



I ENCONTRO DO FÓRUM NACIONAL DO JUDICIÁRIO PARA A SAÚDE

AÇÕES COLETIVAS X AÇÕES INDIVIDUAIS E ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SUS E PLANOS PRIVADOS

Paulo Gilberto Cogo Leivas

São Paulo, 19 de novembro de 2010



1. Decisão Min. Gilmar Mendes

– STA 175, 178, 224

"Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o

Decisão STF – etapas

- 1ª. Existe política estatal que abranja a prestação pleiteada?
 - Se sim, então o direito subjetivo à saúde é evidente
 - Se não, passa-se à segunda etapa
- 2ª. A inexistência da política decorre de: a) omissão legal ou administrativa; b) decisão de não fornecer a prestação pleiteada; c) vedação legal.
 - Em caso de vedação legal, não há direito
 - Em caso de decisão de não fornecer, passa-se à terceira etapa

Decisão STF – etapas

- **3ª etapa.** Se há **decisão de não-fornecer**, avaliar duas situações distintas: a) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; b) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.
 - a) Na hipótese “a”: **O Juiz tem de privilegiar os Protocolos Clínicos**, contudo isso não significa que o Poder Judiciário e a própria Administração não possa decidir de modo diferente ao do protocolo se “por razões específicas do seu organismo”, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso”
 - Na hipótese “b”, passa-se para quarta etapa.

Decisão STF - etapas

- 4ª etapa: Se o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia 2 situações: a) tratamento puramente experimentais; b) novos tratamentos ainda não incorporados pelo SUS.
 - a) medicamentos experimentais – “O Estado não pode ser condenado a fornecê-los”
 - b) novos tratamentos – a omissão administrativa pode ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações judiciais, quanto por ações coletivas, com ampla produção de provas.

Decisão STF

- Diz “é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar”
- Adverte contra a “produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peça processuais que muitas vezes não contemplam as especificidades do caso concreto examinado”.



2. Ações individuais e/ou ações coletivas

Proposições do Prof. Luís Barroso no artigo: “Da falta de efetividade à judicialização excessiva...”

- Ações individuais somente para prestações que já contam na lista de medicamentos: Argumentos:
 - Art. 196 fala que a saúde se exerce mediante políticas públicas
 - Princípio democrático: competência do administrador público para alocar recursos escassos
 - Competência técnica do gestor de saúde
- A alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas
- O ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido

Palestra de Robert Alexy no TRF4(1998)

- “A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídicos-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério...”.

Argumentos pela subjetivação/justiciabilidade dos direitos fund. sociais

- Tese da subjetivação: “A cada dever jurídico-fundamental vinculativo do estado, tenha esse um caráter definitivo ou meramente prima facie, fundamentalmente, correspondem direitos fundamentais sob a forma de direitos subjetivos”.



3. Preceito da proporcionalidade como proibição da insuficiência ("Untermassverbot")

Direito fundamental à saúde

- A norma do art. 6^a da Constituição Federal fundamenta um direito fundamental à saúde *prima facie*
- *O princípio da dignidade humana impõe que o direito individual seja respeitado e protegido, mesmo contra os interesses da maioria*
- O princípio democrático confere competência ao Executivo para formular políticas públicas (protocolos e listas de medicamentos)

1ª etapa: adequação

- A prestação de saúde é efetiva para a promoção do direito à saúde do autor da ação?
 - A efetividade da medida pleiteada precisa estar embasada na melhor evidência disponível (MBE)
 - Qual é o nível de evidência exigível em sede de tutela antecipada e de sentença de mérito?

2ª etapa: “Necessidade”

- Existe um outro bem ou serviço já prestado pelo SUS tão efetivo quanto o pleiteado na ação?
 - Qual é o meio que produz maior qualidade de vida, menores efeitos colaterais, etc?

Quesitos para perícia

- Deve ser baseada em evidências e com declaração de conflito de interesses:
- “Fornecer dados comparativos sobre o medicamento solicitado com outros medicamentos/tratamentos, em especial sobre: custo/mês; **melhora de qualidade de vida;** **aumento da sobrevida;** eficácia; segurança; efeitos colaterais; estágio de pesquisa ou alguma outra qualificação que indique cautelas no seu uso enquanto não forem ultimadas pesquisas conclusivas”.

3ª etapa: ponderação

- Princípio da competência do legislador/administrador para definição de políticas públicas possui um peso maior que o direito à saúde?
 - Prioridade *prima facie* do direito à saúde.

4. Casos para reflexão

A. Hepatite B (Adefovir)

- Autor alega que apresenta resistência viral ao medicamento Lamivudina (padronizado pelo SUS) e pede o medicamento Adefovir
- Há protocolo clínico para Hepatite B, sem menção ao caso do paciente
- Medicamento registrado na ANVISA
- Dois laudos médicos asseveram a necessidade do novo medicamento
- Parecer técnico do Min. da Saúde diz que estudos clínicos apontam que o Adefovir reduz a progressão da doença (MBE)

B. Transexuais

- Ministério da saúde omitiu-se na assistência aos transexuais
- Ação Civil Pública julgada procedente
- Ministro da Saúde reconheceu a necessidade da assistência aos transexuais
- União Federal desiste de todos os recursos judiciais contra a decisão de procedência e cita o caso como exemplo de respeito aos direitos humanos em encontros internacionais

C. Doenças raras

- Medicamentos de alto custo, pequenos número de pacientes, omissão do Ministério da Saúde na construção de uma política para essas doenças
- Doenças não curáveis, contudo há pesquisas que demonstram que alguns medicamentos trazem alguns benefícios e melhoram qualidade de vida.
- Não há alto grau de evidência para essas conclusões em razão do pequeno número de pacientes

Conclusões

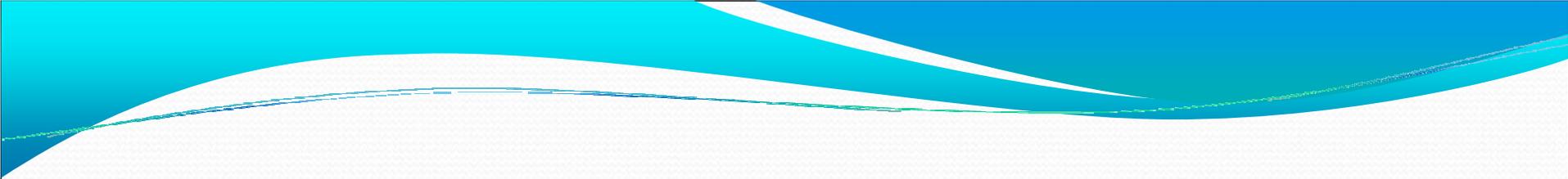
- A norma do art. 6º da CF fundamenta direitos subjetivos à saúde *prima facie* e definitivos, demandáveis de modo individual e coletivamente.
- A aplicação do princípio da proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência (Untermassverbot) exige a ponderação de argumentos empíricos e normativos favoráveis e contrários à concessão da prestação de saúde.
- Exigência, na análise da **adequação**, de buscar o maior grau de evidência disponível sobre efetividade da prestação (Medicina Baseada em evidências)

Conclusões

- Na análise da efetividade (necessidade), mensurar e comparar ganhos de qualidade de vida, sobrevida, custos, entre a medida pleiteada e a que consta dos protocolos/listas.
- Na ponderação, avaliar se é justificável que seja concedida prestação que não consta dos protocolos/listas do SUS.
- Deve ser verificado o grau de certeza das premissas empíricas apoiadoras do direito à saúde do autor – **realização de perícia médica** com base em evidências.

Propostas

1. Criação de um banco de dados técnicos sobre as principais prestações de saúde demandadas;
2. Realização de convênios com faculdades de medicina para a realização de laudos técnicos fundados em evidências e cujos subscritores declarem eventuais conflitos de interesses
3. Que os Ministérios Públicos Federal e Estadual promovam uma ação coordenada em nível nacional para a instauração de ICPs e, se for o caso, de ACPs de abrangência nacional para a incorporação de tratamentos no SUS.



Muito obrigado!

pauloleivas@pr4.mpf.gov.br