

Determinações judiciais sobre medicamentos não padronizados: um estudo sobre as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo

Judicial decisions on non-standard medicines: a study in the context of the Court of Justice of the State of Espírito Santo, Brazil

Determinaciones judiciales sobre medicamentos no normalizados: un estudio en el ámbito del Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo, Brasil

João Victor Gomes Correia¹
Margareth Vetis Zaganelli²

Resumo

Objetivo: investigar a judicialização da saúde no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) a partir das decisões sobre dispensação de medicamentos não padronizados pelo Sistema Único de Saúde no ano de 2019. **Metodologia:** levantamento de dados, sob o método quantitativo e qualitativo-descritivo, com base na análise de conteúdo dos acórdãos do TJES no ano de 2019. **Resultados e discussão:** todos os 111 acórdãos pesquisados foram demandas individuais, observando-se equilíbrio entre as atuações de advogados particulares e o Ministério Público Estadual e a Defensoria Pública Estadual nas causas investigadas. Houve um número predominantemente maior de deferimentos dos medicamentos não padronizados, em grande medida por meio de tutelas provisórias. Nos 88 acórdãos que concederam o pedido de medicamento, nota-se divisão entre a utilização pelo TJES do parâmetro necessidade/hipossuficiência e o Tema nº 106, do Superior Tribunal de Justiça, sendo pouco utilizado os enunciados do Conselho Nacional de Justiça. Os fundamentos técnicos tiveram a predominância de laudos periciais em detrimento de pareceres dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário. **Conclusão:** constatou-se o predomínio de demandas individuais, com utilização de tutelas provisórias e deferimentos dos medicamentos, tendo considerável atuação dos órgãos públicos na representação processual. O TJES mostra atenção aos precedentes judiciais e jurisprudência dominantes dos Tribunais Superiores na matéria de medicamentos não padronizados e tem pautado majoritariamente os deferimentos dos pleitos em laudos médicos do paciente.

Palavras-chave

Medicamentos. Sistema Único de Saúde. Decisões Judiciais. Judicialização da Saúde.

Abstract

Objective: to study the judicialization of health care within the Court of Justice of the State of Espírito Santo (TJES, in Portuguese) in Brazil, using the decisions on the dispensing of nonstandard medications by the Unified Health System in 2019. **Methods:** data collection was performed using the quantitative and qualitative descriptive methods, based on a content

¹ Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil; servidor, Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-7763-7689>. E-mail: jvgomesc@gmail.com

² Doutora em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil; professora titular, Programa de Pós-graduação em Gestão Pública, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-8405-1838>. E-mail: mvetis@terra.com.br

analysis of the second-instance rulings of the TJES in 2019. **Results and discussion:** all 111 second-instance rulings studied were individual lawsuits, and a balance was observed between lawsuits filed by private lawyers and prosecutors and state public defenders in the cases studied. There was a predominantly higher number of postponements of nonstandard medications, largely through temporary guardianships. In the 88 judgments in which the request for medication was granted, a split can be seen between the use of the need/hyposufficiency parameter by the TJES and Supreme Court's Thesis No. 106, with little reliance on National Council of Justice (CNJ, in Portuguese) testimony. For the technical reports, expert testimony predominated to the detriment of the opinions of the Justice Technical Assistance Centers (NAT-JUS, in Portuguese). **Conclusion:** there was the predominance of individual lawsuits, with the use of injunctions and motions to medicines, with notable performance of public bodies in litigation. The TJES adheres to precedent and prevailing Superior Court case law on the issue of nonstandard medication, granting most of the motions.

Keywords

Drugs. Unified Health System. Judicial Decisions. Health's Judicialization.

Resumen

Objetivo: investigar la judicialización de la salud en el ámbito del Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo (TJES), in Brasil, a partir de decisiones sobre la dispensación de medicamentos no estándar por el Sistema Único de Salud en 2019. Metodología: recolección de datos, utilizando el método cuantitativo y cualitativo-descriptivo, a partir del análisis de contenido de las sentencias del TJES en el año 2019. **Resultados y discusión:** las 111 sentencias relevadas fueron demandas individuales, observándose un equilibrio entre la actuación de los abogados privados y el Ministerio Público del Estado y la Defensoría Pública del Estado en los casos investigados. Hubo un número predominantemente mayor de aplazamientos de medicamentos no estandarizados, en gran parte a través de tutelas provisionales. En las 88 sentencias que concedieron la solicitud de medicación, hay una división entre la utilización por el TJES del parámetro necesidad/hiposuficiencia y el Tema N.º 106, del Superior Tribunal de Justicia, con escasa utilización de los pronunciamientos del Consejo Nacional de Justicia. Los fundamentos técnicos tuvieron predominio de los informes periciales en detrimento de los dictámenes de los Centros de Apoyo Técnico del Poder Judicial. **Conclusión:** hubo predominio de las demandas individuales, con uso de tutelas provisionales y diferimiento de medicamentos, con considerable actuación de los órganos públicos en la representación procesal. El TJES muestra atención a los precedentes judiciales y la jurisprudencia dominante de los Tribunales Superiores en el campo de los medicamentos no estandarizados y ha basado mayoritariamente el otorgamiento de reclamaciones en los informes médicos del paciente.

Palabras clave

Medicamentos. Sistema Único de Salud. Decisiones Judiciales. Judicialización de la Salud.

Introdução

As discussões em torno da judicialização da saúde têm ganhado destaque recorrente na academia e nos tribunais pátrios, haja vista a imediata repercussão do tema no cotidiano judicante. A sensibilidade da matéria é evidente e impõe aos julgadores exame cada vez mais detido dessas ações, sobretudo no que concerne aos limites da prestação de políticas públicas em matéria de saúde pelo Estado.

De forma específica, os tribunais nacionais têm se debruçado sobre os aspectos da dispensação de medicamentos, principalmente aqueles não padronizados nos atos administrativos do Sistema Único de Saúde (SUS). Com isso, observa-se um paulatino crescimento de teses jurídicas, sobretudo no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que moldam os entendimentos dos demais órgãos jurisdicionais na apreciação de matérias análogas.

Nada obstante, o estado do Espírito Santo e seus municípios detêm, cada qual em sua proporção, atribuições atinentes à dispensação de medicamentos via serviço público de saúde. Paralelamente, o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) possui, dentre outras, a competência de dirimir as demandas de pleitos de medicamentos não padronizados pelo SUS ou pelas listagens estaduais e municipais, o que insere o referido órgão jurisdicional no contexto antes mencionado de aumento das demandas relacionadas à judicialização da saúde e de potencial incidência das teses elaboradas pelos Tribunais Superiores.

Diante desse cenário, desenvolveu-se, no âmbito do Programa Institucional de Iniciação Científica da Universidade Federal do Espírito Santo (PIIC-UFES), o subprojeto *Determinações judiciais acerca dos medicamentos não padronizados no âmbito do Estado do Espírito Santo*, cujo objetivo central era investigar o fenômeno da judicialização da saúde, mais especificamente a judicialização da assistência farmacêutica no contexto do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo a partir das decisões dos órgãos colegiados de segunda instância sobre dispensação pelo Poder Público de medicamentos não padronizados pelo SUS. Esse enfoque foi eleito em razão do TJES ter em sua jurisdição número considerável de matérias relacionadas ao direito à saúde, considerando que o fenômeno da judicialização da saúde tem incidência sobre o estado do Espírito Santo e os seus municípios. Das problematizações firmadas nos estudos teóricos, foram elencados os seguintes objetivos específicos: a quantificação dos aspectos processuais relevantes dessas ações; a identificação dos parâmetros jurisprudenciais dos Tribunais Superiores utilizados no TJES para as determinações judiciais nessa matéria; e a fundamentação técnica utilizada para os deferimentos dos medicamentos pleiteados.

O corte metodológico está limitado quanto ao assunto em vista da diferenciação jurisprudencial em matéria de determinações de dispensação de medicamentos, excluindo-se do trabalho demandas que versavam sobre medicamentos padronizados de alto custo, sem registro na Agência Nacional (Anvisa) ou *off label*. Já quanto a sua extensão, a pesquisa se justifica em razão da incipiente pesquisa com esse objeto no *locus* investigado e a

necessidade de se compreender a repercussão dos aspectos dessas ações no ente federativo diante das novas teses firmadas nos Tribunais Superiores.

Desse modo, o presente artigo visa comunicar à comunidade externa os principais resultados da pesquisa desenvolvida e contribuir com os debates acerca da temática a partir do trabalho realizado.

Direito à saúde, assistência farmacêutica e judicialização: breves apontamentos

O presente estudo se insere no cenário de aumento nacional das demandas judiciais sobre o direito à saúde e de paulatino crescimento de teses relacionadas às determinações judiciais de dispensação de medicamentos no âmbito dos Tribunais Superiores – aqui destacados o STF e o STJ.

O exponencial aumento de ações em que se busca a tutela jurisdicional, a fim de ser prestada determinada política pública de saúde se revela em estudo recente, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), que demonstrou haver um aumento maior nas demandas judiciais de saúde quando relacionadas às ações do Poder Judiciário em geral (1). Pode-se dizer que tal realidade emergiu, dentre outros fatores, a partir da elevação da saúde ao plano normativo-constitucional pela Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB) de 1988. Estampado no art. 6º e pormenorizado nos art. 196 ao 200 da CRFB, o direito à saúde é, em síntese, o direito de todos os cidadãos à prestação de políticas públicas em saúde pelo Estado.

Em que pesem as discussões doutrinárias, entende-se, segundo Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2), que o direito à saúde é um direito subjetivo, individual ou coletivo, de todo e qualquer cidadão, ao acesso às políticas públicas de saúde, podendo pretender em juízo a tutela do seu direito em face da Administração Pública. Assim, a abstração da norma constitucional se concretiza a partir das políticas públicas voltadas à promoção e à salvaguarda da saúde, comportando desde medidas mais evidentes, como o atendimento hospitalar, até o campo de infraestrutura básica, como é o caso das medidas de melhoria do saneamento básico.

Importa destacar que, nos países latino-americanos e caribenhos, há a emancipação da saúde como preceito constitucional, o qual se vislumbra, resguardada as limitações e particularidades de cada nação, um imperativo de proteção e promoção da saúde como um dever do Estado (3). Consequência disso é a busca, em juízo, da tutela da saúde, observando-se que a judicialização da saúde alcança não só o Brasil, mas também os países com matriz histórico-constitucional semelhante. No contexto brasileiro, interessou à presente

investigação as demandas envolvendo a assistência farmacêutica no âmbito do serviço público estadual e municipal, haja vista seu destaque como política pública mormente evocada pelo jurisdicionado para a tutela do direito à saúde.

O fornecimento de medicamentos no Brasil tem importante guarida na instituição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename), cujo propósito é listar os medicamentos indispensáveis no cotidiano da população brasileira e ser meio de padronização da prescrição e aquisição de medicamentos no SUS, bem como ser parâmetro para as Relações Estaduais de Medicamentos Essenciais (Reesme) e Relações Municipais de Medicamentos Essenciais (Remume) (4). Além disso, a Política Nacional de Medicamentos (PNM), estabelecida em 1999, inaugurou postura decisiva no âmbito governamental sobre a dispensação de medicamentos e “expressa as principais diretrizes para o setor com o propósito de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade desses produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais” (4). A partir da PNM, foi criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), a regulamentação dos medicamentos genéricos (Lei n.º 9.787/99), o Departamento de Assistência Farmacêutica (DAF) (4), dentre outras medidas que visam a gestão racional da dispensação dos medicamentos no Brasil.

Nesse contexto, o Poder Judiciário se viu, nos últimos anos, enfrentando demasiadas demandas versando sobre a dispensação de medicamentos que ainda não se encontram padronizados em políticas públicas ou que não estão disponíveis pelo SUS. Tal realidade impôs aos tribunais brasileiros, em especial os Tribunais Superiores, debruçarem-se sobre os critérios jurisprudenciais para o julgamento dessa matéria, a fim de se inibir determinações judiciais desarrazoáveis. Nota-se, com isso, que o foco deixa de ser precipuamente o número das demandas e passa a se concentrar na forma de decidir a matéria de saúde.

Balestra Neto (5) traz a evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores, pontuando três fases ao longo das décadas subseqüentes à Constituição de 1988. Dentre elas, destaca-se a terceira fase, a qual parece vigorar e que é pano de fundo dos últimos entendimentos exarados pelas Cortes Superiores. Nas palavras do autor:

Uma nova etapa da evolução jurisprudencial do direito à saúde começou a se passar em meados da década de 2000. Os tribunais superiores começaram a superar a ideia de que o direito à saúde e sua diretriz da integralidade significariam um “direito a tudo”. Passou-se a uma análise mais minudente do caso concreto, com considerações de ordem técnica, inaugurando na jurisprudência uma série de decisões que negou aos usuários do SUS determinadas prestações que estariam em desacordo com balizas das políticas públicas previamente delineadas. (5)

Outro destaque é a Audiência Pública n.º 4, no ano de 2009 (6), onde diversos seguimentos da sociedade, interessados no debate sobre o direito à saúde, se reuniram na formulação de entendimentos sobre a matéria. No tratamento específico sobre as determinações de medicamento, em 2010, ocorreu o julgamento da Tutela Antecipada nº 175, no STF (7), inaugurando balizas para a concessão via judicial de medicamentos não padronizados.

Nos últimos anos, a Suprema Corte concluiu dois importantes julgamentos em sede de Recursos Extraordinários (RE) com repercussão geral: o RE nº 556.471/RN (8) e o RE nº 657.718/MG (9). O primeiro trata de pleitos de medicamentos de alto custo e o segundo cuidou sobre o dever de o Estado fornecer medicamentos sem registro da Anvisa. Esses julgamentos foram finalizados em 2019 e 2020, respectivamente, e se tornaram um novo paradigma para as decisões sobre medicamentos fornecidos pelo Poder Público. Além disso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assentou, em 2018, o Tema n.º 106, oriundo de julgamento de Recurso Especial repetitivo nº 1.657.156/RJ (10), o qual estabeleceu critérios específicos para a determinação judicial sobre os medicamentos que não se encontram na listagem dos SUS. Destaca-se também o contínuo movimento do CNJ na elaboração de recomendações, regulamentações e enunciados que servem de normatização e orientação administrativa aos órgãos judiciários nas demandas sobre o direito à saúde. Nessa seara, é possível mencionar as Recomendações n.º 31/2010 e n.º 36/2011, os enunciados elaborados na I e na II Jornada de Direito da Saúde, os quais atuam como verdadeiros vetores hermenêuticos na compreensão da matéria sanitária. Não é possível se olvidar da Regulamentação nº 238/2016 que determinou a criação de Comitês Estaduais de Saúde nos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais e a instituição dos Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), comissão formada por profissionais da área de saúde incumbidos de formularem pareceres técnicos para os julgamentos (12).

Importante registrar que há quem critique a contínua parametrização do direito à saúde pelos Tribunais Superiores, sob a justificativa de que estariam se utilizando de critérios alheios ao texto constitucional (11). Porém, o presente estudo parte do pressuposto da existência desses critérios e do ensejo nas demandas judiciais que versam sobre medicamentos não padronizados, não lançando mão dos aspectos críticos sobre os parâmetros objetivos fincados na jurisprudência superior. Em suma, a recorrência das demandas em saúde levou os Tribunais Superiores e o CNJ a elaborarem critérios objetivos que norteiam ou vinculam os tribunais brasileiros nas determinações judiciais sobre

medicamentos contra o Poder Público, sobretudo acerca dos fármacos que não estão disponíveis nas listagens administrativas, os ditos medicamentos não padronizados.

Esse contexto nacional encontra vazão na Justiça Estadual do Espírito Santo, haja vista que detém, dentre outras, a competência de processar e julgar demandas judiciais sobre dispensação de fármacos em desfavor do Poder Público. Isso porque, essas ações podem ter no seu polo passivo o estado do Espírito Santo e os municípios que compõem o estado-membro. Além disso, a referida instância judiciária é influenciada e vinculada à jurisprudência dominante e aos precedentes obrigatórios exarados pelos Tribunais Superiores e observa as normas administrativas do CNJ, sendo cenário propício para a investigação sobre a aplicação dos precedentes em matéria de dispensação de medicamentos.

Para a presente pesquisa, o foco de atenção se deteve nos julgamentos de recursos voluntários e remessas necessárias, bem como nas ações de competência originária do TJES que versassem sobre medicamentos não padronizados pelo SUS.

Metodologia

O presente estudo consiste em uma pesquisa de campo exploratória de cunho documental desenvolvida sob o método quantitativo e qualitativo-descritivo. A coleta de dados se deu no âmbito do acervo jurisprudencial do sítio eletrônico do TJES³ e se limitou à análise dos acórdãos proferidos no Tribunal. Para tanto, elegeu-se a amostragem aleatória simples e a limitação temporal do ano de 2019 por conveniência.

Na coleta de dados (figura 1), utilizou-se o termo *medicamento* por ser expressão abrangente e recomendada no sistema tesouro do STF e do STJ para a pesquisa envolvendo a presente temática. Os documentos foram salvos em arquivos eletrônicos e as informações foram dispostas no sistema de planilhas *Microsoft Excel 2016* a partir de um formulário com categorias de informações predeterminadas e devidamente testadas.

³ <http://www.tjes.jus.br/>

Figura 1. Busca no acervo jurisprudencial no sítio eletrônico do TJES

TJES
Tribunal de Justiça do Espírito Santo

Portal do Poder Judiciário

Consulta Jurisprudência

Local da Busca: 2º Grau Turma Recursal

Palavra chave:
e ou não

Nº do processo: (?)

Órgão Julgador: (?) Loading...

Desembargador(a) / Juiz(a): (?) Loading...

Período (Data de Julgamento): até (DD/MM/AAAA) (?)

Tipo de Jurisprudência: Acórdão Decisão Monocrática

Accesse também: [Súmulas](#) [Revista Ementário de Jurisprudência](#)

Fonte: elaboração dos autores.

Dois eixos centrais foram predeterminados para a investigação dos documentos: o perfil processual das causas e os aspectos da fundamentação das decisões. Para traçar o perfil processual, foram pesquisados: i) a natureza da demanda; ii) a espécie de pronunciamento impugnado; iii) a espécie de recurso manejado; iv) a representação jurídica da parte autora; v) o resultado do julgamento. Foram colhidos dados sobre a entidade pública no polo passivo da demanda, o órgão julgador e a origem da ação, mas essas informações se mostraram irrelevantes ao objeto de estudo.

Já no espectro da fundamentação das decisões de deferimento de medicamentos não padronizados pelo SUS, a investigação resultou em duas temáticas principais: i) parametrização jurisprudencial dos Tribunais Superiores; ii) fundamentação técnica. Nessas temáticas, foi realizada a leitura flutuante dos documentos para o devido descarte daqueles impertinentes ao objeto de estudo. Com os acórdãos válidos, utilizou-se o método de análise de conteúdo proposto por Bardin (13) para o agrupamento das unidades de registros em categorias específicas.

Foram colhidos 217 acórdãos seguindo a limitação temporal e se utilizando da expressão elegida para a pesquisa no banco jurisprudencial do TJES. Desses documentos,

106 foram descartados em razão da impertinência com o objeto da pesquisa (matéria concernente ao direito contratual, direito previdenciário ou direito penal, ações versando sobre medicamentos padronizados ou medicamentos *off label* e pronunciamentos judiciais sem o seu interior teor ou com matéria material ou processual diversa, como os embargos de declaração sem efeitos modificativos. Assim, resultou-se em 111 (n.) pronunciamentos que foram lidos e analisados.

A par dos resultados da coleta de dados, as informações passaram pela análise indutiva e jungidas às hipóteses previamente formuladas.

Resultados

No traçado quantitativo sobre o perfil processual das demandas investigadas, observou-se que todas eram de natureza individual e não se constatou julgamentos de demandas coletivas. Em 46,95% dos acórdãos analisados, constatou-se o patrocínio da ação por advocacia particular; em 27,03% dos casos, foram assistidos pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo (DPES); e, em 27,03%, os foram substituídos pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MPES).

A discussão sobre medicamentos não padronizados se originou, em grande medida, de decisões interlocutórias proferidas no juízo de primeira instância (50,45%), sendo que o teor dessas decisões era o deferimento de liminares em sede de tutela provisória. Na sequência, observou-se que 45,95% dos casos analisados pelo Tribunal eram impugnações contra sentenças. Já em menor incidência, a Corte Estadual analisou 0,9% de acórdãos oriundos de processos de competência originária e 0,9% de decisões monocráticas. Ademais, destaca-se a presença de 1,8% de pronunciamentos em que não há decisões impugnadas, ou seja, processos que não eram em grau de recurso.

Dos acórdãos coletados, 50,45% foram prolatados em sede de agravo de instrumento e 36,04% em sede de apelações. De forma mais residual, constatou-se a presença de 9,91% oriundos de remessa necessária e 1,8% igualmente de mandados de segurança e de agravos internos.

Quanto às conclusões dispositivas, foram observados majoritários deferimentos de medicamentos não padronizados (79,28%). Em 17,12% dos casos, houve indeferimentos e, em 3,60%, houve parcial provimento, ou seja, casos em que se indeferiu e se deferiu medicamentos não padronizados pleiteados.

Tabela 1. Variáveis do eixo de análise *Perfil Processual* dos acórdãos coletados

Variável	n.	%
Natureza da ação		
Coletiva	0	0
Individual	111	100
Representação jurídica		
Advogado particular	51	46,95
Defensoria Pública	30	27,03
Ministério Público	30	27,03
Sede de apreciação		
Agravo de instrumento	56	50,45
Agravo interno	2	1,80
Apelação	40	36,04
Mandado de Segurança	2	1,80
Remessa Necessária	11	9,91
Decisão Impugnada		
Acórdão do Tribunal	1	0,90
Decisão Interlocutória	56	50,45
Decisão Monocrática	2	0,90
Sentença	51	45,95
Sem pronunciamento judicial	2	1,80
Concessão do medicamento		
Dando provimento	88	79,28
Dando parcial provimento	4	3,60
Negando provimento	19	17,12

Fonte: elaborados pelos autores

Em corte mais preciso, debruçou-se qualitativamente na fundamentação dos pronunciamentos que deferiram o pleito por medicamento não padronizados (n = 88). Para tanto, foram desconsiderados os acórdãos de parcial provimento, haja vista a dificuldade de dissociar a argumentação nesses casos.

Como se observa na Tabela 2, no eixo de análise *Parâmetros dos Tribunais Superiores*, contataram-se duas argumentações predominantemente reconhecidas nos julgados: a imprescindibilidade do medicamento e a hipossuficiência do autor (59,09%) e o preenchimento dos requisitos fixados no Tema 106 do STJ em (40,91%). Além disso, verificou-se a solidariedade passiva entre os entes federados em matéria de saúde em 42,05% dos casos investigados e, em 7,95%, houve a menção aos enunciados e regulamentações do CNJ.

Já no eixo *Fundamentação Técnica*, constatou-se a presença do laudo particular em 81,82% dos casos e do parecer do NAT em 26,14%, bem como a presença de outros meios de provas, em 2,27%.

Tabela 2. Variáveis dos aspectos da fundamentação dos acórdãos de deferimento dos medicamentos pleiteados

Variável	n.	%
Parâmetros dos Tribunais Superiores		
Imprescindibilidade do medicamento e hipossuficiência do autor	52	59,09
Preenchimento dos requisitos fixados no Tema 106 do STJ	36	40,91
Solidariedade passiva entre os entes federados em matéria de saúde	37	42,05
Menção aos enunciados e regulamentações do CNJ	7	7,95
Fundamentação Técnica		
Laudo particular	72	81,82
Parecer do NAT	23	26,14
Provas diversas	2	2,27

Fonte: elaborado pelos autores

Discussão

Dentre os resultados aferidos, o aspecto destacável, extrínseco aos acórdãos investigados, se refere à representação processual. Houve presença paritária em mais da metade dos casos da DPES e do MPES – que assistiram e substituíram, respectivamente, o postulante do medicamento –, sugere, em primeira análise, uma evolução na construção literária que aponta essas ações como privilégio daqueles que possuem condições de arcar com os custos do processo, como as verbas advocatícias (14). No entanto, os casos em que houve presença do patrocínio da advocacia particular – uma parcela minoritária, mas não inexpressiva – não permitem, por si só, refutar essa constatação. Mesmo assim, salutar o comentário de Sarlet (15) quando relembra que existem distorções no acesso à justiça e que o não preenchimento dos critérios de seleção para a assistência em juízo pelos órgãos públicos não é critério para aferição da possibilidade financeira para arcar com os cuidados necessário para a preservação da saúde.

Constatou-se que, no ano de 2019, não houve julgamentos em segunda instância de ações coletivas acerca do objeto em estudo. Barroso (16) esclarece que o manejo das ações coletivas em matéria de saúde é medida eficaz para se elidir a proliferação de decisões judiciais atomizadas e para alcançar os jurisdicionados de forma ampla. É evidente que a delimitação temporal e espacial da pesquisa, bem como o corte metodológico imposto, impede ampliar a constatação para as diversas faces do direito à saúde. Apesar disso, a amostragem permite inferir a reprodução do cenário mormente descrito pela doutrina na judicialização, ou seja, a presença expressiva de ações judiciais para a tutela individual do direito subjetivo à saúde (17).

No cotejo das sedes de apreciações com o conteúdo das decisões majoritariamente impugnadas, observa-se que grande parte dos deferimentos estão correlacionados ao provimento de tutelas provisórias. Com isso, constata-se que, mesmo uma entidade pública figurando como ré, a antecipação da tutela é instituto utilizado e deferido comumente na judicialização de medicamentos. Pode-se interpretar que, nesse contexto, há o que Didier, Braga e Oliveira (18) chamam de “perigo da irreversibilidade decorrente da não-concessão da medida”, isso pois, ao “não conceder a tutela provisória satisfativa (antecipada) para a efetivação do direito à saúde pode, por exemplo, muitas vezes, implicar a consequência irreversível da morte do demandante”. Por outro lado, a literatura tem indicado a necessidade de o julgador adotar uma postura mais técnica e detida nos pedidos de deferimentos de liminares, em razão das consequências negativas que podem desencadear na gestão da saúde do Ente Público a que se destinou a medida. Nesse ponto, Tavares (19) propõe, assim como outros autores que se dedicam ao tema, uma medida de urgência calibrada na forma do art. 297, do CPC, e que haja uma espécie de compartilhamento de riscos com os demais sujeitos envolvidos na demanda de saúde, como o médico do paciente ou o laboratório de fornecimento do fármaco, a teor da Portaria GM n.º 1.297/2019.

As conclusões majoritárias pelo deferimento dos medicamentos não padronizados orientam a realidade investigada ao contexto estatístico nacional e aos estudos desenvolvidos sobre a judicialização da saúde no país, nos quais se aponta o elevado número de determinações judiciais que outorgam aos entes federativos a dispensação do medicamento pleiteado. Embora não haja um levantamento de dados acerca dos custos dessas demandas ou dos medicamentos requeridos no campo estudado, a constatação localiza o Tribunal Estadual no cenário de alerta que se propaga na jurisprudência e na literatura jurídica sobre o elevado número de deferimento de decisões judiciais em desfavor das entidades públicas. Como comumente se articula, a destinação de recursos públicos para o atendimento de ações individuais, normalmente versando sobre medicamentos de alto custo e que não se encontram no serviço público de saúde, traria prejuízos na dispensação de medicamentos que já se encontram padronizados, sobretudo aqueles de uso básico e geral da população. Contudo, essa construção argumentativa muitas vezes carece de amparo probatório e não parece ser obstáculo ao deferimento dos medicamentos não padronizados.

A despeito disso, não é possível concluir apenas de maneira negativa esse percentual apurado. Ao Poder Judiciário é concedido o controle das políticas públicas, de sobremaneira aquelas fundadas sob preceitos constitucionalmente previstos, como é o caso do direito à

saúde. Diante disso, ao ser provocado a se manifestar diante de uma eventual omissão do Estado frente ao seu dever entabulado no art. 196, da CRFB, não pode o julgador se esquivar do seu próprio dever judicante de promover a tutela do direito pleiteado. Nesse sentido, preleciona Oliveira e Souza (14) que

(...) o Direito à Saúde requer medidas urgentes não prolongar no tempo (sic), pois a saúde está intimamente ligada ao bem maior que é a vida, portanto deve ser tal Direito concretizado o mais rápido possível, pois o que está em jogo é a própria vida do ser humano. Em decorrência do exposto os tribunais brasileiros têm concedido de imediato a tutela jurisdicional, quando a lide envolve o acesso à saúde.

Diante disso, o fenômeno da judicialização da saúde tende a ultrapassar a investigação sob o aspecto meramente numérico e os mecanismos de estancamento das demandas, para se analisar com maior acuidade a forma como se tem decidido a dispensação dos medicamentos pela via judicial. Por essa razão, a presente pesquisa se deteve na análise do conteúdo do universo das decisões que deferiram os medicamentos não padronizados pleiteados.

A Tabela 2 mostra a observação sobre o apoio na jurisprudência dos Tribunais Superiores para os deferimentos de medicamentos não padronizados pelo TJES.

Das 88 demandas analisadas, dois parâmetros exarados pelas Cortes Superiores se destacaram. O primeiro diz respeito à verificação do binômio *necessidade do medicamento e a hipossuficiência do autor da ação*. Tal linha argumentativa do Tribunal Estadual faz referência, explícita ou implicitamente, à jurisprudência dominante no STF e STJ durante muitos anos, na qual estabeleceu esses dois critérios como balizas mínimas em se tratando de concessão de medicamentos⁴. Nota-se, portanto, a internalização desses critérios na própria jurisprudência da Corte Estadual que passou a referenciar naturalmente sobre esses parâmetros nas decisões investigadas.

Em seguida, constatou-se considerável menção ao preenchimento dos requisitos entabulados na *ratio decidendi* do Tema nº 106, do STJ, oriundo do julgamento do REsp nº 1.657.156/MG (10). Desse modo, o referido tema deixa de ser apenas parâmetro persuasivo aos tribunais pátrios, para ser baliza necessária aos provimentos judiciais em que se versa sobre medicamentos que não estejam incorporados pelo SUS, sendo, portanto, precedente

⁴ Exemplificando: “O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos menos afortunados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos necessários ao restabelecimento da saúde.” (STF, ARE 89196, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, j. 22/09/2015, DJe 09/10/2015). “4. Necessário, ainda, realizar os seguintes esclarecimentos, agora quanto à modulação dos efeitos: (a) os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018; (b) quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento. 5. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ, ED Resp 1.657.156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Seção, j. 12/09/2018. DJe 21/09/2018).

de observância obrigatória (art. 927, III, do CPC). Ocorre que o referido julgado teve seus efeitos modulados em sede de julgamento de embargos de declaração, só sendo exigível aos processos distribuídos posteriormente a 04/05/2018. Com isso, nem todos os acórdãos investigados passaram por esse crivo estabelecido pelo STJ. Assim, é notável o emergente cuidado na observância do precedente que se inaugurou recentemente no sistema jurídico do Brasil.

Também de forma recorrente se notabilizou a citação do Tema nº 793, do STF, sedimentado em julgamento do RE nº 855.178/SE (20), que fixa o entendimento pela solidariedade passiva de quaisquer entes da federação em ações que tratem de saúde. Apesar de só ser anotado pelo julgador quando provocado, essa discussão possui repercussão prática no bojo dessas decisões, pois há discussão latente sobre as controvérsias de ordem de competência acerca da dispensação do medicamento pleiteado. Assim, a oscilação desse entendimento pode comprometer até mesmo a presença dessas demandas no Tribunal Estadual.

Nogueira (21) avalia que certos Ministros do Supremo Tribunal Federal têm manifestado o entendimento de que “a União Federal deve compor necessariamente o polo passivo sempre que a tecnologia pleiteada não constar do SUS”. Isso porque, “a ela foi dada a competência para tratar da incorporação de tecnologia em saúde, atribuição conferida pela Lei nº 8.080/90, artigo 19-Q”. Tal avaliação fica evidente no julgamento do embargo de declaração no RE n.º 855.178/SE e na tese fixada no julgamento do RE nº 657.718/MG (9), ambos do STF, os quais estabeleceram que a União Federal deve figurar no polo passivo quando o medicamento não tiver registro na Anvisa. De todo modo, os casos estudados ainda mantêm a refutação à eventual alegação de que a entidade evocada não seria a legítima para ser demandada nos casos de medicamentos não padronizados pelo serviço público de saúde.

Dado digno de nota na pesquisa foi a baixa utilização de enunciados, regulamentações ou recomendações advindas do CNJ. Esses vetores argumentativos são muitas vezes celebrados pela literatura, pois se enxerga, sobretudo nos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde, uma forma de “aperfeiçoamento do Poder Judiciário, da plena satisfação de direitos da sociedade ‘o cidadão’ e do próprio Estado em ser eficaz diante da ineficiência das políticas públicas de saúde” (12). Nos casos das regulamentações e recomendações, há observância administrativa quando se nota a existência do Comitê Estadual de Saúde e a presença do NAT-JUS no Tribunal, mas esses mecanismos não ganharam vazão explícita nos pronunciamentos analisados.

Na investigação sobre os fundamentos técnicos utilizados pelos julgadores estaduais, nota-se a utilização preponderante dos laudos médicos particulares carreados pelo demandante em detrimento de outros meios de provas. Isso evidencia que a prova documental, notadamente produzida unilateralmente pelo autor da ação, é meio de prova usual para a instrução do processo e demanda e subsídio técnico para o deferimento. Portanto, a apresentação desses documentos se mostra suficiente para a demonstração da imprescindibilidade do medicamento, tanto que o próprio Tema n.º 106, do STJ, exige: “[c]omprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS” (10).

Via reflexa, nota-se o esvaziamento do uso ou da relevância dos pareceres técnicos do NAT-JUS ou de outros meios de prova cabíveis nessas ações. Corvino (12) diz que

os NAT auxiliam na produção de provas em demandas judiciais. A finalidade é fornecer indicação técnica sobre o caso clínico do processo, permitindo que o magistrado analise mediante o entendimento da Medicina Baseada em Evidências. (12)

A despeito da sua não obrigatoriedade, não se pode perder de vista que a utilização dessas ferramentas é salutar na compreensão da matéria e possibilita uma decisão técnica e informada. Contudo, seja no seu aspecto opinativo, seja no seu aspecto informativo, os pareceres do NAT-JUS se mostraram tímidos, ao menos de forma explícita, nos julgados investigados.

Cabe mencionar, por derradeiro, que a baixa utilização de meios de prova diferentes da prova documental aponta para direção contrária do que muitas vezes defende a literatura jurídica. Isso porque autores indicam a necessidade do aperfeiçoamento das provas nesses casos, como, por exemplo, a utilização da oitiva do gestor público de saúde (22).

Considerações finais

A presente pesquisa buscou perquirir os aspectos relevantes das demandas que versavam sobre determinações judiciais relacionados à dispensação de medicamentos não padronizados pelo SUS no âmbito do TJES em 2019.

Foi possível notar que as decisões judiciais investigadas repercutem padrão comumente indicado pela literatura: ações individuais, com número elevado de deferimento dos medicamentos requeridos e presença marcante de tutelas provisórias manejadas e

deferidas. Diante disso, a investigação demonstrou dois cenários: i) de um lado, nota-se o Poder Judiciário Estadual atuando de forma permanente na tutela da saúde, afirmando, individualmente, a aplicação imediata do direito fundamental à saúde por meio da dispensação de medicamentos; ii) do outro lado, vê-se que ainda é incipiente o manejo da tutela coletiva ou de outras formas de tratamento dessas demandas, conforme costumeiramente indicado pela literatura e pela jurisprudência, como meios adequados para a efetivação do direito à saúde no contencioso judicial.

A despeito disso, observa-se considerável utilização dos parâmetros fixados pela jurisprudência dominante do STJ e do STF, bem como observância dos precedentes de vinculação obrigatória fixados pelas Cortes Superiores. Tal constatação denota amadurecimento das decisões judiciais do TJES em matéria de saúde, ao buscarem, nos entendimentos dos Tribunais Superiores, critérios para a dispensação de medicamentos, haja vista o conteúdo lasso do preceito constitucional em comento. Assim, em que pesem as críticas aventadas pela literatura sobre os parâmetros fixadas nos últimos anos pelo STJ e pelo STF, nota-se que os julgados das Cortes Superiores em matéria de saúde, especificamente sobre dispensação de medicamentos, têm ganhado vazão nas decisões do TJES.

Já no aspecto da fundamentação técnica, a prova documental juntada pelo demandante é recorrentemente utilizada em prol do deferimento dos medicamentos e os pareceres do NAT-JUS estão aquém do que poderiam ser utilizados em decisões dessa natureza. Tal constatação revela que a prescrição do médico particular do paciente tem grande peso probatório em demandas judiciais cujo objeto se fulcra em políticas públicas de saúde. Embora não se refute a suficiência desses documentos para a dispensação de medicamentos requeridos, deve haver atenção quanto ao determinismo dos laudos e dos pareceres confeccionados unilateralmente pela parte autora, dando-se maior vazão a outros meios de prova, como os pareceres do NAT-JUS, havendo confrontação e análise aprofundada da prova que instrui o pedido, a fim de que as determinações judiciais dessa natureza se aperfeiçoem e não corroborem com as desigualdades no acesso às políticas públicas em saúde.

Imperioso salientar, por derradeiro, que os resultados demonstrados nesta pesquisa necessitam de constante cotejo com os cenários inaugurados pelo Supremo Tribunal Federal a partir dos julgamentos do embargo de declaração no RE nº 855.178/SE, do RE nº 556.471/RN e do RE nº 657.718/MG. Esses novos entendimentos trazem repercussão nas

determinações judiciais sobre dispensação de medicamentos e podem aperfeiçoar os provimentos judiciais no âmbito do TJES.

Referências

1. CNJ, INSPER. Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de soluções [Internet]. Brasília: CNJ; 2019 [citado em 12 de out. de 2020]. 172 p. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos/>
2. Sarlet IW, Marinoni LG, Mitidiero D. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Saraiva; 2018, 1.509 p.
3. Borba MN, Hossne WS. A natureza jurídica da saúde na américa latina e caribe: um estudo constitucional comparado. R. Dir. sanit. [Internet]. 1 de junho de 2010 [citado 12 de dez. de 2021]; 11(1):26-46. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13193> doi: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i1p26-46>
4. Portela AS, Leal, AAF, Wener RPB, Simões MOS, Medeiros ACD. Políticas públicas de medicamentos: trajetória e desafios. Rev Ciênc Farm Básica Apl [Internet]. 2010 [citado em 12 de dez. 2020]; 31(1):09-14. Disponível em: <https://rcfba.fcfar.unesp.br/index.php/ojs/article/view/405>
5. Balestra Neto O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde – evolução rumo à racionalidade. R. Dir. sanit. [Internet]. 3 de julho de 2015 [citado em 12 de out de 2020]; 16(1):87-111. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/100025> doi: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v16i1p87-111>
6. STF. Audiência Pública n.º 4 [internet]. Brasília; 2009. [citado em 12 de dez. de 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>
7. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE [Internet]. Agravante: União. Agravado: Ministério Público Federal e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de março de 2010 [citado em 12 de dez. de 2020]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>
8. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN [Internet]. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 2020 [citado em 12 de out. de 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=2565078>
9. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG [Internet]. Recorrente: Alcirene de Oliveira. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Brasília, 2020 [citado em 12 de dez. de 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4143144>

10. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ [Internet]. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira. Relator: Min. Benedito Gonçalves. Brasília, 25 de abril de 2018 [citado em 12 de dez. de 2020]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&peticao_numero=-1&formato=PDF
11. Costa FV, Motta ID, Araújo DA. Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo. Rev Bras Polít. Públicas [Internet]. 2017 [citado em 12 de dez. de 2020]; 7(3):844-874. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4809/3640> doi: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v7i3.4809>
12. Corvino JDF. A crise do Sistema Único de Saúde e o fenômeno da Judicialização da Saúde. Rio de Janeiro: Gramma; 2017. 245 p.
13. Bardin L. Análise de Conteúdo. Lisboa: Edições 70; 1977. 226 p.
14. Oliveira KCS, Costa JC. Direito à Saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial. RDBras [Internet]. 2011 [citado em 12 de dez. de 2020]; 1(1):77-98. doi:<https://doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2011.v1i1.2678>
15. Sarlet IW. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e trasindividual. Revista de Processo. 2011; 199:13-40.
16. Barroso LR. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Jurisp. Mineira [Internet]. 2009 jan./mar. [citado em 12 de dez. de 2020]; 60(188):29-60. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>
17. Serau Júnior MA. Aspectos processuais do acesso a medicamentos e tratamentos médicos: tutela judicial do direito fundamental à saúde. Revistas dos Tribunais. 2010; 902:66-86.
18. Didier Júnior F, Braga OS, Oliveira RA. Curso de Direito Processual Civil. 10ª ed. Salvador: JusPODIVM; 2015, vol. 2, 674 p.
19. Tavares LMC. As tutelas de urgência na judicialização da saúde e a medicina baseada em evidências. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 24 de setembro de 2019 [citado em 12 de dez. de 2020]; 8(3):178-85. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/544> doi: <https://doi.org/10.17566/ciads.v8i3.544>
20. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 855.178/SE [Internet]. Recorrente: União. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Min. Marco Luiz Fux. Brasília, 2020 [citado em 12 de dez. de 2020]. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4678356>

21. Nogueira MC. O Tema 793 do STF e o direcionamento do cumprimento das prestações na área de saúde conforme as regras de repartição de competências estabelecidas no SUS. Cad. Ibero Am. Direito Sanit. [Internet]. 30 de novembro de 2019 [citado em 12 de dez. de 2020]; 8(4):8-26. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/558> doi: <https://doi.org/10.17566/ciads.v8i4.558>

22. Shulze CJ. Judicialização da Saúde: importância do conjunto probatório e da oitiva do gestor. In: CONASS. Direito à Saúde [Internet]. Brasília: CONASS; 2015 [citado em 12 de dez. de 2020]. [p. 3-9]. Disponível em https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_12B.pdf

Conflito de interesses

Os autores declaram que não há conflito de interesses.

Contribuição dos autores

Correia JVG contribuiu com a análise e interpretação de dados e redação do artigo. Zaganelli MV contribuiu com a revisão crítica e aprovação da versão final do artigo.

Submetido em: 11/03/21
Aprovado em: 13/03/22

Como citar este artigo

Correia JVG, Zaganelli MV. Determinações judiciais sobre medicamentos não padronizados: um estudo sobre as decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2022 out./dez.;11(4): 204-222
<https://doi.org/10.17566/ciads.v11i4.782>



License CC Attribution-NonCommercial-ShareAlike 4.0 International

Copyright (c) 2022 João Victor Gomes Correia, Margareth Vetis Zaganelli (Autor)