

Desafios na Judicialização em Saúde - O Judiciário como gestor em saúde, existe limite?

***VII Fórum Nacional de Cooperativismo Médico
Conselho Federal de Medicina - CFM***

Brasília, 30/06/2016

Clenio Jair Schulze

Juiz federal

cleniojschulze@yahoo.com.br

<http://emporiododireito.com.br/category/direito-a-saude-com-clenio-jair-schulze/>

Dilemas da Constitucionalismo

- Ativismo judicial x Autocontenção judicial.
- Usurpação x Abdicação
- Judiciocracia.
- Governo dos juízes.
- Supremocracia.

Judicialização da vida

- **Judicialização:** fenômeno cultural brasileiro.
- => 99,8 milhões de processos judiciais (CNJ, 2015).
- “**Hipotecamos o futuro**” (Bauman. *A vida em fragmentos*).
- => **Falsa percepção:** O Judiciário não resolverá todos os problemas da vida.

Scheffer, M.C.; Trettel, D.B.; Kozan, J.F.
Judicialização da saúde suplementar, 2015

- Processos judiciais do **TJSP**
- Processos mapeados: 37000
- Processos analisados: 4059
- Julgamentos: de 2010 a 2014

- Decisões favoráveis: 3.575 (**88,08%**)
- Decisões desfavoráveis: 300 (**7,39%**)
- Parcialmente favoráveis: 174 (**4,29%**)
- **Conclusão: o usuário foi vencedor em 92,4% dos casos.**

Scheffer, M.C.; Trettel, D.B.; Kozan, J.F.
Judicialização da saúde suplementar, 2015

- => **Principais fundamentos da decisão:**
- 1) Código de Defesa do Consumidor (56,79%);
- 2) Lei dos planos de saúde Lei 9656 (56,59%);
- 3) Súmulas do TJSP (43,16%);
- 4) Código Civil (10,45%);
- 5) Estatuto do Idoso (9,76%);
- 6) Resoluções normativas ANS/CONSU (8,03%);
- 7) Constituição (5,15%);
- 8) Súmulas do STJ (4,75%)

Isolacionismo jurídico

- **Manuel Atienza:**
- *“Posso estar equivocado, mas creio que esses pesquisadores muitas vezes não se conhecem entre si, ou se conhecem muito pouco. Os trabalhos que escrevem parecem estar, com frequência, orientados mais a um auditório de alemães ou de norte-americanos do que a juristas brasileiros. Há uma tendência a assumir posições excessivamente abstratas que não me parecem adequadas para dar resposta aos problemas que realmente importam.”*
- Fonte: Revista **Consultor Jurídico**, 5 de setembro de 2015.

Judicialização da saúde

- **“O Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida.” (STF, ARE 801676 AgR/PE, Min. Rel. ROBERTO BARROSO, j. 19/08/2014)**

O que o Judiciário fez (faz?)

- => Julga apenas com base na Ciência Jurídica!
- **Richard Posner: "boa parte da produção teórica em matéria de direito é vazia de conteúdo"**
(Fronteiras de teoria do direito)
- => O Direito não é autossuficiente. Não é capaz de resolver todas as questões da vida humana, da sociedade!

Quais são os limites?

- **1) PRIMEIRA PROPOSTA:**
- => Construção de *nova dogmática jurídica*
- => ***DSBE***.

- Direito fundamental à saúde + Medicina Baseada em Evidências = **Direito à Saúde Baseado em Evidências (*DSBE*)**.

Judicialização da saúde

- **Medicina Baseada em Evidências - MBE:**
- => PCDT;
- => Conitec;
- => Cochrane;
- => ANVISA;
- => ANS;
- <http://www.comitesaudemg.com.br/www/>
- <http://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/4915>

DSBE

- [...] **DIREITO À SAÚDE. MEDICAMENTO MANIPULADO. REQUISITOS LEGAIS E EXCEPCIONALIDADE. ÔNUS PROBATÓRIO DO DEMANDANTE. 1. *Apelação interposta contra sentença que, em ação ordinária, julgou improcedente o pedido de fornecimento de Carbonato de Cálcio 1,2g + Vitamina D3 400UI (120 cápsulas), Metotrexato 20mg (9 cápsulas) e fórmula manipulada de Hidrocloroquina 400mg + Famotidina 60mg + Amitriplina 30mg + Meloxicam 10mg + Ácido Fólico 5mg + Prednisona 5mg (60 cápsulas). [...] É necessária a análise dos requisitos da efetividade, eficiência, segurança e custo-efetividade do medicamento pleiteado, sendo aconselhável ao magistrado exigir a apresentação de documentos relacionados com o caso, bem como proceder à oitiva prévia do médico responsável pela prescrição e, inclusive, dos gestores [...] A segurança e fiscalização empenhadas em sua dispensação deverão ser as mesmas utilizadas na dispensação de medicamentos já incorporados à lista do SUS. 6. Uma prescrição médica sem o devido detalhamento é insuficiente para autorizar a concessão de medicamento e sua incorporação indireta junto ao SUS. Recai sobre o demandante o ônus de provar o atendimento aos requisitos do art. 19-O, parágrafo único, da Lei nº 8.080/90, bem como a imprescindibilidade do pleiteado. [grifado] (TRF2, Apelação Cível 0013959-29.2010.4.02.5001, Relator Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO, julgado em 26/04/2016, DJ 05/05/2016)***

Quais são os limites?

- **2) SEGUNDA PROPOSTA:**
- => Hermenêutica aberta aos intérpretes da Constituição (*Peter Häberle*).
- O Judiciário não decide isoladamente.
- ***Manifestação da sociedade e das instituições:***
- => ***audiências públicas;***
- => ***amicus curiae.***

Quais são os limites?

- **3) TERCEIRA PROPOSTA:**
- => TEORIA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS:
- **Papel de cartógrafo:** a Corte mapeia as alternativas constitucionais existentes.

Quais são os limites?

- => **DÍVIDAS DOS ESTADOS - Mandados de segurança 34023, 34110, 34122.**
- *“Logo após o voto do relator, o ministro Luís Roberto Barroso propôs a suspensão por 60 dias do julgamento e prorrogação das liminares. Segundo ele, a questão envolve o desequilíbrio das relações federativas, uma vez que, se por um lado os estados não têm condições de cumprir suas obrigações, por outro a União adotou ao longo dos anos uma política tributária que concentra recursos em sua esfera.*
- *Para o ministro, o tema é de difícil solução por via judicial. Assim, é preciso um esforço para se devolver a questão para a esfera política, de forma a se desenvolver por meio de negociação.”*
- *<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=315388>*

Quais são os limites?

- => AVISO PRÉVIO - Mandado de Injunção 1090, Rel. Min. Gilmar Mendes.
- *“STF admite fixar aviso prévio proporcional ao tempo de serviço*
- *O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu, nesta quarta-feira, o julgamento de quatro Mandados de Injunção (MI) cujos autores reclamam o direito assegurado pelo artigo 7º, inciso XXI, da Constituição Federal (CF), de “aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei”. Os mandados foram impetrados diante da omissão do Congresso Nacional que, após a promulgação da CF de 1988, ainda não regulamentou o dispositivo.”*
- *<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182667&caixaBusca=N>*

Quais são os limites?

- **4) QUARTA PROPOSTA:**
- => ***ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.***
- Aproximação entre Direito e Economia.
- Consequência econômica das decisões judiciais.

- Cabe ao juiz, isoladamente, decidir que a operadora deve custear tratamento de 2 milhões de reais?

- Direito à saúde do consumidor x Operadora
- Direito à saúde do consumidor x Direito à saúde do consumidor

Nova posição do STF?

- *Ação Direita de Inconstitucionalidade 5501*
- Julgamento de 19/05/2016.
- A Corte suspendeu os efeitos da *Lei 13.269/2016* (que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética para pacientes diagnosticados com neoplasia maligna).
- => **nova fase na judicialização da saúde:** superação do entendimento que admitia o fornecimento de medicamentos e tecnologias experimentais, sem registro na Anvisa ou destituídos das melhores práticas de evidência científica.

Provocação final

- **Afinal, quem se beneficia da judicialização da saúde?**

Judicialização da saúde

- **“A natureza nos dá a vida, como dinheiro emprestado a juros, sem fixar o dia da restituição”**
- (Cícero)

Judicialização da saúde

Muito grato!

CLENIOJSCHULZE@YAHOO.COM.BR

<http://emporiododireito.com.br/category/direito-a-saude-com-clenio-jair-schulze/>

NETO, João Pedro Gebran e SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à Saúde. Análise à luz da judicialização.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.