e a apresentada pelo demandante, a primeira tem prioridade prima facie sobre a segunda (SOUZA NETO, 2008, p.542).

<sup>79</sup> No estudo de Souza Neto (2008) obcit, um dos parâmetros para o julgamento de direitos sociais é o da “Legitimidade da Atuação Judiciária, em Regra, Restrita aos Hipossuficientes”, que sintetiza na seguinte formulação: “Os direitos sociais prestacionais só são exigíveis perante o Judiciário quando os seus titulares são incapazes de arcar com os seus custos com recursos próprios sem tornar inviável a garantia de outras necessidades básicas” (SOUZA NETO, 2008, p.539).

a autonomia técnica e relativizando as recomendações dos PCDT. O laudo médico a seguir transcrito expressa a inquietação e o sentimento da médica, semelhante ao relatado no estudo sobre a prática médica e os PCDT (UCHOA, 2009, p. 63), no sentido de que a “sua paciente” não era uma unidade daquela média, era o “seu caso”, que merecia especial consideração:

[...] 60 anos de idade, portadora de diabetes mellitus tipo 2, necessitando de insulina para controle das glicemias. Hipertensa de longa data, apresentando risco de AVC, e tendo os episódios de hipoglicemia bastante prejudiciais para esta paciente. **Achamos por bem não** substituir a Levemir por NPH. Desde já agradeço a vossa **compreensão** (grifo próprio, caso 4.11).

Outras respostas se mostram mais técnicas e com o desenvolvimento de um raciocínio mais elaborado, da mesma natureza que o apresentado pelo NAT:

[...] 80 anos, portadora de osteoporose grave com história de fratura de vários corpos vertebrais de coluna torácica e lombar e fratura, também osteoporótica de úmero direito em uso de teriparatida[...] subcutâneo há 5 meses devendo fazer uso deste medicamento por 18 meses, pois é o único medicamento que apresenta efeito anabólico ou osteoformador indicado no caso da referida paciente. Os medicamentos dispensados pelas secretarias estaduais e/ou municipais de saúde que fazem parte do protocolo de tratamento para osteoporose do Ministério da Saúde não apresentam efeito osteoformador e portanto, não se aplicam ao caso exposto (laudo médico, origem médico privado, Caso 4.8).

O medicamento teriparatida é apontado como o 9.º medicamento mais requerido, em estudo realizado em Minas Gerais, no período de 2005 a 2006 (Machado et al., 2011, pag. 595). Ele também foi objeto de discussão no STF, no recurso interposto pelo Estado do Piauí, na Suspensão de Segurança (SS3989). A decisão do STF merece ser transcrita, considerando que ajusta exatamente a questão discutida neste processo, e referida à mesma situação fática:

[...] O fornecimento do medicamento TERIPARATIDA aos pacientes, na hipótese dos autos, não representa grave lesão à ordem e à economia públicas.[...]Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 15 da Lei no 12.016/ 2009, verifico que a ausência da medicação solicitada poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida dos pacientes. Acrescente-se, ainda, que, em 17.03.2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, negou provimento a nove agravos regimentais interpostos contra decisões da Presidência desta Corte, para manter determinações judiciais que ordenavam ao Poder Público fornecer remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a pacientes portadores de doenças graves, em situações semelhantes a dos presentes autos, o que reforça o posicionamento ora adotado. (STA-AgR 175 - apenso STA-AgR 178; SS-AgR 3724; SS-AgR 2944; SL-AgR 47; STA-AgR 278; SS-AgR 2361; SS-AgR 3345; SS-AgR 3355, Tribunal Pleno, de minha Relatoria). Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão . Publique-se. Brasília, 7 de abril de 2010. Ministro GILMAR MENDES Presidente.

A resposta do requerente à substituição de outro medicamento, o evorilimo, chama atenção por conter, além do laudo emitido pelo Chefe do Transplante Renal da unidade que o requerente se encontrava em tratamento, um dossiê técnico para profissionais da saúde da indústria fabricante do medicamento pleiteado, e documentos informativos da Associação dos Renais e Transplantados do Estado do Rio de Janeiro. A juntada de documentos informativos da Associação e da indústria pode indicar pressão desse grupo para incorporação de certo medicamento no SUS.

Os recursos interpostos pelos réus contra as decisões (liminares e sentenças), não têm sido exitosos. O principal argumento dos acórdãos é a ausência de provas produzidas pelos Réus, capazes de comprovar a efetividade da substituição do medicamento pleiteado pelo requerente, como ilustra o acórdão abaixo:

FALTA DE SUBSÍDIOS PARA RECONSIDERAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. DESPROVIMENTO [...]irrelevante a existência de substitutos terapêuticos para o tratamento da moléstia em questão, porquanto trata-se de medicamentos distintos aos genéricos e similares, não havendo comprovação de que a substituição requerida pelo Estado desempenharia a mesma eficácia de tratamento, em relação aos medicamentos prescritos pelo médico especialista. Ademais, não pode o ente público pretender entregar medicamento diverso daquele prescrito pelo médico responsável pelo tratamento da doença do paciente, segundo critérios de maior conveniência para a Administração Pública. A substituição do medicamento prescrito para o autor só pode ser efetivada mediante nova prescrição do médico responsável pelo tratamento. [...] De fato, determinar o fornecimento de todo e qualquer remédio prescrito importa em transferir para o médico o poder de impor à Administração o fornecimento de medicamentos, poder este que é inerente e exclusivo do Juiz, após acurada análise do caso. Assim, havendo pedido de fornecimento de novo medicamento, insumo ou material, e afim de evitar a propositura de sucessivas demandas judiciais pelo mesmo autor, em razão da alteração das prescrições médicas relacionadas à doença descrita na inicial, poderá ser aplicado o disposto no art. 471, I, do CPC, admitindo-se a alteração dos medicamentos, após decisão judicial nestes autos, sempre que sobrevier modificação no tratamento, em se tratando de prestações continuadas, desde que garantida a intimação do réu para se manifestar. Também revela-se razoável permitir ao Poder Público que forneça medicamentos genéricos, que contenham as mesmas substâncias prescritas pelo médico, se tal medida for menos onerosa. Destarte, não trouxe a parte agravante, à baila, argumentos que justifiquem a reforma da decisão proferida por este relator, impondo-se sua manutenção (acórdão, caso 14.14).

Em outro caso a instância superior também manteve a decisão singular, acrescentando que a inclusão do requerente no Programa Público existente, mesmo que este utilize medicamento não previsto na lista pública, não é medida desarrazoada

Paciente portador de diabetes mellitus tipo 2. Programa da rede municipal de saúde. Interesse de agir. Carência de ação não configurada. Cadastramento. Necessidade. Artigo 1º, §3º da lei 11.347/06. Substituição do medicamento. Impossibilidade. Especificidades inerentes ao tratamento. Prevalência da prescrição médica. [...] Havendo programa da rede pública de saúde destinado a implementar o referido imperativo, o cadastro do paciente se revela medida desejável, porquanto atende aos interesses daqueles que dependem dos medicamentos, bem como serve de instrumento para que o poder público melhor organize suas finanças. Havendo prévia inscrição no respectivo programa, a lei nº 11.347/06, em seu artigo 1º, assegura aos portadores de diabetes o recebimento gratuito, junto ao sistema único de saúde - sus, dos medicamentos e utensílios necessários para o tratamento. Medida administrativa cuja iniciativa incumbe ao próprio ente público. Demonstrada mediante receituário médico a impossibilidade de substituição do fármaco indicado por outro disponibilizado na rede pública, a orientação do profissional de saúde prevalece. Conhecimento e desprovemento do agravo nominado. Ao rechaçar a preliminar de cerceamento de defesa, assentou-se às fls. 149-v/150: apesar de as razões recursais pautarem-se na premissa de que "o juízo sequer exigiu que a parte fizesse a prova da ineficácia ou inadequação do programa público de diabetes" (fl. 109), tal assertiva encontra-se dissociada dos autos.

### **5.7. O cumprimento pelos Réus da decisão de antecipação da tutela**

Na discussão sobre os efeitos das ordens liminares na gestão de saúde, uma das principais dificuldades apontadas pelos gestores constitui o cumprimento da ordem judicial liminar no prazo estabelecido pela instância judicial. Outra forte crítica está associada ao tipo de medida constritiva, aplicada ao gestor, quando do descumprimento da ordem.

Entre os processos nos quais houve fixação de prazo para o cumprimento da ordem liminar, o prazo máximo estabelecido foi de 30 dias; em 47,7% dos casos, as decisões não estabeleceram prazo para o cumprimento em dias, apenas enfatizam a urgência no cumprimento ou indicam o cumprimento imediato da ordem tão logo recebida.

Algumas decisões estabelecem previamente medidas constritivas, no caso de descumprimento. Observou-se que a busca e apreensão do bem determinado consistiu na medida mais comum [35,3%]. Acrescente-se que há um percentual significativo [34,2%] de decisões que não estabelecem previamente as medidas coercitivas.

A aplicação de medidas constritivas por parte do Judiciário é um aspecto nevrálgico, no que diz respeito tanto ao controle/tripartição dos poderes quanto à

efetividade das respostas judiciais. A pesquisa observou que, dos 171 processos com informações sobre a aplicação dessas medidas, em 104 [55,6%] não foram aplicadas medidas constritivas. A tabela a seguir evidencia que, dentre as medidas mais aplicadas para dar efetividade à ordem judicial, a busca e apreensão do bem determinado, seguida pelo bloqueio de valor para compra, e a aplicação das duas medidas de forma sucessiva ou concomitante, por exemplo, quando um dos medicamentos pleiteados é apreendido e outros não estão disponíveis no estoque do gestor.

Tabela 16 Distribuição de processos judiciais individuais referentes a prestações de saúde, segundo medidas constritivas estabelecidas na decisão judicial para cumprimento da ordem liminar. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Medidas constritivas estabelecidas na decisão judicial no caso de descumprimento da ordem liminar</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Sim. Busca e apreensão do bem determinado	66	35,0
Sim. Sanção genérica	19	10,0
Sim. Outras medidas*	16	8,6
Sim. Multa diária.	15	8,0
Sim. Bloqueio de valor \$ para compra pelo requerente	4	2,2
Não	64	34,0
Sem decisão liminar	3	2,1
<b>Total</b>	<b>187</b>	<b>100,0</b>

\*10 casos determinam medidas sucessivas de multa diária e bloqueio do valor \$; e em 6 casos determinam medidas sucessivas de busca e apreensão e bloqueio do valor \$  
TJ-RJ – Elaboração própria

Tabela 17 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo medidas constritivas aplicadas aos réus para o cumprimento da ordem liminar. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Medidas constritivas aplicadas contra o(s) Réu(s)</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Não	104	55,6
Sim. Busca e apreensão do bem determinado	46	24,6
Sim. Bloqueio de valor \$ para compra pelo requerente	9	4,8
Sim. Busca e apreensão e bloqueio de valor \$ para a compra	12	6,4
Sem informação	13	6,5
Sem decisão liminar	3	2,1
<b>Total</b>	<b>187</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

O resultado aponta que, em praticamente metade dos pedidos há aplicação de medidas constritivas contra os réus, o que pode ser justificado pelo número de medicamentos não presentes nos estoques dos entes públicos, por desabastecimento ou por não constar de listagem pública. O fato é que os gestores de saúde continuam com dificuldades de gerir a demanda judicial, com efeitos negativos para a relação entre Executivo e Judiciário local e com prejuízos para os requerentes/população.

Só foi possível identificar as datas precisas da entrega dos medicamentos determinados na ordem liminar aos requerentes em 23 processos, o que revela uma falha do procedimento, pois, ao menos, nos 67 casos onde ocorreram busca e apreensão, a informação deveria estar registrada nos autos.

A Tabela 18 apresenta o tempo entre a concessão da liminar e a efetiva entrega do bem pleiteado, que pode justificar a aplicação das medidas constritivas: A grande maioria dos processos teve tempo superior a 60 dias.

Tabela 18 Tempo entre a concessão da tutela e a entrega da prestação pelo gestor, nos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Tempo</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
12 a 15 dias	2	8,7
15 a 30 dias	1	4,4
31 a 60 dias	2	8,7
61 a 120 dias	9	39,1
Acima de 120 dias*	9	39,1
<b>Total</b>	<b>23</b>	<b>100,0</b>

\*O máximo foi 329 dias

TJ-RJ – Elaboração própria

Constata-se que, na grande maioria dos processos, os prazos determinados para a entrega não são cumpridos, seja por atraso na notificação do gestor, seja pela entrega ao requerente do bem pleiteado.

Apesar da concessão absoluta de tutelas antecipadas, os réus só recorreram da decisão em 16 processos. Dos 16 recursos, apenas 08 foram julgados em segunda instância até a data da análise. Somente em um caso houve reforma parcial da decisão, que não causou restrição ao pedido dos requerentes.

Após a concessão da “liminar” e concomitante às providências para o cumprimento desta, o procedimento deve retomar seu curso ordinário determinando-se a citação dos Réus para contestação, no prazo legal, do pedido do requerente e da decisão judicial “liminar”. O Réu terá, portanto, a oportunidade de se insurgir contra a antecipação de tutela deferida, apresentando provas contrárias à pretensão do requerente, conforme exposto anteriormente. A tutela antecipada, então, poderá ser revista pelo próprio juiz que a concedeu ou por instâncias colegiadas superiores, no curso do processo ou, ainda, ao final, na sentença, quando se verifica se a prestação solicitada não era devida. Nesses casos, como o autor recebeu antecipadamente o que não lhe era devido, deve indenizar o réu.

### **5.8 - O SUS no banco dos réus: a defesa dos entes federativos.**

A efetividade das respostas técnicas no sentido de melhorar os desfechos das ações judiciais tem sido muito discutida e mereceu capítulo próprio da publicação do CONASS, sobre a gestão do SUS, com recomendações de fluxos e de relatórios técnicos sobre como subsidiar as respostas judiciais (CONASS, 2011).

O tema tem sido encaminhado sob dois ângulos. O primeiro concerne às respostas dos gestores, que ainda são realizadas de forma modelar, automática, com ênfase nas questões de competência de fornecimento entre as esferas de governo, de alocação e de escassez de recursos públicos para atendimento da demanda individual. O segundo dirige-se às respostas automáticas e modelares dos juízes, que legitimam a prescrição médica sem observar aspectos médico-sanitários relevantes no caso. Ambas as circunstâncias são apontadas como desfavoráveis para o requerente, que deve ter acesso ao tratamento, seguro e adequado; cuja qualidade do tratamento também é de responsabilidade dos réus, como provedores da assistência à saúde no sistema brasileiro.

Em linhas gerais, recomendam que os seguintes aspectos devem estar explicitados na defesa técnica: **segurança sanitária e proteção da saúde do demandante**. Os casos mais citados de violação à segurança sanitária e proteção da saúde são os pedidos de medicamentos sem registro, importados, de prescrição para uso *off label* ou em pesquisa clínica, e sem evidências científicas para a doença declarada. A necessidade de respostas proativas dos réus-gestores tem

sido apontada, no sentido de uma oferta de alternativas terapêuticas disponíveis e previstas nos PCDT e nas listas nacionais, com o intuito de demonstrar ao Judiciário as possibilidades do SUS, não se limitando apenas ao jargão “este medicamento não está padronizado” ou à questão da “reserva do possível”, sob viés estritamente financeiro. Concomitante à defesa técnica no âmbito judicial, recomendam ações informativas à população, convênios com instituições públicas, como a expressa na Resolução CNJ 31/2010, por exemplo, com a Defensoria Pública e Ministério Público, para a inclusão imediata do demandante nos Programas governamentais<sup>80</sup>. Por fim, é dada especial atenção às possibilidades e estratégias para cumprimento das ordens judiciais, considerando a legislação vigente, que regulamenta o financiamento e as compras públicas (BRASIL, 2011).

Estas medidas são tidas como indispensáveis para a conquista da credibilidade do SUS e da confiança na gestão pública junto ao Judiciário; de modo a evitar a incorporação de medicamentos sem evidências ou com baixo custo-efetividade, comprometendo o orçamento da saúde; para garantir a segurança sanitária e a proteção da saúde do cidadão, considerando, inclusive, o montante de prescrições medicamentosas inadequadas (CONASS, 2011; MACHADO et al., 2011; PEPE et al., 2010 b); LOPES et al., 2008).

A estratégia de defesa do gestor de saúde inclui a responsabilização do médico que prescreve medicamento não indicado e está expressa na orientação do CONASS, que afirma:

Algumas demandas determinam o fornecimento de medicamentos prescritos para tratar doenças não contempladas na bula do medicamento, portanto sem indicação e autorização formal de uso para aquela indicação. Este fato deve ser informado na defesa considerando que nestes casos a responsabilidade é do médico que prescreve o medicamento, o qual assume o eventual risco relacionado ao seu uso. [...] Nesses casos, é importante informar o Conselho Regional de Medicina, para providência em relação a conduta médica (CONASS, 2011, p. 151).

O momento da intimação do gestor para o cumprimento da ordem judicial liminar tem sido considerado o mais adequado para apresentar uma robusta defesa técnica e resistir às decisões judiciais que determinam a entrega de prestações de

---

<sup>80</sup> Reitera-se informação anterior que uma das respostas do TJ-RJ à demanda judicial foi o Aviso 32/2008 do TJR-RJ, que recomenda constar da ordem judicial que o requerente seja incluído em programa de saúde; o estudo constatou que esta recomendação vem sendo cumprida pelas sentenças.

saúde não disponíveis ou inadequadas. A estratégia processual e política é buscar reverter à ordem judicial, recorrendo às instâncias superiores.

A estratégia de fortalecimento da defesa técnica com ênfase no uso das alternativas terapêuticas disponíveis no SUS se mantém válida, no sentido de consolidar jurisprudência favorável nos Tribunais Superiores. Por meio desta consolidação, o gestor tem mais chances de alterar o padrão de decisão na primeira instância do Judiciário, mesmo que o magistrado tenha liberdade decisória garantida em lei, para julgar à vista dos fatos e das provas produzidas sob sua condução.

A questão argumentativa que se coloca nessa estratégia é que temos como regra do discurso que se um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado, ficando aquele se utilizar dele com o encargo deste argumento. Na prática forense é muito comum o recurso à jurisprudência para justificar a decisão e os pedidos. Aquele que pretende alterá-lo fica com a tarefa de construir nova linha argumentativa e submetê-la à legitimação pelas instâncias judiciais e sociais. Este processo de validação de um novo argumento implica em decisões, pedidos e respostas não automatizadas ou padrão, que busquem novas premissas ou proposições que inovem a conclusão. Este é o trabalho atual das Procuradorias Gerais que defendem os entes federativos: buscarem novas proposições e comprová-las. A dificuldade é que essas novas proposições são, de fato, de natureza técnico-científica, portanto, empíricos, e dependentes de outro tipo de argumentação, a argumentação científica, que tem suas dificuldades próprias (MIGUELOTE, CAMARGO JÚNIOR, 2010).

A partir destas considerações, esta pesquisa buscou constatar a frequência com que os réus recorreram da decisão de antecipação de tutela. Dos 187 processos analisados, somente em 16 [8,6%] houve recurso de um dos réus (agravo de instrumento) se opondo à decisão de antecipação da tutela. O Estado do Rio de Janeiro agravou da decisão em 10 processos, e o Município do Rio de Janeiro, em 06 processos. Dos 16 recursos, apenas 08 foram julgados em segunda instância até a data da análise, confirmando a instância superior integralmente às decisões de primeira instância. Em um único caso houve reforma parcial da decisão, determinado o fornecimento de medicamento constante da lista estadual, similar ao pleiteado. O acórdão, que se utiliza da expressão chave “similar”, sugerindo o uso

comum e não técnico-sanitário desta, acabou sendo pouca efetiva, pois já havia execução e entrega do medicamento na primeira instância. O caso tratava de medicamento que se encontrava no PCDT, mas não havia sido escolhido como o medicamento da lista do estado; discricionariedade esta permitida ao gestor estadual em relação aos PCDT nacionais, na gestão do componente especializado da AF.

O procedimento judicial não é interrompido com a concessão da tutela antecipada, há apenas uma ampliação dos atos ordinatórios iniciais do juiz<sup>81</sup>. Assim, concomitante ao recebimento da intimação para cumprimento da ordem liminar, os réus são intimados a contestarem o pedido dos requerentes.

O ato de contestar consiste em momento muito importante no discurso judicial, pois o réu deve apresentar todas as alegações e provas a seu favor, além de requerer outras necessárias.<sup>82</sup> Tanto no discurso racional prático como no jurídico a resposta é um momento nevrálgico, pois o conteúdo da resposta pode alterar o encargo do argumento, como abordado anteriormente.

Assim, se a princípio o ônus da prova cabe ao requerente, o réu, ao trazer novas proposições à argumentação assume o ônus de sustentá-los, ou seja, ele traz para si o encargo do argumento, cumprindo as regras do discurso, como “3.2. Quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema a discussão precisa apresentar uma razão para fazer isto; 3.3. Quem quer que tenha apresentado um argumento só é obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários” (ALEXY, 2001, p. 294).

Nesse sentido, a pesquisa também buscou constatar os principais núcleos argumentativos da contestação dos réus que, ao final, em conjunto com os pedidos

---

<sup>81</sup> Importante recuperar a informação analisada anteriormente, de que em 51,9% [97] da amostra analisada, há parecer do NAT antes deste despacho inicial do magistrado.

<sup>82</sup> Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir. Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo: I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato; III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público (BRASIL, 1973a).

dos autores, identificam os fatos diante dos quais o magistrado deve intervir, e sobre eles recairão os efeitos da decisão.

Dos 187 processos analisados havia um total de 257 contestações dos Réus, do 1.º e 2.º Réu, como evidencia a tabela abaixo:

Tabela 19 Distribuição de contestações apresentadas processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Contestações apresentadas pelos réus com 1.º ou 2.º Réus</b>	<b>1.º Réu</b>	<b>2.º Réu</b>	<b>Total</b>
Estado do Rio de Janeiro	56	76	132
Município do Rio de Janeiro	81	41	122
Município de Nilópolis	1	0	0
Município de Duque de Caxias	0	1	1
Município de Nova Iguaçu	1	0	0
Município de São Gonçalo	1	0	0
<b>Total</b>	<b>140</b>	<b>118</b>	<b>258</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Os argumentos predominantes contrários à pretensão dos requerentes puderam ser identificados nas contestações, agrupados e verificadas as frequências destes. O resultado é apresentado na Tabela 20:

Tabela 20 Distribuição dos principais argumentos utilizados pelos réus, nas contestações apresentadas processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Núcleos centrais dos argumentos dos réus nas contestações*</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Medicamento não incluso em lista(s) públicas e/ou PCDT.	202	50,5
Medicamento de responsabilidade de outro ente federativo que não o Réu na ação.	165	41,4
Medicamento com alternativa terapêutica disponível no SUS.	16	4,0
Insumo de competência da assistência social	7	1,8
Documento médico insuficiente/inadequado	4	1,0
Falta de interesse de agir do requerente, o medicamento está disponível no SUS	4	1,0
Concordou com o pedido do autor	1	0,3
<b>Total</b>	<b>399</b>	<b>100,0</b>

\*Pode haver mais de um argumento nas contestações analisadas.

TJ-RJ – Elaboração própria

Os dois principais argumentos estão relacionados às regulamentações administrativas. O argumento da evidência científica é utilizado de forma limitada, na justificativa da não seleção do medicamento. A questão do custo-efetividade, também é abordada tenuamente, como atributo do medicamento que garantiria a eficiência administrativa exigida de uma política pública, no sentido de “mais oferta para mais pessoas”.

Verifica-se, retomando o dado apresentado anteriormente, que os núcleos centrais argumentativos das contestações se aproximam das objeções do NAT (Tabela 14), que na categoria “medicamento não presente na(s) lista(s) pública(s) e/ou PCDT” foi utilizado em 46,7% dos Pareceres NAT. Já a categoria “medicamento com alternativa terapêutica disponível no SUS”, nos Pareceres NAT foi utilizado em 39,3% do total, e nas contestações em apenas 4,01%. Esta diferença no uso do argumento “alternativa terapêutica disponível” pode ser explicada em razão das dificuldades de compreensão pela Procuradoria Geral dos aspectos médico-científicos deste tipo de argumento. Outro aspecto a considerar é que não utilizar a alternativa terapêutica disponível não significa estar certo ou errado, do ponto de vista clínico, e, afastado evidente erro médico, a prescrição, a princípio, expressa o que é mais adequado e razoável ao indivíduo, considerando às condições e circunstâncias do caso.

A argumentação médica sobre ser ou não a “alternativa terapêutica disponível no SUS” adequada ao seu paciente, se aproxima do tipo de racionalidade da argumentação judicial, que, igualmente, não pode ser avaliada como certa ou errada. Assim, a afirmação de possibilidade de substituição pode depender de produção de novas provas, para a comprovação de que a alternativa disponível no SUS é adequada ao caso individual. Nesse sentido, a pesquisa revelou que apenas 02 pedidos do total de processos foram requeridas novas provas além das apresentadas na inicial, mas, nenhum dos pedidos objetivavam comprovar a possibilidade de uso de alternativa disponível.

Os medicamentos não selecionados e a obrigatoriedade do cidadão utilizar alternativa terapêutica disponível é um dos aspectos mais nevrálgicos na discussão desta demanda judicial. Os estudos empíricos realizados comprovam isto. No Rio de Janeiro, pesquisas que compararam os medicamentos pleiteados frente à oferta

destes em listas públicas indicaram que, no período junho/2007 a junho/2008, 66 % dos medicamentos requeridos não faziam parte de alguma lista pública (PEPE et al., 2009); no período de 2006, o percentual encontrado foi de 51,9% (PEPE et al., 2008). Machado et al. (2011) em seu estudo em Minas Gerais (período de 2005 a 2006), identifica percentual semelhante ao do Rio de Janeiro, aproximadamente 56%. Estudos no Estado de São Paulo em diferentes períodos indicam os seguintes percentuais de medicamentos não pertencentes à lista oficial: Macedo (2010) identifica 66,2%; Chieffi e Barata (2009) 77,0%. Em Santa Catarina, Pereira (2006) identifica que em 59,0% dos processos dos medicamentos pleiteados pela via judicial não pertenciam aos programas de assistência farmacêutica do SUS. A questão da possibilidade de uso de alternativa terapêutica é de difícil análise, como destaca Tanaka (2008) ao discutir a decisão do STF que obrigava o Estado do Rio Grande do Norte a fornecer um medicamento não selecionado no SUS, apontou a dificuldade para avaliar a pertinência ou não da solicitação judicial com os elementos contidos nos autos do processo, por exemplo, as informações relativas ao uso de outros medicamentos pelo demandante. Como já analisado anteriormente, apesar de identificarmos um percentual grande de laudos médicos apensados aos processos pesquisados, o conteúdo destes ainda são limitados para a análise necessária.

Outro argumento frequente dos réus está associado à objeção de solidariedade dos entes, no cumprimento das ordens judiciais. Alegam a existência de definição legal e pactuação entre os entes, que não autoriza a condenação solidária dos entes federativos, com efeitos danosos para a gestão, considerando as regras financeiras e orçamentárias. Por sua vez, a jurisprudência é robusta, no sentido de que os réus devem se compensar entre si, sem prejuízo da entrega imediata da prestação requerida ao cidadão. A solidariedade jurídica dos entes federativos nas prestações de saúde é compreendida pelo Judiciário, como garantia constitucional do cidadão para a efetividade do direito, que se insere em um sistema único. O empenho dos gestores para alterar esta tese é justificado, pois as compensações entre os entes federativos, autorizadas no instituto da solidariedade, reenviam para o Executivo o encaminhamento e a deliberação acerca da distribuição de encargos entre os entes federativos para custeio da saúde, trazendo ônus político

e constrangimentos para as relações entre estados, municípios e união federal, e, assim, mais gravosas do que a intervenção direta do Judiciário.

## 5.9 - O Ministério Público e o NAT

A presença ativa do Ministério Público nas ações judiciais individuais que envolvem prestações de saúde foi um dos achados deste estudo que mereceu atenção especial, em face da ausência de dados sobre esta atuação nas ações individuais. Contudo, a investigação se restringiu ao aspecto do uso do Parecer NAT e/ou de argumentos médico-sanitários nas promoções do MP e sua influência no processo decisório.

O MP se pronunciou sempre antes da sentença judicial. Nos 187 processos identificou-se atuação do MP em 125. Destes 125, em 95 processos houve atuação do NAT. Aprofundou-se a análise desses 95 processos que havia atuação do NAT e do MP. A Tabela a seguir mostra a posição do MP, em relação ao pedido dos autores à vista do Parecer NAT.

Tabela 21 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, segundo a posição do MP ao pedido. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Posição do MP</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Favorável ao pedido	80	84,2
Parcialmente favorável ao pedido	15	15,8
<b>Total</b>	<b>95</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Nos 15 processos em que o MP se posicionou parcialmente favorável às restrições aos pedidos foram as seguintes:

a) em 07 casos, o MP opinou no sentido de que a sentença limitasse a entrega do medicamento com receita SUS atualizada, que atestasse a avaliação periódica do tratamento, e que fosse facultada ao gestor a entrega do medicamento similar ou genérico. As restrições referentes à receita SUS atualizadas e à entrega do medicamento similar ou genérico foram acatadas nas sentenças prolatadas.

b) Em 03 casos o MP opinou de forma desfavorável em relação à condenação do dano moral requerido em razão do não fornecimento do medicamento; a sentença também acolheu, negando a indenização. Em um único caso o MP

entendeu a não procedência do pedido de insumos de higiene, mas a sentença não acolheu, considerando que se relacionava ao tratamento (fraldas).

c) Os 04 casos restantes merecem atenção especial. Tratam de Promoções em que o MP opinou no sentido de que os requerentes comprovassem por meio de perícia judicial ou laudo do SUS minucioso, a excepcionalidade do caso e a imprescindibilidade do medicamento pleiteado para a efetividade do tratamento, não integrante de lista pública ou PCDT vigente. Três, dos 04 processos com Promoção neste sentido, já possuíam sentenças no momento da análise deste estudo, e, assim, pode-se constatar que os magistrados não acataram o pedido de realização da prova pericial, considerando a prescrição e laudos apresentados suficientes.

A Promoção do MP se lastreia nas balizas do STF, analisadas anteriormente, e opina no seguinte sentido:

Destarte, entende este órgão de execução ministerial indispensável à aferição da procedência do pedido autoral a comprovação da imprescindibilidade do medicamento não padronizado, seja porque a autora é portadora de condição especial, a contra-indicar a prescrição do fármaco usual, seja porque deve ser cientificamente demonstrado o equívoco do protocolo clínico adotado pelo Ministério da Saúde. [...] Destarte, por tudo que se vem expor, requer o Ministério Público que i) seja demonstrada por meio de laudo detalhado fornecimento pelo médico assistente da autora ou por intermédio de perícia judicial, a imprescindibilidade do medicamento pleiteado, na forma da presente promoção (caso 3.16).

A sentença responde, afastando o pedido de uma maior dilação probatória e sem referência ao Parecer do NAT:

Parecer do Ministério Público opinando pela juntada de laudo detalhado fornecido pelo médico da autora (fls.63/65). É o relatório. Decido. Trata-se de ação proposta pelo rito ordinário onde pretende a autora a condenação dos réus a fornecerem o medicamento necessário ao seu tratamento de saúde, tendo em vista apresentar quadro de "Câncer de Mama". De início, indefiro o pedido de fls. 59 e 65, uma vez que desnecessários ao deslinde da causa. Ademais, a autora comprova a doença e a necessidade da medicação através do laudo médico e receituário de fls. 14/15.[...] Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida ou fazer prevalecer o interesse do Estado, não resta alternativa senão garantir ao cidadão carente de recursos o direito ao tratamento médico. Ademais, a jurisprudência está consolidada no sentido da pretensão esboçada na inicial, como se vê de precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça [...]. De toda forma, a autora provou, satisfatoriamente, através de atestado médico e receituário, a necessidade de utilização do medicamento descrito na inicial, não tendo sido produzida nenhuma prova em sentido contrário que afastasse tal pretensão.[...] JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar os réus a fornecerem à autora o medicamento pleiteado na inicial, bem como os que venham a ser necessários no curso do tratamento, desde que

comprovada a necessidade por atestado médico fornecido por hospital da rede pública (sentença caso 3.16).

Em outra sentença que teve igual Promoção do MP, a sentença apenas acolheu o pedido de reavaliação periódica e receita SUS, reafirmando a prioridade da prescrição médica:

Requer o autor os medicamentos e insumos elencados 03, comprovados pelos documentos de fls. 14/15, prescrição médica do SUS, para o tratamento de Enfisema Pulmonar por deficiência de alfa antitripsina.[...] O Ministério Público ofereceu parecer, opinando pela procedência em parte do pedido. (fls. 46/49). É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR. Trata-se de ação em que a parte Autora pretende o fornecimento dos medicamentos de fls. 03 e receita de fls. 14/15 sob o fundamento de ser portadora de ENFISEMA PULMONAR POR DEFICIÊNCIA DA ALFA 1 ANTITRIPSINA, e não possuir recursos financeiros para arcar com a compra dos referidos insumos necessários à sua saúde. Autorizado está o julgamento do feito no estado[...]. A parte Autora ofereceu prova documental que comprova a necessidade da medicação pedida na inicial, bem como comprova a sua hipossuficiência, por isso, desnecessária qualquer outra prova.[...] JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, tornando definitiva a antecipação de tutela deferida e CONDENO o Estado do Rio de Janeiro, na obrigação de fazer consubstanciada no fornecimento do suplemento alimentar indicados às fls. 03, ou similar desde que indicados por médico do SUS, na quantidade também ali indicada pelo tempo que se fizer necessário, bem como insumos/medicamentos que a parte autora venha a necessitar para o prosseguimento do tratamento conforme a prescrição médica, condicionado o fornecimento à realização de exames médicos em estabelecimento hospitalar público semestralmente (caso 13.5).

Um aspecto importante é a ênfase à origem SUS desses documentos, que, segundo as leis civis têm presunção de legitimidade, primeiramente, por se tratar de documento público, segundo, por ter sido emitido por profissional habilitado para ato privativo daquela profissão. A questão é o magistrado não permitiu o aprofundamento do contraditório apontado, restringindo a atuação do MP.

### 5.10 - A sentença judicial: características gerais do ato decisório singular.

A sentença põe fim à tramitação do processo judicial na primeira instância.

Observou-se, nesta pesquisa, os seguintes tempos

Tabela 22 Tempo entre a concessão da tutela e a entrega da prestação pelo gestor, nos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Tempo entre o requerimento inicial e a sentença</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Menos de 60 dias	2	1,8
De 61 a 90 dias	8	7,0
De 91 a 120 dias	14	12,3
De 121 a 180 dias	34	29,8
De 181 a 365 dias	40	35,1
Acima de 365 dias	16	14,0
<b>Total</b>	<b>114</b>	<b>100,0</b>

\*O máximo de dias foi 656. Há 114 sentenças, dos 187 processos analisados, sendo que 109 com julgamento do mérito, as outras 5 foram extintas.

TJ- RJ- Elaboração Própria

O mínimo foi de 2 dias e as sentenças referiam-se a indeferimentos por questões processuais. O máximo foi de 656 dias. 64,9% das sentenças são prolatadas entre 120 a 365 dias. Os tempos entre o requerimento e a decisão judicial são objeto de metas para a melhoria da prestação jurisdicional estabelecidas pelo CNJ<sup>83</sup>, e os tempos da Comarca da Capital são compatíveis com as exigências.

A principal característica dos processos judiciais que envolvem prestações de saúde é a ausência quase absoluta de provas técnicas nesses processos. As pesquisas confirmam a não realização de prova técnica ou de outras provas materiais específicas, relativas à necessidade do demandante ao tratamento pleiteado, na maioria dos processos (PEPE et al., 2010b, 2011; MACEDO, 2010; MARQUES, 2011).

Se não há requerimento de provas a serem produzidas pelas partes e o juiz está convencido dos fatos, a partir dos documentos e argumentos apresentados, a

<sup>83</sup>O cumprimento das metas estabelecidas pelo CNJ pelas diversas instâncias judiciais são acompanhadas pelo órgão (CNJ, 2011b).

lei processual admite que o juiz julgue antecipadamente o processo. Se o juiz também constata que a controvérsia entre as partes não se refere a fatos, mas exclusivamente sobre a aplicação de determinada lei, qualifica a questão como meramente de direito, dispensando a produção de provas.

Todas as sentenças analisadas julgaram antecipadamente a lide, com as provas documentais pré-constituídas e apresentadas pelas partes. Ao final da fase postulatória, a questão da necessidade de saúde do demandante se estabelece como comprovada, a partir das provas pré-constituídas pelo demandante, que, na maioria das vezes, é a mesma que serviu de respaldo para o deferimento da antecipação da tutela judicial. É rara a juntada de novos documentos espontaneamente ou a requerimento da outra parte ou do juízo. A comprovação médica da situação do demandante e de sua necessidade terapêutica não é somente acatada como verdadeira e absoluta pelo juiz, mas também pelo réu, que não requer ou apresenta elementos que possam relativizar a afirmação dos demandantes, no tocante terapêutica requerida ou à possibilidade de substituição desta conforme oferta do SUS.

Nesta pesquisa, a peculiaridade dos processos analisados é a atuação do novo ator no processo, o Núcleo de Assistência Técnica aos juízes, que o TJ-RJ, e, nesse sentido, verificou-se que o Parecer NAT produz análise técnica do pedido e documentos apresentados pelo autor. Quais os efeitos desses pareceres e como são incorporados na sentença é a pergunta que se buscou responder, após perscrutar as principais características gerais da sentença.

Iniciaremos a análise das sentenças por seus argumentos legais e jurídicos. Tais argumentos são estruturantes no discurso jurídico, nos Estados de Direito Democráticos. Além disso, a escolha de determinados dispositivos legais e enunciados normativos indica os elementos em jogo, em dada controvérsia judicial.

Na análise da frequência dos argumentos legais e jurídicos nas sentenças foram identificados, basicamente, cinco conjuntos. O primeiro é constituído por 383 citações de dispositivos constitucionais, com destaque para o art. 5º caput e §1.º inciso XXXV, combinado com o art. 6, caput, art. 23 inc II, 196 caput, 198 inc. II. O segundo, com 71 citações, refere-se à Lei Federal n.º 8.080/90, que é tratada de maneira genérica, servindo para destacar a garantia da assistência integral à saúde

na lei infraconstitucional. O terceiro refere-se a requisitos processuais previstos nos artigos do Código de Processo Civil, citados 56 vezes. O quarto é constituído por dispositivos da lei constitucional estadual, com ênfase nos art. 269, 296 e 299, relacionados às obrigações do estado com a assistência à saúde, e conta com 55 citações. Por fim, 51 citações da jurisprudência<sup>84</sup> do STF, STJ e TJRJ.

A robusta fundamentação constitucional, reiterada na reprodução da jurisprudência e nas citações da Constituição do estado do Rio de Janeiro, consolida a ideia predominante do direito à saúde, orientado pelo valor da dignidade da pessoa humana, e seu *status* de direito fundamental, em razão da forte correlação com o direito à vida. Os efeitos práticos desta qualificação são que, por sua importância, tais direitos têm aplicação imediata e suas regras programáticas são dotadas de eficácia plena; outrossim, destaca a obrigação à prestação devida pelo ente público, independentemente de regulamentação infraconstitucional.

Os argumentos centrais das sentenças fundamentados pelos dispositivos legais citados são:

1. Há risco de dano irreparável à saúde e, conseqüentemente, à vida do demandante, que comprovou por meio dos documentos médicos, a imprescindibilidade da prestação requerida para a recuperação de sua saúde.
2. A União, Estados e Municípios são solidariamente responsáveis pela garantia do direito fundamental à saúde de modo que qualquer desses entes tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda por medicamento, cabendo ao demandante escolher a quem pleitear.
3. O Estado tem o dever de fornecer todos os meios necessários, gratuitamente, especialmente aos hipossuficientes, que não contam com recursos para custeá-lo.
4. O direito à saúde não pode ser obstaculizado por normas infraconstitucionais nem tampouco por restrições orçamentárias não comprovadas, ou em razão do custo da prestação pleiteada. Há evidente preponderância do direito à saúde sobre regras orçamentárias e administrativas.

A Tabela 23 apresenta a distribuição das sentenças com julgamento do mérito, que totalizou 109. Do total [187] processos selecionados para análise de

---

<sup>84</sup>Define-se jurisprudência como o entendimento reiterado do tribunal acerca de determinado tema, representado pelo conjunto de decisões homogêneas para casos semelhantes.

conteúdo, somente 114 (61%) havia sentença à época da análise, e destas somente 109 o juiz se pronunciou sobre o bem ou serviço demandado, excluindo-se aquelas que o juiz extinguiu o feito por razões meramente processuais, como inércia do demandante em responder, óbito, etc.

Tabela 23 Distribuição das sentenças com julgamento do mérito nos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro de 2009 a outubro de 2010.

<b>Parte dispositiva da SENTENÇA</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Sentença PARCIALMENTE favorável ao autor	10	9,0
Sentença TOTALMENTE favorável ao autor	99	91,0
<b>Total*</b>	<b>109</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Observou-se que em 91% [99] a sentença de mérito confirmou integralmente a tutela antecipada concedida, que determinou a entrega do bem reclamado pelo autor, após ouvir os réus e analisar os argumentos e as provas pré-constituídas apresentadas. Em 10 casos [9%] a sentença foi parcialmente favorável e os pedidos indeferidos referiam-se a: 05 pedidos de prestações futuras, obrigando os réus a fornecerem todos os medicamentos que o demandante vier a necessitar ao longo do tratamento; 03 pedidos de indenização por dano moral em razão do constrangimento e do risco à saúde decorrentes das dificuldades de acesso à prestação de saúde; 01 pedido de cheque caução a ser depositado à disposição do juízo para garantia do cumprimento da obrigação imposta na decisão; e 01 pedido de medicamento de determinada marca.

Os pedidos específicos de prestações futuras e o da entrega de medicamento genérico foram destacados, foram analisados anteriormente<sup>85</sup>. Observou-se neste estudo que as sentenças, independentemente da postulação das partes, determinam a entrega do medicamento genérico ou similar ao pleiteado para o tratamento, desde que com a mesma eficácia terapêutica, e de prestações futuras que os requerentes necessitem. Esse aspecto será aprofundado adiante.

<sup>85</sup> Ver capítulo: A demanda dos cidadãos e a busca de cuidado via justiça. O nascimento do processo judicial.

Outro aspecto confirmado nas sentenças e já analisado anteriormente, quando se tratou dos participantes e da antecipação de tutela, é a hipossuficiência econômica dos demandantes e a repercussão desta característica nas decisões. Os julgadores dão ênfase à hipossuficiência econômica do requerente, no sentido de que o Estado não pode recusar o fornecimento de medicamentos “àqueles ainda mais necessitados”.

Aprofundou-se a análise dos deferimentos com o intuito de identificar a presença do Parecer NAT nos processos, com sentenças de julgamento do mérito, e o tipo de referência feita a este Parecer. A Tabela 24 apresenta o resultado:

**Tabela 24 Distribuição das sentenças segundo a presença de referência do parecer NAT, nos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público. Comarca da Capital - Rio de Janeiro. Estado do Rio de Janeiro, setembro de 2009 a outubro de 201**

<b>Instância Judicial TJ-RJ</b>	<b>Sentença com julgamento do mérito</b>	<b>Parecer NAT</b>	<b>Sentenças referindo Parecer NAT</b>
1ª Vara de Fazenda Pública	5	5	0
2ª Vara de Fazenda Pública	3	0	0
3ª Vara de Fazenda Pública	12	10	2
4ª Vara de Fazenda Pública	13	9	0
5ª Vara de Fazenda Pública	7	6	0
6ª Vara de Fazenda Pública	3	2	0
7ª Vara de Fazenda Pública	4	1	0
8ª Vara de Fazenda Pública	4	1	0
9ª Vara de Fazenda Pública	14	13	1
10ª Vara de Fazenda Pública	9	8	0
13ª Vara de Fazenda Pública	11	7	2
14ª Vara de Fazenda Pública	11	9	4
15ª Vara de Fazenda Pública	13	12	6
<b>Total</b>	<b>109</b>	<b>83</b>	<b>15</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Das 109 sentenças com julgamento do mérito, constatou-se parecer do NAT em 83 dos 109 processos. As sentenças nos processos com atuação do NAT [83], apenas 15 se referiam à existência de Parecer do NAT no relatório da decisão, sem aprofundamento dos subsídios técnico-científicos contidos no documento. A

distribuição dessas sentenças pelas Varas de Fazenda demonstra que a maioria não faz referência aos conteúdos do parecer do NAT, ou o faz eventualmente, no sentido de confirmar a necessidade do demandante ao tratamento. Interessante que na análise desses 15 processos que a sentença se referia ao Parecer NAT, 05 deles haviam formulado exigências anteriores com base nos subsídios do NAT. Não foi possível identificar relação de causalidade entre a referência do Parecer NAT e o uso de subsídios médico-científico, até porque esses subsídios se restringem a reafirmar que a prescrição e laudo médico são soberanos, quando não comprovada sua não veracidade pela parte contrária.

Nos 18 processos judiciais identificados com pedidos de novas insulinas (asparte, detemir e glargina) em substituição as ofertadas pelos SUS são exemplares da não absorção pela decisão judicial de elementos técnico-científicos, que motivariam e justificariam a não inclusão de medicamento na lista pública, e, ao menos, comprovar-se a possibilidade de substituição do tratamento pela insulina ofertada no SUS.

O argumento desenvolvido nesses Pareceres NAT sobre pedidos de novas insulinas inicia defendendo que as novas insulinas não possuem custo-efetividade para sua inclusão nas listas públicas. Afirma que o parâmetro de custo-efetividade é o adequado para a formulação de políticas de saúde, no sentido que possibilita uma maior oferta de tratamento para um maior número de pessoas, em razão do custo mais baixo e da eficácia terapêutica equivalente. Refere-se, ainda, a pesquisas clínicas e outros estudos científicos sobre o tema, que comprovam a inexistência de vantagens terapêuticas superiores das novas insulinas, se comparadas ao tratamento convencional ofertado no SUS. Mesmo nos poucos processos que foram apresentados novos laudos, os médicos-assistentes dos requerentes não refutam diretamente os estudos, restringindo-se a afirmação de que seus pacientes não respondem bem a insulina NPH, e, quando submetidos à insulina biológica, respondem melhor.

A análise das sentenças sugere que a referência eventual ao Parecer NAT pode estar relacionada às exigências formuladas ao longo do processo, ou mesmo, ao cumprimento da lei processual que estabelece a inclusão no relatório do registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Se verdadeira esta

última hipótese, a ausência da referência na maioria das sentenças seria uma expressão do entendimento de que a intervenção do NAT não é significativa para ser considerada entre as principais ocorrências.

As sentenças em sua maioria absoluta consideraram suficiente a prescrição médica e outros documentos médicos apresentados pelos autores, para comprovação do demandante à terapêutica pleiteada. Os réus não buscaram desconstituir esta validade, mas defenderam a tese da Prioridade da Opção Técnica da Administração (SOUZA NETO, 2008) no caso do direito à assistência terapêutica, afastando-se da comprovação técnico-científica da efetividade de possíveis substitutivos terapêuticos aos requeridos. O Parecer NAT, por sua vez, não foi considerado documento probatório, e nem poderia ser assim considerado, pois, como já abordado, tem o propósito de servir ao livre convencimento do juiz, na condução do processo ou na decisão.

A pergunta se o Parecer NAT influenciou ou não este livre convencimento não foi possível responder diretamente, a partir da leitura das sentenças, e da ausência de produção de outras provas que pudessem comprovar a inadequação das prescrições e laudos médicos e/ou o Parecer NAT. A unanimidade das sentenças consideraram presumida a validade, suficiência e veracidade absoluta dos documentos médicos apresentados pelos autores. Assim, restaram apenas, dois aspectos contrários aos pedidos dos autores alegados nas contestações dos réus, a serem analisados: se os entes federativos devem ser solidariamente responsáveis pelo fornecimento da terapêutica requerida; e se devem ser responsáveis pelo fornecimento de todos os medicamentos e insumos que os demandantes necessitarem ao longo do tratamento.

Das 109 sentenças com mérito analisadas, 80 reconheceram o direito dos demandantes receberem prestações futuras e genéricas. No capítulo sobre o pedido dos autores este aspecto foi amplamente discutido. O resultado deste aspecto nas sentenças aponta para o entendimento dominante de que este tipo de decisão não caracteriza uma condenação genérica, pois especifica a enfermidade, nos limites do pedido do autor. Argumentam os juízes respaldados em súmula dos tribunais superiores, que nada justifica obrigar o demandante a mover a máquina judiciária,

toda vez que houver alteração na prescrição medicamentosa ou o aparecimento de um novo medicamento mais eficaz no mercado.

É irrazoável exigir-se da parte autora a impetração de sucessivas ações judiciais a cada medicamento que necessitar para tratamento de Glaucomatoso, pelas disposições do Enunciado nº116 da Súmula Predominante do Tribunal de Justiça, na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento da doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia. Em 08/11/2010 (1.ª Vara de Fazenda Pública, processo n.º 274057-51.2010.8.19.0001)

Resta, por fim, a análise da solidariedade dos entes públicos, a seguir desenvolvida. Este é um aspecto bastante relevante na discussão atual, juntamente como a questão do acesso aos medicamentos não listados e a obrigatoriedade de uso dos substitutivos terapêuticos ofertados no SUS.

#### ***5.11 - A solidariedade dos entes públicos nas prestações de saúde em juízo: Um por todos ou todos por um?***

Das 109 sentenças com julgamento do mérito, 92 havia mais de um réu demandado, e desta apenas 01 decisão não considerou a solidariedade dos réus. A única decisão que considerou excluído o município réu, em razão do domicílio do demandante, entendeu que neste caso não se aplica a solidariedade a outro município, mas em relação ao estado. A linha argumentativa é clara na transcrição da sentença:

A preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo 1º réu não merece prosperar, uma vez que a obrigação de internação e tratamento da saúde da parte autora com o conseqüente fornecimento de medicamentos e insumos necessários é solidária, cabendo à parte optar em face de quem proporá a ação. No que concerne à preliminar de ilegitimidade passiva argüida pelo 2º réu, esta merece acolhida, uma vez que a autora reside na cidade de Nilópolis, e não no Município do Rio de Janeiro.

Uma das hipóteses que se admitia é que a identificação e comprovação do ente responsável pudessem alterar as decisões nesse sentido. Em dois outros projetos anteriores, foi desenvolvido instrumento de busca que servisse, exatamente, para esta identificação<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> ACESSO À SAÚDE E ACESSO À JUSTIÇA: DIFUSÃO DA LEGISLAÇÃO, financiado pela FAPERJ, 2009, e coordenado pela Dra. Vera Lúcia Edais Pepe. Este projeto resultou em dois

Constatou-se que o Parecer NAT identifica as leis e regulamentos vigentes relacionados com a terapêutica requerida, e, assim, a hipótese acima poderia ser verificada. A análise a seguir buscou explorar, exatamente, esses subsídios do Parecer do NAT, com o propósito de compreender o não afastamento dos magistrados da tese da solidariedade.

A Tabela, a seguir, demonstra que a informação sobre os entes responsáveis pelas prestações de saúde requeridas pode ser encontrada na maioria dos Pareceres:

Tabela 25 Distribuição dos processos judiciais individuais de assistência à saúde contra ente público, por ente federativo responsável pela prestação de saúde (financiamento ou fornecimento ao usuário) segundo Parecer do NAT. Comarca da Capital, TJ-RJ, setembro/2009 a outubro/2010.

<b>Ente público responsável</b>	<b>N</b>	<b>%</b>
Federal	7	5,5
Estadual	35	27,3
Municipal	38	29,7
Federal + Estadual	5	3,9
Estadual + Municipal	19	14,8
NAT não define responsabilidade	24	18,8
<b>Total</b>	<b>128</b>	<b>100,0</b>

TJ-RJ – Elaboração própria

Em 97 processos, o Estado e o Município são apontados como os principais responsáveis, isoladamente ou em conjunto, pela terapêutica requerida e/ou indicada pelo NAT. Essa predominância do Estado e Município pode ser explicada em razão do objeto do estudo, que se restringe aos processos em tramitação do TJ-RJ, no qual atua o NAT, e que tem a competência para julgar as ações judiciais contra esses entes, e não o ente federal. Os 24 Pareceres sem definição de responsabilidade, pelo NAT, tratou de pedidos de medicamentos e/ou insumos não selecionados pelo ente público.

Em 106 (82,8%) dos 128 Pareceres analisados havia a informação sobre a Unidade de Saúde e/ou Programa de Saúde que os medicamentos e/ou insumos

---

produtos, a atualização de um CD sobre legislação de Assistência Farmacêutica no SUS, financiado também pela FAPERJ, em 2008, e o material didático para realização de oficinas com profissionais da justiça e da saúde.

são dispensados aos usuários. Mas, apesar das informações, as ordens judiciais continuaram sendo dirigidas a ambos os réus, de forma indistinta.

Interessante observar que nem sempre a informação do Parecer NAT está atento as informações existentes sobre a Unidade de Saúde de origem da prescrição médica, apresentada pelo demandante. Em um dos casos analisados, a origem do atendimento da Requerente era o Hospital Geral de Bonsucesso, credenciado como UNACON. Concedida à tutela antecipada, o estado do Rio de Janeiro recorreu da decisão, com fundamento na competência expressa da União Federal, juntando, inclusive, a lista de CACON e UNACON, apresentada também no Parecer. Em sede recursal o Desembargador-relator se pronunciou no sentido de que o estado do RJ “esclarecesse em quantos dias poderia, efetivamente, encaminhar a agravada aos CACON’s ou UNACON’s” (caso 3.11). Tudo isto sem se observar que a Requerente já era assistida por UNACON, que originou a demanda judicial.

O tratamento oncológico tem sido objeto de forte contestação do estado e município nas sentenças analisadas. O caso especial deste tratamento é a especificidade da política de atenção e financiamento atual, que inclui o medicamento no procedimento pago pelo SUS. O estudo identificou 11 processos com Parecer do NAT, somente em 02 processos as prescrições tiveram origem em serviço privado de saúde, e 01 caso de atendimento em Unidade Municipal de saúde. Nesses três processos o encaminhamento para as unidades listadas fazia sentido. Mas, em 08 processos do total [11] as prescrições e laudos foram emitidos por um dos UNACON ou CACON indicados no Parecer NAT.

O entendimento judicial da existência de responsabilidade solidária entre Municípios e Estado nas prestações de saúde é prevalente. A maioria absoluta das sentenças refutaram as contestações dos entes federativos, no tocante à ilegitimidade passiva<sup>87</sup> e responsabilidade subsidiária. Diversos enunciados e súmulas referidas nas decisões endossam o entendimento. Mas, são muitas as críticas que apontam que a condenação solidária, tem efeitos danosos para a gestão da saúde, considerando que um dos entes é obrigado a “pagar à conta” do outro, comprometendo seu orçamento e o próprio planejamento e execução deste

---

<sup>87</sup> A impossibilidade de ser ré na ação.

orçamento, e os entes federativos prosseguem buscando alterar a jurisprudência dominante.

A manutenção da tese da solidariedade e de ordens judiciais dirigidas a ambos os réus, e a não absorção da informação do Parecer neste sentido, pode ser justificada, no sentido que os juízes desejam dar maior celeridade ao processo, e efetividade ao direito reivindicado. A linha argumentativa predominante conjuga a compreensão da hipossuficiência do usuário nesta relação jurídica, em especial, na identificação da responsabilidade dos entes, que, como já visto é, de fato, complexa, bem como a ausência de prejuízo dos réus, como ilustra a transcrição de parte da sentença a seguir:

[...] Regularmente citado, o Estado do Rio de Janeiro apresentou contestação, argüindo em preliminar o princípio da descentralização da gestão. Alega que o Estado do Rio de Janeiro não pode ser condenado ao fornecimento de medicamento que se encontra fora da lista constante na Portaria 2.981/2009 do Ministério da Saúde. Requer o chamamento ao processo da União Federal, tendo em vista que o ente federal é o responsável pelo fornecimento de medicamentos não padronizados. [...] Tendo em vista que a parte autora afirma a existência do dever de fornecimento da medicação pelos réus, possuem estes legitimidade para figurar no polo passivo, não cabendo o chamamento ao processo da União Federal. [...] Já a obrigação específica em fornecer os medicamentos necessários, aqueles que deles necessitem, encontra amparo no art. 296 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro: 'A assistência farmacêutica faz parte da assistência global à saúde, e as ações a ela correspondentes devem ser integradas ao sistema único de saúde, garantindo-se o direito de toda a população aos medicamentos básicos, que constem de lista padronizada dos que sejam considerados essenciais.' Assim, a solidariedade entre os dois Réus é clara, não cabendo qualquer distinção entre quem deve prestar a obrigação, pois que a solidariedade atua nas relações externas, como fenômeno jurídico uno, vale dizer, para o credor da obrigação e, nas relações internas, o que existe é uma co-responsabilidade, pouco importando, para o credor, se a responsabilidade de um dos devedores é subsidiária ou supletiva, porque é o mecanismo da co-responsabilidade entre os sujeitos de um mesmo polo que faz com que a solidariedade funcione. Nesse sentido, merece guarida a pretensão neste feito aduzida [...] (caso 13.6 – grifo nosso).

Ao julgar um recurso de agravo de processo referente ao tratamento oncológico, a Câmara Cível manteve a decisão que antecipou a tutela e a obrigação dos réus. O acórdão enfatiza a fonte primária da solidariedade dos entes federativos na efetivação de direitos sociais, afirmando:

O conceito de "Estado", conforme o emprega a Constituição da República, tem sentido amplo, atribuindo a responsabilidade em foco a todos os entes da Federação. Não se acolhe, portanto, nenhuma tese de exclusão da responsabilidade da pessoa política estadual, ora agravante, no atendimento ao direito fundamental à saúde (caso 3.11 - relatório do agravo de instrumento).



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescimento da demanda judicial por bens e serviços de saúde contra ente público revela a força da definição constitucional da saúde como direito subjetivo, individual e coletivo, e da ampliação de instâncias e instrumentos democráticos de acesso ao Judiciário. A consolidação da via judicial como alternativa de encaminhamento de reivindicações individuais sugere a existência de problemas referentes à absorção e condução das demandas coletivas desta natureza, pelos canais institucionais tradicionais do Executivo e Legislativo. A atuação judicial nos Estados de Direito Democrático é legítima e imprescindível para a consolidação democrática. Porém, a alta intensidade de uso de recursos judiciais para o acesso a bens e serviços de saúde no Brasil exige esforços no sentido de operar reformulações necessárias nas relações e interações entre os Poderes. E, também, dos canais institucionais responsáveis pela condução e deliberação dos conflitos, na busca por alternativas mais ágeis e resolutivas no atendimento às demandas coletivas vocalizadas individualmente.

Há relativo consenso de que a demanda judicial em saúde revela, por um lado, os limites e as insuficiências das políticas de assistência à saúde vigente, e, por outro lado, a pressão do setor produtivo de introdução de novas tecnologias nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde. O aspecto positivo do fenômeno consiste em um possível efeito impulsionador do Executivo, no sentido de ampliar algumas ações e programas de saúde, na tentativa de minimizar o peso das principais demandas judiciais, como aquelas de Assistência Farmacêutica. Por outro lado, não há registro de redução das solicitações, apesar da ampliação de alguns programas e ações. Ao contrário, observa-se o crescimento de outros tipos de demandas judiciais em saúde, como de internações, exames diagnósticos, cirurgias, insumos de suporte para o tratamento. O resultado deste estudo revelou que, no período e na amostra estudada, 50% [174] dos processos judiciais referia-se a pedidos de medicamentos, percentual equivalente às outras solicitações.

A intensidade da demanda individualizada de medicamentos acarretou preocupações sanitárias de significativa relevância para a saúde da população, como a constatação de que o Judiciário vem desempenhando um papel legitimador

da prescrição médica, pouco crítico e automatizado, em um contexto de medicalização crescente da sociedade, no qual verifica-se um uso inadequado de medicamentos, uma pressão da indústria farmacêutica para incorporação de novos medicamentos, com predomínio de interesses econômico-financeiros, em detrimento dos de saúde pública. Acrescente-se a crença disseminada no acesso às novidades terapêuticas, como dado capaz de solucionar rapidamente todos os problemas de saúde.

Uma das propostas de racionalização da demanda judicial em saúde, de forma benéfica para o indivíduo e à população em geral refere-se a que os magistrados considerem as normas técnicas e os regulamentos sanitários do sistema público de saúde na análise dos pedidos individuais. Cabe acrescentar que, também, outros elementos médico-científicos baseados em evidências devem ser considerados. . A proposta desta Tese foi refletir acerca das formas de utilização desses argumentos médicos e sanitários na argumentação judicial, que envolve o direito à assistência à saúde. A estratégia de observação foi a descrição das maneiras como se desenvolveu o apoio técnico-científico do NAT, disponível no TJ-RJ, nos processos judiciais desta natureza.

Um dos pressupostos deste estudo foi que o cumprimento das regras do discurso jurídico racional é um dos possíveis caminhos de incorporação, no processo decisório, da dimensão técnico-científica do conflito, de forma adequada, afastando-se do modo pouco crítico e automatizado da atuação judicial. Um segundo pressuposto foi que a simples intervenção técnica, apesar de necessária, não seria suficiente para que se alcançasse este adequado entrelaçamento dos elementos fáticos, médico, sanitários e circunstanciais, com os jurídicos, no caso concreto, considerando as dificuldades epistemológicas e o acoplamento de diferentes racionalidades envolvidas na argumentação e de decisão judicial.

Um primeiro resultado, inovador do estudo, foi a constatação de que a intervenção técnico-científica do NAT é solicitada pelos magistrados, quase que exclusivamente nos processos judiciais de medicamentos. Em 128 processos com atuação do NAT, apenas 13 se referiam a outros insumos. Este resultado pode ser explicado pelas preocupações sanitárias iniciais, que se referiam aos pedidos de

medicamentos. Foram estas solicitações que suscitaram a questão no STF e motivaram o reconhecimento de repercussão geral e a audiência pública. Também no âmbito da gestão judiciária uma série de recomendações do CNJ enfatiza aspectos da demanda de medicamentos, além de orientar e estimular a realização de seminários e atividades de aprimoramento dos magistrados em direito sanitário, e a realização de convênios para o apoio técnico no processo decisório.

A proposta de assessoria técnica nas ações judiciais em saúde também expressou a expectativa do Executivo em reduzir/neutralizar a soberania da prescrição médica, e legitimar os instrumentos de gestão da clínica, utilizados pelo setor saúde, no Judiciário, como os PCDT e as listas públicas de medicamentos. A proposta de análise técnica recomendada a nível nacional aponta fortemente na direção de uma busca pela adequação das ordens judiciais à regulamentação sanitária, norteadas, a princípio, por métodos legitimados cientificamente e no âmbito político.

A ênfase na prioridade *prima facie* da escolha técnica da Administração Pública constitui um parâmetro razoável e largamente aceitável para a deliberação judicial sobre o acesso a bens e serviços no sistema público de saúde. O próprio STF, nas decisões sobre o tema, após a audiência pública, de maio de 2009, reconhece e enfatiza a importância da análise e ponderação, entre a escolha técnica da Administração Pública e a do médico-assistente, no sentido de garantir aos demandantes a terapia eficaz para sua recuperação, disponível no sistema de saúde, ou no caso da ineficácia da alternativa ofertada, o fornecimento da prescrita pelo médico, desde que não seja experimental e possua registro em alguma instância sanitária.

O estudo constatou que a intervenção do NAT ingressou no trâmite processual, por demanda própria dos magistrados do TJ-RJ, em 85% dos processos, antes da apreciação da tutela antecipada, requerida pelos autores em 100% da amostra analisada, conforme padrão nacional. A vantagem da intervenção neste momento processual consiste na possibilidade de os magistrados identificarem inconsistências médicas e sanitárias nos pedidos e documentos apresentados pelos requerentes, já neste primeiro momento decisório. Além disso,

serviria como diretrizes qualificadas para a condução do processo e aprofundamento dos elementos médico-- sanitários em jogo pelos participantes.

O resultado da análise do conteúdo dos Pareceres NAT indicou que a assessoria técnica oferece os principais subsídios médicos e sanitários, de caráter normativo técnico-científico, com ênfase nas possibilidades de adequação do pedido do requerente às alternativas disponíveis no SUS. Nesse sentido, as principais objeções do NAT aos pedidos dos requerentes se referiram a “medicamento não presente na(s) lista(s) pública(s) e/ou PCDT” [46,7%]; e a existência de “medicamento com alternativa terapêutica disponível no SUS”, em 53 [39,3%].

Este resultado corroborou o que outros estudos apontam, identificando semelhanças na problemática médica-sanitária de demanda judicial de medicamentos no Rio de Janeiro, em comparação com a de outros locais. O aspecto que concentra maior tensão de conteúdo técnico-científico e político são os medicamentos não listados e os pedidos de medicamentos que integram o componente especializado da Assistência Farmacêutica, mas não atendem aos critérios do PCDT, ou revelam desatualização desses protocolos. Foram também identificados pedidos apontados pelo Parecer NAT como uma escolha terapêutica com evidência científica, mas ainda não incorporadas aos programas do SUS e, ainda, uso divergente ao proposto pelo PCDT. Este último, relacionado à prescrição de uso *off label* e com possíveis dificuldades de interpretação e aplicação dos PCDT pelos prescritores. Este parece ser um importante aspecto a ser considerado pelo Executivo. A elaboração de PCDT não necessariamente implica que seja utilizada pelos profissionais no cotidiano da assistência, persistindo o desafio para que as “decisões” da gestão da saúde sejam compreendidas e assimiladas pelos profissionais da saúde. Outro aspecto, também confirmado na análise, foi o das limitações da regulamentação administrativa, que não oferecem opção de escolha, no caso de contraindicação do medicamento prescrito, e os pedidos com concentrações e formas farmacêuticas não padronizadas.

Apesar da intensidade da atuação do NAT verificou-se que foram poucos os juízes que se utilizaram das informações dos Pareceres para aprofundarem pontos controvertidos da demanda judicial. Nos poucos casos em que foram identificadas

exigências judiciais aos autores para a apresentação de novo laudo ou para pronunciamento acerca das objeções do NAT, as respostas foram limitadas, sendo algumas insuficientes, e todas seguidas por concessão de tutela antecipada, com fundamento no documento médico apresentado. Entre as respostas, destacaram-se as exigências e a argumentação da Defensoria Pública, representante de 53,5% dos demandantes, no sentido da ilegitimidade das exigências formuladas pelo Núcleo, considerando que o pedido estava instruído por prescrição médica da rede pública, que tem a seu favor a presunção de legitimidade. Também foram identificadas respostas informando ao juízo as dificuldades de retorno rápido ao médico no sistema público, reiterando-se o pedido de liminar sem o cumprimento da exigência. Todos esses deferidos pelos magistrados.

É certo que a urgência da demanda e as possibilidades de dano ao reivindicante possam levar o magistrado a conceder liminarmente o pedido, atribuindo maior peso à opinião médica que analisou individualmente o caso. Entretanto, prosseguiu-se a investigação de todo o processo judicial e constatou-se o não aprofundamento das dimensões médicas e/ou sanitárias na sentença. A confirmação da tutela inicial com idêntica fundamentação e justificação na sentença sugerem que as exigências foram formuladas pelos magistrados, motivados por aspectos meramente formais da lei, que exigem pronunciamento da outra parte, à vista de qualquer objeção ao pedido formulado, e não com a intenção de aprofundamento do contraditório, no sentido de que fosse comprovada ou afastada a possibilidade, por exemplo, de substituição terapêutica ofertada pelo sistema.

A análise das contestações demonstrou que a estratégia escolhida pelo estado e pelo município consistiu na defesa da tese da “Prioridade da Opção Técnica da Administração”, nos casos de direitos sociais pleiteados em juízo. O argumento central das contestações foi que não há dever do ente público em fornecer medicamento não selecionado pela Administração Pública, comprovada a existência de Programa Público que inclui o fornecimento de “substituto terapêutico” ao pleiteado, conforme critérios científicos estabelecidos/acatados pelo gestor de saúde. Concluem que a regulamentação administrativa deve ter efeito obrigatório e aplicação prioritária, que se justifica pelos limites orçamentários das regras licitatórias e do dever de coibir o uso não racional de medicamentos. Por fim,

informam os serviços disponíveis, sem expressar outras possibilidades de resolução do conflito por meio de ações ativas das instâncias administrativas junto ao demandante para o encaminhamento da demanda. A estratégia defensiva adotada implica no afastamento do ônus da comprovação técnico-científica da efetividade das terapêuticas ofertadas pela Administração Pública, presumindo-se suficientes e adequadas para o atendimento das necessidades de saúde da população em geral.

Outro aspecto da contestação refere-se ao argumento de que o federalismo cooperativo não pressupõe a solidariedade dos entes federativos no cumprimento de todas as obrigações de saúde, defendendo a validade da pactuação estabelecida entre as instâncias de saúde para o cumprimento dessas obrigações. A defesa desta tese é compreensível, considerando as difíceis compatibilizações referentes à gestão orçamentária e programática. Contudo, a ausência de argumentos fáticos que demonstrem ações proativas dos gestores em relação ao funcionamento da referência e contra referência no SUS, como forma de garantir ao usuário a integralidade dos cuidados fragilizou o argumento de defesa. Os fatos alegados pelos requerentes e não enfrentados nas contestações revelam deficiências, além de problemas de interlocução entre os entes federativos relativos à assistência à saúde, como serviços desarticulados e incapazes de encaminhar a demanda nos vários níveis de complexidade do sistema de forma eficiente, ordenada e resolutive. Outro dado que revelou certa desarticulação dos serviços de saúde foi a variável analisada de aplicação de medidas constritivas aos gestores para cumprimento das ordens judiciais em 44,4% dos processos que, não raro, incluíam medicamentos presentes nas listas de fornecimento.

A norma constitucional federal define o sistema brasileiro de saúde como ÚNICO e na compreensão dos Tribunais as questões de operacionalidade deste sistema único não podem constituir-se em óbice para o atendimento do cidadão, que pode demandar todos, ou um dos entes públicos responsáveis pela gestão do sistema.

A fase probatória foi inexistente na amostra analisada. A expectativa inicial de que o Parecer NAT e a natureza de suas objeções poderiam indicar a necessidade de perícias e/ou discussões acerca das dificuldades de comprovações que envolvem

as possibilidades de substituição de um projeto terapêutico por outro, e, conseqüentemente, a absorção desses elementos conflitivos na decisão judicial não foi alcançada.

Na amostra analisada foram identificados apenas 04 requerimentos de prova pericial para comprovação da eficácia ou efetividade de algum medicamento contestado, ou, ainda, sobre a possibilidade de substituição ou imprescindibilidade da terapêutica. Todos foram requerimentos do Ministério Público.

A descrição da atuação do MP na tutela individual foi uma das importantes contribuições desta investigação, não abordada em qualquer outro estudo. A pesquisa evidenciou que o órgão opinou em 67% [125] dos processos da amostra [185], sendo que em 32% [60], a motivação judicial para a remessa foi que, em razão do objeto da ação - saúde como direito individual indisponível, e 35% [67] em razão da presença de pessoas com prioridades legais: idoso, criança/adolescente, deficientes. Em 15,8% dos casos, o Ministério Público opinou no sentido da obrigatoriedade da receita atualizada do SUS, para o fornecimento do bem pleiteado, e a entrega do medicamento similar ou genérico. Nos demais seguiu o padrão de concordância, com o pedido dos demandantes e a soberania da prescrição médica, frente às alegações dos gestores e dos subsídios do NAT. A análise da atuação do MP nesta pesquisa trouxe contribuições importantes para a compreensão da abordagem da tutela individual da saúde, e sobre as possibilidades de articulação interna deste órgão para a almejada coletivização de demandas individuais repetitivas.

As instâncias recursais do TJ-RJ têm mantido as decisões de primeira instância, rejeitando a tese dos réus de prioridade absoluta da escolha técnica da Administração Pública, entendendo a necessidade de produção de prova específica contrária à imprescindibilidade ou possibilidade de substituição da terapêutica reclamada pelo demandante, por outra ofertada pelo sistema público.

Este estudo ainda evidenciou que os réus deixam ao juiz uma larga margem de discricionariedade, quando não insistem no aprofundamento da prova técnica, arcando com o ônus das condenações judiciais baseadas no valor absoluto das

provas apresentadas pelo autor, ao defenderem a prioridade das escolhas técnicas administrativas.

Por sua vez, os magistrados adotam uma postura conservadora, relacionada à inércia e à neutralidade judicial no processo civil, considerando a perspectiva contemporânea de protagonismo do Judiciário, que impõe ao juiz a imparcialidade sem passividade. Nesse sentido, exige que este ordene todas as medidas necessárias ao estabelecimento da melhor solução para o caso em questão, ainda que não requeridas pelas partes. Sobretudo nas demandas judiciais que envolvem políticas públicas e, em especial, do direito à assistência à saúde pública, em razão de seu enunciado normativo de dupla tutela - individual e coletiva. Nesses casos considera-se fundamental a existência deste juiz ativo e crítico, na identificação dos fatos e de suas repercussões sobre o enunciado normativo. Somente esta postura ativa é capaz de reduzir as possibilidades de distorções que as decisões judiciais concessivas, pouca críticas e sem aprofundamento médico e sanitário necessários, podem causar aos demandantes, ao sistema público de saúde e à própria formulação de políticas públicas, considerando o possível efeito impulsionador da intervenção judicial referido acima.

A importância atribuída à hipossuficiência econômica dos requerentes nos pedidos e decisões judiciais revelou uma forte concepção dos magistrados de que a tutela judicial deve atender prioritariamente aqueles que não têm condições de arcar com o custo do tratamento requerido. Na amostra analisada, apenas em 03 processos não foi requerido o benefício da gratuidade de justiça, mas o argumento de insuficiência de recursos para arcar com o tratamento foi alegado e acatado pelo juízo. Esta compreensão da hipossuficiência nas decisões judiciais pode não estar relacionada à compreensão limitada do SUS ou, especificamente, da universalidade e gratuidade do sistema, mas à adoção de uma autocontenção do Judiciário, no sentido de intervir somente em casos mais graves, que envolvam violação de direitos sociais, de indivíduos que demonstrem carência de recursos para atender suas necessidades de saúde, sugerindo a adoção da tese do dever de garantir o mínimo existencial para o segmento hipossuficiente, pelo Estado.

As decisões que autorizaram a entrega futura de todos os medicamentos e insumos que se façam necessários ao tratamento dos requerentes também foram frequentes. Estas decisões têm sido criticadas, considerando que podem significar um “cheque em branco”, ainda que restrito ao tratamento da mesma doença. Identificou-se que em todos os casos com pedidos desta natureza o Parecer NAT apresentou objeção. A inclusão deste tipo de determinação vem sendo respaldada pelos Tribunais Superiores, no sentido de que entendem que elas podem prevenir novas demandas judiciais para um mesmo tratamento, o que, em geral, exige a troca da terapêutica. O estudo não identificou ações de execução de decisões anteriores que poderiam apontar para a efetividade deste tipo de determinação. Também não foram identificados estudos que pudessem informar esta forma de retorno à via judicial. O fato é que nos limites que vêm sendo concedidas as prestações futuras não apresentam os riscos alegados pelos réus, afinal, há sempre a possibilidade de se recorrer novamente ao Judiciário, para limitar o acesso.

O limite e o sentido da integralidade constitui outro aspecto controvertido, abrigado nas decisões judiciais, com condenações extensas identificadas na análise e, também, com diferentes compreensões nas discussões políticas e acadêmicas no âmbito da Saúde Coletiva. Recentemente, o Poder Legislativo aprovou projeto de lei, apresentado pelo Executivo, que busca definir a integralidade da assistência à saúde, entre outros aspectos da prestação de saúde devida, introduzindo alteração na Lei n.º 8080/90. O fato é que a expressão “prestação unificada de saúde”, presente em diversos enunciados e decisões judiciais, justifica condenações mais extensas, que vão além do setor saúde, e constituem obrigações complementares, como passe livre para transporte, alimentos e material de higiene. A leitura dessas decisões tão amplas e protetivas da população hipossuficiente economicamente nos remete ao sentido mais amplo da integralidade das políticas de seguridade social que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, deveriam contemplar prestações previdenciárias, de assistência social e de saúde. Cabe aqui lembrar que os réus nas ações judiciais não são os gestores da saúde, mas os entes federativos, o que permite a amplitude destas condenações e exige ações intersetoriais para seu cumprimento.

As poucas restrições aos pedidos dos demandantes identificadas nas decisões analisadas foram as determinações de obrigatoriedade de inscrição dos requerentes em programas públicos de saúde disponíveis, e a possibilidade de entrega de medicamento genérico ou similar, de igual eficácia terapêutica. Esta pequena e tímida limitação aos pedidos aponta uma relativa compreensão do Judiciário, acerca da importância de considerar aspectos da política de saúde vigente, como a política dos genéricos. No entanto, a análise do conjunto de decisões também sugere a necessidade de maior entendimento do significado de similar, equivalente, eficácia e efetividade terapêutica, termos nem sempre utilizados no mesmo sentido atribuído pela saúde.

A todo o momento perpassa a discussão, trazida pelos réus e não enfrentada diretamente nas decisões judiciais, sobre a validade e legitimidade das restrições contidas nas leis e dos regulamentos administrativos para o acesso à terapêutica no SUS, ou dos critérios utilizados na definição das prestações de saúde devidas aos cidadãos, considerando a natureza técnica e política-administrativa atribuída a essas normas. Esta discussão ora se apresentou como ponto controvertido, na definição de quem deve prestar a assistência (discussão da solidariedade). Em outro momento foi suscitada como argumento contrário à possibilidade de requerimento de medicamentos não selecionados na lista pública. Ou ainda, na oposição à prescrição médica individual como legítima na definição da prestação de saúde devida pelo sistema público.

As decisões que restringem o acesso a determinado bem ou segmento da população envolvem aspectos ético-jurídicos da discussão que merecem aprofundamento no debate em torno da demanda judicial sobre assistência terapêutica, e deve se dar de forma mais ampla e dialógica, que não se restrinja ao debate sobre orçamento ou acerca dos métodos técnico-científicos válidos nesta definição. Esta reflexão implica uma discussão em torno do que se entende como justo na assistência à saúde. Este consenso constitui a própria essência da efetividade destas normas.

A atuação dos tribunais no sentido de orientar a prestação jurisdicional, com vistas a torná-la mais efetiva e, também, mais simples o processo decisório judicial

tem sido enfatizada nos debates sobre gestão judiciária. Os efeitos deste debate se expressam na inclusão de determinações padrões nas decisões, como a inclusão dos reivindicantes nos Programas Públicos, e a limitação da entrega de medicamentos genérico ou similar ao requerido, de forma relativamente independente do conteúdo postulatório do processo judicial. Esses pequenos avanços em relação aos genéricos e à obrigatoriedade de inscrição em Programas Públicos de Saúde apontaram o início de um próspero diálogo entre as instâncias executiva e judiciária; mas ainda insuficiente para o enfrentamento da problemática.

O incremento da produção dos PCDT nos últimos anos pelo gestor federal do SUS e a ampliação da Política de Assistência Farmacêutica acarretaram reflexos importantes no perfil da demanda judicial e, conseqüentemente, na argumentação judicial, na medida em que introduz uma nova premissa: a existência de alternativa terapêutica à requerida pelo demandante, disponível no SUS. Esta mudança argumentativa foi captada em três estudos, que destacaram o crescimento de dois tipos de novas alegações nos processos judiciais: insuficiência terapêutica com o uso prévio dos medicamentos selecionados, e negativa do pleito, em razão de o solicitante não ter se submetido previamente ao tratamento preconizado pelo SUS. Ambas as alegações são argumentos médico-científicos, e nesse sentido, indicam a necessidade de análise técnica e/ou produção de prova pericial, capaz de elucidar e dirimir a controvérsia. O resultado desta pesquisa também sugere uma mudança argumentativa nos pedidos judiciais, por meio da constatação de que os requerentes têm lastreado seus pedidos com documentos médicos adicionais, que relatam de diferentes formas suas necessidades clínicas à terapêutica pleiteada. Os réus também não estão alheios às mudanças, defendendo a tese da prioridade da opção técnica da Administração Pública e da não possibilidade do pedido dos autores de terapêuticas não incorporadas no sistema, buscando demonstrar os programas e as ações existentes.

O argumento da cientificidade, na prática judiciária, se apresenta como um requisito de validade importante, por vezes, incorpora-se como verdade absoluta, que expressa, entre outras, as dificuldades de desenvolvimento de uma racionalidade dialógica, diante da pluralidade epistemológica existente neste tipo demanda. O pressuposto inicial deste estudo foi que, no discurso racional judicial,

não deve haver dispensa de métodos científicos validados por especialistas e instituições. Porém, admitir-se um ou outro método legitimado cientificamente, por exemplo, a substituição (ou adequação) do tratamento médico prescrito individual pelo estabelecido no PCDT, produz repercussões significativas na formulação de políticas públicas e para a saúde do indivíduo no processo judicial, devendo-se operar o entrelaçamento dos argumentos fáticos aos ético-jurídicos de forma cuidadosa e ponderada.

No “contexto da descoberta” e da “justificação”, o juiz deve qualificar o fato que definirá as consequências jurídicas. Assim, as regras processuais sobre produção de provas e os limites impostos às partes litigantes poderão, por exemplo, constituir-se em obrigação do poder público de fornecimento de determinado medicamento ao cidadão, ainda que não esteja incluso em lista pública de fornecimento, por necessidade especial do demandante. A qualificação do fato também servirá para determinar as consequências para a saúde do demandante, como o uso de medicamento em pesquisa clínica e os riscos e/ou possíveis danos à saúde. Não considerar estes aspectos pode implicar na não garantia do enunciado normativo constitucional de proteção à saúde.

O resultado do estudo apontou uma ausência de utilização dos Pareceres técnico-científicos no discurso judicial. Nos processos judiciais em que foram apresentadas sugestões de alternativas terapêuticas disponíveis no SUS, esta premissa não foi considerada devidamente no processo decisório, comprometendo a validade discursiva da argumentação e decisão judiciais. Certas questões, como custo-efetividade, eficácia, efetividade e os limites aceitáveis das restrições médico-sanitárias em relação ao acesso à terapêutica no SUS não são aprofundadas e apontam uma relativa incompreensão da linguagem médico-sanitária.

As decisões judiciais que envolvem o direito à assistência terapêutica continuam adotando a presunção de que a prescrição médica individual é a indicação mais segura da imprescindibilidade da terapêutica pleiteada, e se não comprovada por meio de provas materiais contrárias, pelos réus-gestores a veracidade desta prescrição e/ou do diagnóstico, os magistrados entendem que as prescrições individuais são plenamente válidas para obrigar o ente público a

fornecer a terapêutica reclamada. Constatou-se que os argumentos judiciais excluem proposições necessárias para sua conclusão, que as regras do discurso não são satisfatoriamente cumpridas no procedimento judicial em saúde.

A oferta de assessoria técnica especializada em saúde aos magistrados no processo decisório, como a assessoria do NAT expressa uma tentativa de racionalização das decisões judiciais e marca este momento mais pragmático da discussão sobre a judicialização da saúde, e a necessidade de trazer para a discussão judicial o argumento da cientificidade. No caso do Rio de Janeiro, constatou-se que, apesar do potencial favorável desta intervenção do NAT, no sentido de fornecer os subsídios médicos e sanitários, sua não incorporação na argumentação e decisão impediram e/ou reduziram as possibilidades de melhoria da prestação jurisdicional, no que se refere às preocupações sanitárias iniciais, pretendidas pela gestão judiciária e de saúde ao criarem o Núcleo.

A não identificação de uma mudança efetiva das decisões judiciais que contaram com assessoria técnica em seu processo decisório não significa que a intervenção do NAT não tenha acarretado efeitos benéficos. Tais consequências não são ainda mensuráveis no desfecho do processo – a decisão judicial –, mas seus efeitos são inegáveis. Nesse sentido, os participantes do processo passaram a conhecer novas premissas, ofertando possibilidades de ampliação da compreensão desses participantes, de formação essencialmente jurídica, das dimensões complexas médicas e sanitárias que envolvem os pedidos judiciais. Os efeitos desta exposição podem ser benéficos, mas demandam esforços dos participantes na reformulação de suas argumentações no processo judicial, e dos gestores judiciários e da saúde, na manutenção do estímulo das discussões e da introdução de novas possibilidades discursivas entre ciência, técnica, direito e saúde, no processo judicial.

## REFERÊNCIAS

Acúrcio FA, Machado MAA, Pinto IV, Brandão CMR, Faleiros DR, Guerra Júnior AA, Reis, GJ, et al. Processos judiciais solicitando medicamentos no Estado de Minas Gerais 2005/2006. In: Anais do XVIII IEA World Congress of Epidemiology e VII Congresso Brasileiro de Epidemiologia; 2008 set 20-24. São Paulo: Revista Brasileira de Epidemiologia; 2008. p. 58-58.

Alexy R. Teoria da Argumentação Jurídica. São Paulo: Landy; 2001.

Almeida DAR. A prova pericial no processo civil. O controle da Ciência e a escolha do perito. Rio de Janeiro: Renovar; 2011. p.179.

Almeida EDB. A Influência do Paradigma Científico Racional no Sistema Jurídico. Revista Internacional de Direito e Cidadania 2009 out;5:37-52.

Andrade EIG, Machado CD, Faleiros DR, Szuster DAC, Guerra Júnior AA, Silva GD, et al. A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. Rev Med Minas Gerais 2008; 18(4 Supl. 4):S46-S50.

Angell M. A Verdade sobre os Laboratórios Farmacêuticos. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record; 2007.

Anis. Relatório de Pesquisa; 2011.

Arantes RB. Direito e Política: O Ministério Público e a Defesa dos Direitos Coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais 1999 fev;4(39):83-103.

Arantes RB. Ministério Público e Política no Brasil. Editora Sumaré, São Paulo; 2002.

Atallah AN, Castro AA. Medicina baseada em evidências: o elo entre a boa ciência e a boa prática. Rev. imagem 1998 jan-mar; 20(1):5-9.

Atienza M. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. São Paulo: Ed. Landy; 2006.

Ayres JRCM. Uma concepção hermenêutica de saúde. Physis 2007;17(1):43-62.

Bahia L. Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. Trabalho, Educação e Saúde 2008; 4(1):159-169.

Barbetta, PA. Estatística Aplicada às Ciências Sociais. 5.<sup>a</sup> edição revisada. Florianópolis: Ed. Da UFSC, 2002.

Barcellos AP. Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional. Rio de Janeiro: Renovar; 2005.

Barcelos PC. Perfil de demandas judiciais de medicamentos da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo: um estudo exploratório. Rio de Janeiro. Dissertação. [Mestrado em Saúde Coletiva] - Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Instituto de Medicina Social; 2010.

Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista Jurídica UNIJUS* 1998;1(1):13-38.

Bartolomei CEF, Dallari Júnior HA, Marchewka TMN, Barroso LRB, Senra NLA, Zampiron MC, et al. Medicina e direito: atuação na integralidade destes dois saberes. *Diagn. tratamento* 2010 jan-mar;15(1).

Beltrame A. Ampliação do acesso a Medicamentos de Alto Custo: uma análise da Política Brasileira. Rio de Janeiro. Dissertação [Mestrado em Saúde Coletiva]. Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro; 2002.

Blackburn S. Verberte: Argumento. In: *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar;1997. p. 20.

Bobbio N. A Era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus; 1992.

Borges DCL, Uga MAD. Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005. *Cad. Saúde Pública* 2010;26(1):59-69.

Borges DLC. Uma análise das ações judiciais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: o caso do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2005. Rio de Janeiro. Dissertação [Mestrado em Saúde Pública] - Escola Nacional de Saúde Pública; 2007.

Bourdieu P. A força do direito. Elementos para uma sociologia do campo jurídico. In: Bourdieu P. *O Poder Simbólico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil; 2009. p. 209-255.

Brasil. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal; 1988.

Brasil. Lei Complementar n. 132, de 07 de outubro de 2009. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. *Diário Oficial da União* 08 out 2009;193(Seção 1):1.

Brasil. Lei complementar n. 141, de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3o do art. 198 da Constituição Federal. *Diário Oficial da União* 16 jan 2012; 81(Seção 1):74.

Brasil. Lei Complementar n. 80, 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências.. *Diário Oficial da União* 13 jan 1994;9(Seção 1):1.

Brasil. Lei n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados [Lei na internet]. [acesso em 13 ago 2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060.htm)

Brasil. Lei n. 10.212, de 23 de março de 2001. Acrescenta dispositivos à Lei nº 9.020, de 30 de março de 1995, que dispõe sobre a implantação, em caráter emergencial e provisório, da Defensoria Pública da União. Diário Oficial da União 26 mar 2001;59(Seção 1):1.

Brasil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União 11 jan 2001; 8(Seção 1):90.

Brasil. Lei n. 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União 03 out 2003; 192(Seção 1):1.

Brasil. Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Diário Oficial da União 20 dez 2006; 243(Seção 1):2.

Brasil. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União 10 ago 2009;151(Seção I):2-3.

Brasil. Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. Diário Oficial da União 29 abril 2011; 81(Seção 1):74.

Brasil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [Lei na internet]. 1973a. [acesso em 04 abril 2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)

Brasil. Lei n. 5.925, de 01 de outubro de 1973. Retifica dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o Código de Processo Civil [Lei na internet]. 1973b. [acesso em 04 abril 2010]. <http://www81.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1973/5925.htm>

Brasil. Lei n. 6.630, de 23 de setembro de 1976. Dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências [Lei na internet]. 1999. [acesso em 30 out 2011]. Disponível em: [http://www.anvisa.gov.br/legis/consolidada/lei\\_6360\\_76.pdf](http://www.anvisa.gov.br/legis/consolidada/lei_6360_76.pdf)

Brasil. Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências [Lei na internet]. [acesso em 09 abr 2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm)

Brasil. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União 16 jul 1990;135(Seção 1):75.

Brasil. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Diário Oficial da União 20 set 1990; 182(Seção 1):170.

Brasil. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências [Lei na internet]. [acesso em 05 set 2010]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)

Brasil. Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Diário Oficial da União 14 dez 1994;236(Seção I):3-5.

Brasil. Lei n. 9.787, de 10 de fevereiro de 1999. Altera a Lei no 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, estabelece o medicamento genérico, dispõe sobre a utilização de nomes genéricos em produtos farmacêuticos e dá outras providências [Lei na internet]. 1999. [acesso em 30 out 2011]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9787.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9787.htm)

Camargo Júnior KR. As armadilhas da “concepção positiva de saúde”. *Physis* 2007;17(1):63-76.

Camargo Júnior KR. *Biomedicina, saber e ciência: uma abordagem crítica*. São Paulo: Hucitec; 2003.

Camargo Júnior KR. *Medicina e ciência: ligações perigosas? Biomedicina, Saber & Ciência: Uma Abordagem Crítica*. São Paulo: Editora Hucitec; 2003.

Campello LG B. As Provas e o Recurso à Ciência no Processo. *Revista da Faculdade de Direito de Campos* 2005 jun; VI(6):515-542.

Carreira Alvim JE. Reflexões sobre a responsabilidade civil médica - a tutela antecipatória na ação de reparação de dano. *ADV - Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas* 2004;3:40-43.

Castiel LD, Póvoa EC. Medicina baseada em Evidências: novo paradigma assistencial e pedagógico? *Interface - Comunicação, Saúde e Educação* 2002 ago;6(11):117-32

Castiel LD. O bebê e a água do banho. *Medicina baseada em Evidências: novo paradigma assistencial e pedagógico? Interface – Comunicação, Saúde e Educação* 2002 ago;6(11): 129.

Chieffi AL, Barata RB. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cad. Saúde Pública* 2009; 25(8):1839-1849.

Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). General Comment n. 14, 2000, The Right to Health (art. 12). Doc. N E/C 12/2000/4 [acesso em 27 mar 2010]. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvdocsby treaty>.

Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CESCR). General Comment n.3, 1990, The Nature of States Parties Obligation (art. 2, para 1) Doc. N.E/1991/23). [acesso em 27 mar 2010]. Disponível em: <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/newhvdocsby treaty>.

Conill EM, Pires D, Sisson MC, Oliveira MC, Boing AF, Fertoni HP. O mix público-privado na utilização de serviços de saúde: um estudo dos itinerários terapêuticos de beneficiários do segmento de saúde suplementar brasileiro. *Ciênc. saúde coletiva* 2008 set-out;13(5):1501-1510.

Conselho da Europa. Carta Européia de Direitos Sociais (European Social Charter). Tratado assinado em Turim em 18/10/1961. [acesso em 02 ago 2006]. Disponível em:

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.aspNT=035&CM=10&DF=7/19/2007&CL=EN>. Acesso em 02.08.2006.

Conselho dos Secretários Municipais de Saúde do Estado do Rio de Janeiro (COSEMS-RJ). *Revista do Conselho de Secretarias Municipais do Estado do Rio de Janeiro* 2009 set-out;4: 6-7.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [homepage na internet]. Audiência pública discute criação de Defensoria Pública em Santa Catarina. 2011a [acesso em 10 jul 2011]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-numeracao-unica>

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [homepage na internet]. Tribunais julgam 13,9 milhões de processos distribuídos em 2011. 2011b [acesso em 30 dez 2011]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/17625-tribunais-julgam-139-milhoes-de-processos-distribuidos-em-2011>

Conselho Nacional de Justiça (CNJ) [homepage na internet]. Uniformização do número dos processos no Poder Judiciário. 2011c [acesso em 30 dez 2011]. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-numeracao-unica>

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010. *Diário Oficial da União* 07 abril 2010;61:4-6.

Conselho Nacional de Saúde (Brasil). Resolução nº. 196, de 10 de outubro de 1996. Aprova as diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. *Diário Oficial da União* 16 out 1996; 201(Seção1):50:53.

Conselho Nacional de Saúde (Brasil). Resolução nº. 338, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil* 20 maio 2004; 96(Seção1):52.

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS). *Assistência Farmacêutica no SUS*. Brasília: CONASS; 2011. (Coleção para Entender a Gestão do SUS, 2001, 7).

Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Consolidação Normativa Extrajudicial [Norma na internet]*. 2012 [acesso em 02 fev 2012]. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1038412/CNCGJ-Extrajudicial.pdf>

Cunha JR. O juiz, a ética e o direito. In: Cunha JR organizador. *Poder Judiciário: Novos Olhares Sobre Gestão e Jurisdição*. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio FGV; 2010. p.07-70.

Dallari SG. Controle judicial da política de assistência farmacêutica: direito, ciência e técnica. *Physis* 2010;20(1) 57-75 .

Defensoria Pública da União [homepage na internet]. Informativo [acesso em 31 jan 2011]. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/>

Dworkin R. A justiça e o alto custo da saúde. In: Dworkin R. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes; 2005. p. 431-451

Dyer O. High Court upholds NICE decision to limit treatments for Alzheimer's disease. *BMJ* 2007 aug;335(7615):319.

Engel RJ. Racionalidade argumentativa e o exame das alegações no processo trabalhista - a questão do juízo de verossimilhança: Direito e Legislação [periódicos na Internet]. 2010 nov [acesso em 27 mar 2011];74(11) Disponível em: [www.direitoelegislacao.com.br/artigos/verossimilhanca](http://www.direitoelegislacao.com.br/artigos/verossimilhanca).

Engelhardt Júnior HT. Fundamentos da Bioética. São Paulo: Loyola; 1998.

Ferraz Júnior TS. A ciência do direito. 2 ed. São Paulo: Atlas;1986.

Ferraz Júnior TS. Introdução ao Estudo do Direito. São Paulo: Atlas; 2003.

Ferraz OLM. Human Rights and Healthcare. *Revista de Direito Sanitário* 2009 fev; 9(3):297-304.

Fonseca MA. Michel Foucault e o Direito. São Paulo: Max Limonad; 2002.

França GV. Os riscos da medicina baseada em evidências. *Revista Bioética* 2003; 11(1):23-32.

Frankel S, Ebrahim S, Davey Smith G. The limits to demand for health care. *BMJ* 2000 Jul; 321(7252):40-5.

Gomes R. A Análise de Dados em Pesquisa Qualitativa. *Pesquisa Social*. In: Minayo MCS, Deslandes SF, Cruz Neto O, Gomes R. Teoria método e criatividade. 11. ed. Rio de Janeiro: Petrópolis. Editora Vozes;; 1999.

Guidotti TL. Towards a consensus on the evaluation of scientific evidence: Evidence-Based Medical Dispute Resolution. *Int J. Liability and Scientific Enquiry* 2007;1(1/2): 200-208.

Habermas J. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário;1997.

Hespanha AM. Panorama histórico da cultura jurídica europeia. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América; 1998.

Hoffman F, Bentes F. Accountability for Economic and Social Rights in Brazil. In: Gauri V, Brinks D. organizadores. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. Nova Iorque: Cambridge University Press; 2008. p. 100-145.

Hoffman FF, Bentes FRNM. A litigância judicial dos direitos sociais no Brasil: uma Abordagem Empírica. In: Souza Neto CP, Sarmento D. Direitos Sociais. Rio de Janeiro: Lumen Iuris; 2008. p. 383-416.

Instituto Antônio Houaiss. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa 3.0. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda; 2010. 1 CD.

Instituto Pro Bono [homepage na internet]. [acesso em 17 jun 2011]. Disponível em: <http://www.probono.org.br/advocacia-pro-bono>

Krauss Silva LK. Avaliação Tecnológica e Análise Custo-Efetividade em Saúde: a incorporação de tecnologias e a produção de diretrizes clínicas para o SUS. *Ciênc. Saúde Coletiva* 2003;8(2):501-520.

Lefèvre F. A oferta e a procura de saúde através do medicamento: proposta de um campo de pesquisa. *Rev. Saúde Pública* 1987 fev;21(1): 64-67.

Leite SN, Pereira SMP, Silva P, Nascimento Júnior JM, Cordeiro BC, Veber AP. Ações judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *Rev Direito Sanit* 2009; 10(2):13-28.

Leivas PGC. Estrutura Normativa dos Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial. In: Souza Neto CP, Sarmento D. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Iuris; 2008. p. 279-312

Leivas PGC. Princípios de direito e de justiça na distribuição de recursos escassos. *Revista Bioética* 2006 ;14(1):9-15.

Lopes LC, Barberato Filho S, Polimeno NC, Costa AC, Naffah Filho M, Correa MC, et al. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. In: Relatório de resultados dos projetos de pesquisa - Seminário PPSUS-SP. São Paulo; 2008

Lopes LC, Barberato-Filho S, Costa AC, Osorio-De-Castro CGC. Uso racional de medicamentos antineoplásicos e ações judiciais no Estado de São Paulo. *Rev. Saúde Pública* 2010; 44(4): 620-628.

Macedo EI. A importância da análise técnica para a tomada de decisão do fornecimento de medicamentos pela via judicial. Sorocaba. Dissertação [Mestrado em Ciências Farmacêuticas] - Universidade de Sorocaba/SP; 2010.

Machado FA. Judicialização da saúde no Brasil: cidadanias e assimetrias. Rio de Janeiro. Tese [Doutorado em Saúde Coletiva] - Instituto de Medicina Social, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; 2010.

Machado MAA, Acurcio FA, Brandão CMR, Faleiros DR, Guerra Júnior AA, Cherchiglia ML et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil. *Rev. saúde pública* 2011 jun;45(3):590-598.

Maciel D, Koerner A. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova* 2002; 57:113-133.

Maia A. O embasamento epistemológico como legitimação do conhecimento e da formação da lei na modernidade: uma leitura a partir de Descartes [acesso em 15 jul 2010]. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=727](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=727)

Manfredi CP, Maioni A. Courts and health policy: judicial policy making and publicly funded health care in Canada. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2002;27(2):213-240.

Marques SB, Dallari SG. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Rev Saúde Pública* 2007; 41(1):101-7.

Marques SB. O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. São Paulo. Tese [Doutorado em Saúde Pública] – Universidade de São Paulo; 2011.

Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública* 2005; 21(2):525-534.

Miguelote VRS, Camargo Júnior KR. Indústria do conhecimento: uma poderosa engrenagem. *Rev Saúde Pública* 2010;44(1):190-6

Ministério da Saúde (Brasil). O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde; 2005.

Ministério da Saúde (Brasil). Portaria MS/GM n.º 2.690, de 05 de novembro de 2009. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde. *Diário Oficial da União* 05 nov 2009;212(Seção 1):61.

Ministério da Saúde (Brasil). Portaria n. 204, 29 de janeiro de 2007. Regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle. *Diário Oficial da União* 31 jan 2007;22(Seção I):45.

Ministério da Saúde (Brasil). Portaria n.º 3.916, de 10 de novembro de 1998. Aprova a Política Nacional de Medicamentos. *Diário Oficial da União* 11 nov 1998a;215(Seção I):223.

Ministério da Saúde (Brasil). Portaria SAS/MS n.º 375, de 10 de novembro de 2009. Aprova o roteiro a ser utilizado na elaboração de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), no âmbito da Secretaria de Atenção à Saúde – SAS. *Diário Oficial da União* 10 nov 2009;214(Seção 1):88.

Ministério da Saúde (Brasil). Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - Medicamentos Excepcionais. In: Ministério da Saúde (Brasil). Normas e Manuais Técnicos. Brasília: Ministério da Saúde; 2002. p. 13-16

Nath SW. Recent decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Health care law. *George Washington Law Review* 2005;73(4)864-879.

O Globo. Plantão médico na Justiça. O Globo 2009 agosto 24;p. 10.

Office of the High Commissioner for Human Rights [homepage na internet]. Women and health:05/02/1999. CEDAW General recom. 24. (General Comments) [acesso em 21 nov 2010]. Disponível em: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf\(Symbol\)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Op=OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf(Symbol)/77bae3190a903f8d80256785005599ff?Op=OpenDocument)

Pellegrini M. Levantamento da FMUSP aponta que planos de saúde não cobrem tratamentos caros. 2011 [acesso em 09 dez 2011]. Disponível em: <http://www5.usp.br/2920/levantamento-da-fmusp-aponta-que-planos-de-saude-nao-cobrem-tratamentos-caros/>

Pepe VL, Ventura M. Indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca; 2011.

Pepe VLE, Figueiredo TA, Simas L, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. Ciênc. saúde coletiva 2010b ago;15(5):2405-2414.

Pepe VLE, Ventura M organizadoras. Manual indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz; 2011.

Pepe VLE, Ventura M, Osorio-De-Castro CGS, Figueiredo TA, Moraes LSC. A judicialização da saúde, bioética e saúde pública: uma proposta de análise e monitoramento da demanda judicial para o acesso a medicamentos, no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; 2008. Relatório de pesquisa.

Pepe VLE, Ventura M, Sant'ana JMB, Figueiredo TA, Souza VR, Simas L et al. Caracterização de Demandas Judiciais de Fornecimento de Medicamentos Essenciais no Estado do Rio de Janeiro. Cad. Saúde Pública 2010a mar;26(3): 461-471.

Pereira JR, Santos RI, Nascimento Júnior JM, Schenkel EP. Análise das demandas judiciais para o fornecimento de medicamentos pela Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina nos anos de 2003 e 2004. Ciênc Saúde Coletiva. No prelo.

Pereira SMP. Da reorientação do modelo assistencial à pressão social: acesso a medicamentos via Sistema Único de Saúde por compra direta no município de Florianópolis (SC). Itajaí/SC. Dissertação [Mestrado Profissional em Saúde e Gestão do Trabalho] - Universidade do Vale do Itajaí; 2007.

Perelman C. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes; 2005.

Pessoa LND. Identificação da efetividade do direito fundamental à saúde em acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Fortaleza/CE. Dissertação [Mestrado em Direito e Desenvolvimento] - Universidade Federal do Ceará; 2008.

Petryna A. Pharmaceuticals and the right to health: reclaiming patients and the evidence base of new drugs. Anthropological Quarterly 2011;84(2):305-329, 2011.

Piovesan F. Planos Global, Regional e Local. In Souza Neto CP; Sarmiento D. Direitos Sociais: Fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Iuris; 2008. p. 697-720.

Petryna A. Experimentalidade: ciência, capital e poder no mundo dos ensaios clínicos. Horiz antropol 2011;17(35):127-160.

Poder Judiciário (Estado do Rio de Janeiro). Súmula nº 65. [acesso em 24 mar 2010]. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-65>

Portal da Justiça Federal da 4ª Região [homepage na internet]. [acesso em 15 dez 2011]. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/>

Póvoa EC. Entre a escuta e a ausculta: uma crítica à racionalidade médica ocidental, centrada na medicina baseada em evidências. Rio de Janeiro. Dissertação [Mestrado em Saúde Pública] - Escola Nacional de Saúde Pública; 2002.

Prémont MC. Wait-time guarantees for health services: an analysis of Quebec's reaction to the Chaoulli Supreme Court decision. Health Law Journal 2007;15:43-86.

Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro (PGM) [homepage na internet]. Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro [acesso em 02 fev 2011]. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/pgm/>

Ribeiro LM. Estudos empíricos no direito: questões metodológicas. In: Cunha JR organizador. Poder Judiciário: Novos Olhares Sobre Gestão e Jurisdição. Rio de Janeiro: Editora Direito Rio FGV; 2010. p. 71-97.

Rio de Janeiro (Estado) [homepage na internet]. Defensoria Pública [acesso em 29 abril 2011]. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/web/dpge/exibeconteudo?article-id=142851>

Rio de Janeiro (Estado). Lei Complementar n.º 15, de 25 de novembro de 1980. Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro [Lei na internet]. [acesso em 22 maio 2010]. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/0/f4ff81f34af7713c032565df007155b1?OpenDocument>

Rio de Janeiro (Estado). Lei n.º 5.414, de 19 de março de 2009. Dispõe sobre as atribuições e o funcionamento jurídico das assessorias jurídicas das Secretarias de Estado do Rio de Janeiro [Lei na internet]. [acesso em 31 jan 2011]. Disponível em: [http://www.policiamilitar.rj.gov.br/admin/admin\\_biblioteca\\_pdf/L%205414%20atrib%20e%20Func%20das%20Asejur.PDF](http://www.policiamilitar.rj.gov.br/admin/admin_biblioteca_pdf/L%205414%20atrib%20e%20Func%20das%20Asejur.PDF)

Rio de Janeiro (Estado). Lei n.º 5.414, de 19 de março de 2009. Dispõe sobre as atribuições e o funcionamento das assessorias jurídicas das Secretarias de Estado do Rio de Janeiro [Lei na internet]. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro 20 mar 2009 [acesso em 13 jul 2010]. Disponível em: [http://www.policiamilitar.rj.gov.br/admin/admin\\_biblioteca\\_pdf/L%205414%20atrib%20e%20Func%20das%20Asejur.PDF](http://www.policiamilitar.rj.gov.br/admin/admin_biblioteca_pdf/L%205414%20atrib%20e%20Func%20das%20Asejur.PDF)

Rio de Janeiro (Município). Lei n.º 788, de 12 de dezembro de 1985. Dispõe sobre a Procuradoria Geral do Município do Rio de Janeiro e dá outras providências [Lei na

internet]. [acesso em 21 jan 2011]. Disponível em: <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/b24a2da5a077847c032564f4005d4bf2/fa73a63302dd3e5f032576ac00738e33?OpenDocument>

Rodwin M. The Politics of Evidence-Based Medicine. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2001 apr; 26(2):439-446.

Romero LC. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em Ações de Medicamentos. *Revista de Direito Sanitário* 2010 jul-out;11(2):11-59.

Romero LC. Judicialização das políticas de assistência farmacêutica: o caso do Distrito Federal. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal; 2008. (Textos para Discussão, 41).

Rosário GCM. A perda da chance de cura na responsabilidade médica. *Revista da EMERJ* 2008; 11(43):1-21.

Rossof A. Evidence-Based Medicine and the Law: The Courts Confront Clinical Practice Guidelines. *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2001 apr;26(2):327 - 367.

Sadek MT organizadora. O Ministério Público e a Justiça no Brasil. São Paulo: IDESP; Sumaré; 1997.

Sadek MT: Construção de um Novo Ministério Público Resolutivo. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, 2009;12:130-139.

Sant'ana ABC. A saúde aos cuidados do Judiciário: A judicialização das Políticas de Assistência Farmacêutica no Distrito Federal, a partir da jurisprudência do TJDF. Brasília. Dissertação [Mestrado em Direito] - Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; 2009.

Sant'ana JMB, Pepe VLE, Figueiredo TA, Osorio-de-Castro CGS, Ventura M. Racionalidade terapêutica: elementos médico-sanitários nas demandas judiciais de medicamentos. *Rev Saúde Pública* 2011; 45(4):714-21.

Sant'ana JMB. Essencialidade e assistência farmacêutica: um estudo exploratório das demandas judiciais individuais para acesso a medicamentos no Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Dissertação [Mestrado em Saúde Pública] - Escola Nacional de Saúde Pública; 2009.

Sartório MJ. Política de medicamentos excepcionais no Espírito Santo: a questão da judicialização da demanda. Porto Alegre. Dissertação [Mestrado] – Universidade Federal do Rio Grande do Sul; 2004.

Scheffer MC. Aids, tecnologia e acesso sustentável a medicamentos: A incorporação dos antiretrovirais no Sistema Único de Saúde. São Paulo. Tese [Doutorado em Medicina Preventiva]. Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Departamento de Medicina Preventiva; 2008.

Scliar M. História do conceito de saúde. *Physis* 2007;17(1):29-41.

Silva LK. Avaliação tecnológica e análise custo-efetividade em saúde: a incorporação de tecnologias e a produção de diretrizes clínicas para o SUS. *Ciênc. saúde coletiva* 2003;8(2):501-520.

Souza Neto CP. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: Souza Neto CP coordenador. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris; 2008. p. 515-551.

Supremo Tribunal Federal (Brasil). Agravo Regimental n. 47. Agravante: Estado de Pernambuco.

Supremo Tribunal Federal (Brasil). Agravo Regimental n. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Brasília, 17 mar 2010. p. 9 [acesso em 9 jul 2010]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>

Supremo Tribunal Federal (Brasil). Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 175. Agravante União Federal. Agravado: Estado do Ceará e Município de Fortaleza. Brasília, 17. Mar. 2010 [acesso em 21 jun 2010]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>

Supremo Tribunal Federal (Brasil). Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 278 e Suspensões de Segurança (SS) 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355 e da Suspensão de Liminar (SL) 47. 2010.

Supremo Tribunal Federal (STF). Brasília: Supremo Tribunal Federal. Glossário Jurídico; 2012. Laudo pericial. [acesso em 31 jan 2012]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=101>

Sweatman LR, Woollard D. Resource allocation decisions in Canada's health care system: Can these decisions be challenged in a court of law. *Health Policy* 2002;62(3):275-290.

Tanaka OY. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. *Revista de Direito Sanitário* 2008 jun;9(1):137-143.

Tesser CD. A verdade na biomedicina, reações adversas e efeitos colaterais: uma reflexão introdutória. *Physis* 2007;17(3):465-484.

Travassos C, Martins M. Uma revisão sobre os conceitos de acesso e utilização de 99 serviços de saúde. *Cad. Saúde Pública* 2004;20(2): 190-198.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Aviso n. 23, de 02 de julho de 2008. Consolida os Enunciados Jurídicos Cíveis e Administrativos em vigor resultantes das discussões dos Encontros de Juizes de Juizados Especiais Cíveis e Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro [Aviso na internet]. [acesso em 11 maio 2011]. Disponível em: [http://www.tjrj.jus.br/institucional/juiz\\_especiais/documentos/pdf/aviso23-2008.pdf](http://www.tjrj.jus.br/institucional/juiz_especiais/documentos/pdf/aviso23-2008.pdf)

Trunk SL. Recent Decisions of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit: Health Care Law. *George Washington Law Review* 2002; 70(2):405-410.

Uchoa SAC, Camargo Júnior KR. Os protocolos e a decisão médica: medicina baseada em vivências e ou evidências? Ciênc. saúde coletiva 2010;15(4): 2241-2249 .

Vasconcellos-Silva PR, Castiel LD. Proliferação das rupturas paradigmáticas: o caso da medicina baseada em evidências. Rev. saúde pública 2005 jun;39(3):498-506.

Ventura M, Simas L, Pepe VLE, Schramm FR. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis 2010;20: 77-100.

Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Rev Saúde Pública 2007;41(2):214-22.

Werneck VL et al. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan; 1999.

Whitehouse PJ. National Institute of Health and Clinical Excellence decision processes supported by UK High Court: the debate about the value of Alzheimer's disease drugs continues. J Alzheimers Dis 2008 apr;13(3):239-40.

World Health Organization (WHO).The World Health Report 2000: Health Systems, Improving Performance. Genova: WHO; 2000.