

Direito sanitário pós-pandemia

Health law post-pandemic

Derecho sanitario pospandémico

Clenio Jair Schulze¹

Resumo

O texto apresenta propostas para um novo direito sanitário pós-pandemia. Indica a necessidade de priorização de processos judiciais estruturantes na área da saúde, bem como o fomento à segurança jurídica sanitária e a superação da judicialização com a primazia da resolução consensual dos conflitos sanitários. Além disso, propõe uma nova governança e um regramento transnacional sanitário. Ao final, conclui que a reserva de ciência determina a prevalência das ciências da saúde em detrimento das teorias jurídicas.

Palavras-chave

Direito sanitário. Pandemias. COVID-19.

Abstract

The text presents proposals for a new post-pandemic health law. It indicates the need to prioritize structuring judicial processes in the health area, as well as the promotion of legal sanitary security and the overcoming of judicialization with the primacy of consensual resolution of sanitary conflicts. In addition, it proposes new governance and transnational health regulations. In the end, it concludes that the science reserve determines the prevalence of health sciences to the detriment of legal theories.

Keywords

Health Law. Pandemics. COVID-19.

Resumen

El texto presenta propuestas para un nuevo derecho sanitario pospandémico. Indica la necesidad de priorizar procesos judiciales estructurantes en el área de la salud, así como la promoción de la seguridad jurídica sanitaria y la superación de la judicialización con primacía de la resolución consensuada de los conflictos sanitarios. Además, propone una nueva gobernanza y normativas sanitarias transnacionales. Al final, concluye que la reserva científica determina el predominio de las ciencias de la salud en detrimento de las teorías jurídicas.

Palabras clave

Derecho Sanitario. Pandemias. COVID-19.

Introdução

A crise sanitária decorrente da COVID-19 exige um novo desenho arquitetônico do direito sanitário. Ou seja, a plataforma jurídica deve apresentar respostas adequadas ao cenário de pandemia.

¹ Doutor em Ciência Jurídica, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, SC, Brasil; Juiz federal, Brusque, SC, Brasil. <https://orcid.org/0000-0001-5508-2451>. E-mail: cleniojschulze@yahoo.com.br

O presente texto apresenta propostas para um novo direito sanitário pós-pandemia. Indica a necessidade de priorização de processos judiciais estruturantes na área da saúde, bem como o fomento à segurança jurídica sanitária e a superação da judicialização com a primazia da resolução consensual dos conflitos sanitários. Além disso, propõe uma nova governança e um regramento transnacional sanitário. Ao final, conclui que a reserva de ciência determina a prevalência das ciências da saúde em detrimento das teorias jurídicas.

Processo judicial estruturante

Grandes questões sanitárias não podem ser tratadas da mesma forma que os processos judiciais individuais (nos quais são postulados medicamentos e outras tecnologias em saúde para uma pessoa).

A construção de um hospital ou a ampliação de seus leitos são exemplos de situações em que o processo judicial estrutural pode ser um instrumento para auxiliar na execução das políticas públicas. Se a questão não é meramente individual o processo estrutural pode ser a opção, pois tem por objeto um problema estrutural. O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já utilizou as técnicas do processo estrutural quando julgou a demarcação de terras indígenas em Roraima (Raposa Serra do Sol). A Corte fixou inúmeras regras de transição, a exigir atuação e iniciativas para atingir a meta de demarcação.

No âmbito sanitário o STF já autorizou a condenação de ente público a ampliar o atendimento em hospital² (1). Durante a pandemia da COVID-19, a Corte analisou vários processos estruturais em saúde. Alguns exemplos: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 709 (proteção dos índios durante a pandemia); ADPF nº 756 (plano nacional de imunização); ADPF nº 807 (contratação emergencial de médicos formados fora do Brasil para atuação no combate à COVID-19); Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6661 (regras de importação e distribuição de vacinas contra a COVID-19) e ADPF nº 770 (importação de vacinas por Estados e Municípios). Outro processo importante é a ADPF nº 822, em que o STF analisa se há no Brasil o fenômeno do estado de coisas inconstitucional no âmbito sanitário.

Outro exemplo de processo estrutural é a judicialização de cirurgias eletivas. Aqui se verifica o funcionamento do cronograma e da lista de espera. Portanto, uma decisão liminar

² "Ampliação e melhoria no atendimento à população no Hospital Municipal Souza Aguiar. Dever estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional. Obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos Municípios (CF, art. 30, VII). Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município do Rio de Janeiro/RJ. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgreda a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796)." (1).

fixando 48h para elaborar um planejamento é praticamente impossível de ser cumprida. No processo estrutural o magistrado intima o Estado para apresentar o cronograma em prazo razoável e acompanha o seu cumprimento.

O Código de Processo Civil consagra vários institutos que podem ser explorados no processo estrutural, tais como: negociação processual (artigo 190), consenso dos sujeitos (artigo 3º), diálogo do juiz com todos os atores (artigo 6º), audiências públicas (artigos 983 e 1038, além de previsão em leis esparsas – ambientais, entre outras).

No processo judicial individual há o predomínio da emoção e geralmente há a tutela do autor apenas, desconsiderando-se a coletividade (em afronta ao princípio da isonomia). Também não se analisa aprofundadamente o custo do tratamento. No processo estrutural há o predomínio da razão e a finalidade é aplicar política de saúde, maximizando resultados em saúde para o maior número de pessoas, prestigiando o princípio da igualdade e concretizando o acesso universal (art. 196 da Constituição).

No processo estrutural o juiz deve fixar uma meta a ser atingida. Após, o magistrado estabelece prazo para atingir o objetivo. São proferidas decisões estruturantes (inicial, intermediária e final). E o juiz deve adotar medidas para alcançar as metas.

O juiz vai fiscalizar e avaliar se as medidas são adotadas ao longo do tempo. E vai acompanhar a sua execução, inclusive reavaliar as medidas, se for o caso. Isso tudo exige tempo e mudanças, pois:

Nos processos estruturais – ao contrário do que ocorre na resolução de disputas –, a intervenção judicial é necessariamente continuada, exigindo-se constantemente fiscalização e ajuste; exige-se uma maior abertura dialógica; as suas soluções vão além de decisões simples a respeito de relações lineares entre as partes; exigem-se respostas difusas e decisões que orientem para uma perspectiva futura. (2)

Além disso, há outra importante vantagem, pois supera-se a primazia do processo individual, em que o magistrado analisa apenas o caso concreto, desconsiderando a política de saúde. No processo estrutural o magistrado é convidado a se debruçar sobre questões coletivas, como avaliação de tecnologias em saúde, eficácia, custo-efetividade e impacto orçamentário. Ou seja, no processo estrutural em saúde, a atuação judicial é continuada e não fixa. Exige permanente acompanhamento das situações mencionadas em acordos, reuniões e audiências. Trata-se, portanto, de importante instrumento para concretização do direito à saúde e o Poder Judiciário deve se ajustar para aplicar adequadamente o processo estrutural.

Segurança jurídica sanitária

A estabilidade das decisões judiciais é um requisito indispensável para alcançar a segurança jurídica. No âmbito da judicialização da saúde pública há uma questão importante a avaliar: a postura do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, o STF é órgão que profere a última palavra sobre questões jurídicas (artigo 102 da Constituição). Contudo, observa-se que na judicialização da saúde pública o STF já indicou duas vezes, pelo menos, que não cumpre sua própria jurisprudência.

O primeiro exemplo é originário da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, de 2010, em que a Corte fixou uma série de requisitos para a concessão de medicamentos na judicial (3). Não obstante, posteriormente à aludida decisão vários Ministros desconsideraram a orientação da STA nº 175, determinando o fornecimento de fármacos mesmo sem a presença dos requisitos.

Aproximadamente dez anos depois aparece o segundo exemplo, com as decisões proferidas nos Temas 6, 500 e 793, todos em repercussão geral (com validade para outros casos idênticos). Nas aludidas decisões, o STF entendeu resumidamente que: a) não se pode, em regra, condenar os entes públicos a fornecer medicamentos não incorporados no SUS; b) a União deve figurar no polo passivo do processo em que se discute a concessão de tratamento não incorporado. Entretanto, novamente e em vários casos, a Corte deixa de observar suas decisões paradigmas³. Portanto, a conclusão é que a jurisprudência banana *boat*⁴ é uma realidade. Ou seja, quando se imagina que há uma posição pacificada, a própria Corte profere novas decisões em sentido contrário.

Tudo isso indica que o direito sanitário efetivamente é um ramo extremamente complexo e multicêntrico, pois exige a análise de vários fatores, como situações de novos tratamentos, doenças raras, envelhecimento da população e inflação médica, entre outros.

Primazia da consensualidade sanitária

As discussões judiciais sobre o direito à saúde são frequentes e crescem exponencialmente. Daí a importância da construção de mecanismos para resolução extrajudicial dos conflitos decorrentes de interpretações das normas sanitárias. Neste

³ Destacam-se, entre vários outros julgamentos: SL 1449 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 14/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2021 PUBLIC 24-06-2021; ARE 1272488 AgR-terceiro, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 19/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-078 DIVULG 26-04-2021 PUBLIC 27-04-2021 e ainda, STP 384 AgR, Relator(a): LUIZ FUX (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-085 DIVULG 04-05-2021 PUBLIC 05-05-2021.

⁴ A expressão foi utilizada originariamente pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, no AgRg no Recurso Especial nº 382.736.

sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fomenta há vários anos medidas alternativas de solução de litígios. Exemplo disso foi a edição da Recomendação nº 36/2010 (4).

Em 2021 foi publicada a Recomendação nº 100, de 16/06/2021 (5). Em resumo, tal ato normativo sugere:

a) “aos magistrados com atuação nas demandas envolvendo o direito à saúde que priorizem, sempre que possível, a solução consensual da controvérsia, por meio do uso da negociação, da conciliação ou da mediação” (artigo 1º);

b) que “poderá o magistrado designar um mediador capacitado em questões de saúde para realizar diálogo entre o solicitante e os prepostos ou gestores dos serviços de saúde, na busca de uma solução adequada e eficiente para o conflito” (artigo 2º);

c) que os Tribunais implementem Centros Judiciários de Solução de Conflitos de Saúde (Cejusc) para dar a solução adequada a questões sobre o direito à saúde (artigo 3º) e;

d) o treinamento de conciliadores e mediadores em matéria de saúde, principalmente em relação à “saúde baseada em evidência científica, princípios do Sistema Único de Saúde e de consulta a base de dados com notas técnicas emitidas por instituições reconhecidas pelos Comitês Nacional e Estaduais de Saúde” (artigo 4º).

Como se observa, tal ato normativo consolida o movimento nacional tendente a reduzir a judicialização da saúde e permitir que os conflitos sejam resolvidos mais rapidamente por meio da negociação e da celebração de acordos, ou seja, sem uma decisão judicial que resulte do litígio clássico (que exige ação, contestação, sentença e recursos até o trânsito em julgado).

Transnacionalidade sanitária

A transnacionalidade é uma característica presente nas diversas Sociedades. Contudo, ainda há necessidade de parametrização de conceitos, atribuições e responsabilidades. A pandemia da COVID-19 deixou isso muito claro.

Por exemplo, como é possível combater as omissões ou excessos dos Estados soberanos no combate à pandemia? É possível aplicar sanções aos Estados e aos gestores públicos negacionistas? Qual é o limite, a extensão e a cogência das recomendações da Organização Mundial da Saúde (OMS)?

Tais questões exigem maior debate da comunidade transnacional. Neste sentido, sempre ganha relevância e destaque a importância de respeito às Ciências. As evidências científicas passam a conduzir as interpretações e permitir conclusões mais precisas em relação a temas delicados.

No caso do Brasil, o STF trouxe importante contribuição quando julgou a ADI nº 6.421 que tratava da validade da Medida Provisória nº 966/2020⁵. No caso, a Corte entendeu que pratica erro grosseiro o agente público que desconsidera as Ciências. Os julgadores invocaram parâmetros da OMS, denotando que há padrões globais de entendimentos e que não podem ser desconsiderados em nenhuma circunstância.

As fontes transnacionais, portanto, são importantes para as decisões estatais. Além disso, o Constitucionalismo Transnacional ou Global (Luigi Ferrajoli) torna-se importante instrumento para salvaguardar as populações de abusos ao fomentar a proteção à legitimidade democrática (7).

Assim, a construção do Direito Sanitário Transnacional é um poderoso mecanismo para o fortalecimento e a melhor compreensão do Constitucionalismo Transnacional, bem como para permitir a construção de políticas de governança mais eficientes e humanizadoras.

Governança sanitária

O tema da governança na área da saúde não é novo, mas foi aperfeiçoado a partir do rótulo ESG, que é a sigla que materializa três importantes aspectos da vida: meio ambiente, responsabilidade social e governança (*Environmental, Social and Governance*). Trata-se de conceito utilizado com frequência na iniciativa privada, como forma de controle de companhias de capital aberto e que atuam no mercado internacional.

Também é possível invocar a noção de ESG no direito à saúde. Ou seja, não se pode pensar em saúde e a sua regulamentação jurídica sem a conexão com a sustentabilidade, a prática de boa governança e a responsabilidade social. Alguns exemplos:

a) o saneamento básico e gestão de resíduos sólidos estão diretamente ligados ao meio ambiente e também à saúde e à qualidade de vida;

b) durante a pandemia da COVID-19 grande instituição financeira brasileira doou um bilhão de reais ao programa *Todos pela Saúde* (8), criado pela mesma instituição e coordenado por cinco especialistas com total independência na aplicação da verba doada (9), indicando importante noção de responsabilidade social;

⁵ Teses fixadas: “1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos”. (6)

c) empresários e grupos privados pretendem comprar vacinas apenas para si (10), excluindo-as do Plano Nacional de Imunização (PNI), para destinar a seus familiares, amigos e aos empregados, demonstrando ausência de governança e responsabilidade social.

d) alguns países que adquiriram vacinas contra a COVID-19 em número superior a três ou quatro vezes a sua população⁶, violando a ideia de responsabilidade sanitária, pois não se pode pensar localmente e desconsiderar outros territórios. Aliás, a Agenda 2030 propõe a redução do isolacionismo em busca da construção de espaços mais humanitários;

e) no âmbito da saúde suplementar, negar cobertura quando há expressão previsão contratual viola as regras ESG;

f) no plano da judicialização da saúde, as diretrizes ESG orientam práticas de boa-fé, cooperação processual e ênfase nas pessoas (destinatárias das normas), evitando chicanas e manifestações indevidas.

Portanto, na área da saúde também é importante a aplicação adequada de medidas de governança, com o olhar no aspecto social e também na sustentabilidade, projetando benefícios para as presentes e futuras gerações.

Assim, a sociedade deve exigir de todas as instituições públicas e privadas a aplicação adequada dos conceitos de Governança, Sustentabilidade e Responsabilidade em prol da construção de um novo Constitucionalismo Sanitário (12).

Reserva de Ciência

A Constituição brasileira consagra o princípio da universalidade de jurisdição ao prever que nada pode ser afastado da apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV). Contudo, existe um espaço específico do conhecimento chamado Reserva de Ciência. Significa que há fatos que não podem ser alterados pelo Judiciário, em razão da impossibilidade fática e material. Portanto, muitos temas das Ciências da Saúde (Medicina, Farmácia, entre outras) não podem ser transformados pelo magistrado. Tal proposta é apresentada por Davide Servetti, ao afirmar que existe a incidência de uma valoração técnico-científica de natureza sanitária sobre as atividades legislativa e judicial (13).

Vale dizer, o Judiciário – e também o Legislativo – não possuem capacidade de transformar a natureza das Ciências da Saúde. Por exemplo, a fosfoetalamina foi criada para curar câncer. Vários magistrados determinaram seu fornecimento com base nesta premissa. E o Legislativo aprovou uma lei autorizando o uso da pílula do câncer. Entretanto,

⁶ O Canadá, por exemplo, adquiriu mais de 400 milhões de doses e possui menos de 38 milhões de habitantes. (11)

cientificamente ficou comprovado que a substância não tinha eficácia. Logo, a decisão judicial e o ato legislativo não conseguem criar a evidência científica em um produto, pois isso é impossível no plano das Ciências da Saúde.

Assim, é importante trazer para o debate a sistemática de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS), que significa estudar os critérios para permitir a possibilidade de oferecer à população determinados produtos e serviços em Saúde. A ATS envolve, portanto, inúmeras questões, tais como:

- eficácia, acurácia, eficiência e segurança do produto;
- custo do produto;
- impacto do produto nos Sistemas de Saúde (SUS e Saúde Suplementar – ANS).

De outro lado, a judicialização da saúde tem desconsiderado, em muitos casos, a análise de questões inerentes aos estudos de Avaliação de Tecnologias. Neste ponto, geralmente há uma limitação da percepção dos atores do sistema de justiça apenas às questões jurídicas (qual é a previsão da Constituição?), inexistindo uma abordagem mais ampla do tema.

Desta forma, tal importante reflexão deve ser levada à Judicialização da Saúde, pois há questões das Ciências da Saúde que fogem da capacidade de regulação pelo Judiciário, em razão da impossibilidade fática e científica. Neste caso, o magistrado não possui capacidade de regular, especialmente quando implica em alterar a natureza das coisas.

Portanto, a Reserva de Ciência é uma teoria necessária para aplicação na judicialização da saúde, principalmente quando existir dúvida hermenêutica para a resolução dos casos.

Considerações finais

O texto indicou a necessidade de construção de novo direito sanitário, capaz de trazer resultados mais eficientes para a sociedade. Para tanto, conclui-se que há vantagens trazidas com o processo judicial estruturante: maximização da política e dos resultados em saúde e possibilidade de alcançar o maior número de pessoas, concretizando o acesso universal (artigo 196 da Constituição).

Destacou-se a importância de maior segurança jurídica nos conflitos sobre a extensão do direito sanitário, apontando-se, também, a primazia da resolução consensual dos conflitos em detrimento da sua judicialização.

Além disso, pensar a saúde na perspectiva transnacional é um imperativo decorrente da pandemia, pois se trata de direito universal cujo tratamento não pode ser realizado em poucas localidades.

Apresentou-se uma nova proposta de governança sanitária, focada na dignidade humana e na eficácia das políticas de saúde.

Por fim, conclui-se que as ciências da saúde saíram fortalecidas da pandemia, tendo em vista que não podem ser superadas por conceitos jurídicos ou por ideologias e negacionismos.

Referências

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 759.543/AgR. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento: 17-12-2013, 2ª T, DJE de 12-2-2014.
2. Steffens L. O controle judicial de políticas públicas e a máxima efetividade dos direitos fundamentais sociais por meio de técnicas estruturais. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, maio 2021; 1027(110):173.
3. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada 175 AgR/CE. Relator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 17/03/2010. Publicação: 30/04/2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00070 [citado em 11 Set. 2021]. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur176416/false>
4. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação Nº 36 de 12/07/2011. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, com vistas a assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde suplementar. [citado em 18 Set. 2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/847>
5. Brasil. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 100, de 16/06/2021. Recomenda o uso de métodos consensuais de solução de conflitos em demandas que versem sobre o direito à saúde. [citado em 18 Set. 2021]. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3988>.
6. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421/DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Data de Julgamento: 21/05/2020, Tribunal Pleno. Data de Publicação: 12/11/2020 [citado em 06 Jun. 2021]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344951023&ext=.pdf>
7. Chueiri VK et alli. Fundamentos de direito constitucional: novos horizontes brasileiros. Salvador: Juspodium; 2021. p. 147.
8. Todos pela saúde. Todos pela saúde: uma aliança contra a Covid-19 [Internet]. São Paulo: Itaú Unibanco Holding, 2019 [citado em 20 Set. 2021]. Disponível em: <https://www.todospelasaude.org/>

9. Ascom Conass. Todos pela Saúde vai investir no enfrentamento de novas epidemias. Notícias Conass [Internet]. 30 out. 2020 [citado em 20 Set. 2021]. Disponível em: <https://www.conass.org.br/todos-pela-saude-vai-investir-no-enfrentamento-de-novas-epidemias/>

10. Luciano Hang e Carlos Wizard criam abaixo-assinado para vacinar funcionários. Istoé Dinheiro [Internet]. 23 mar. 2021 [citado em 20 Set. 2021]. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/luciano-hang-e-carlos-wizard-criam-abaixo-assinado-para-vacinar-funcionarios/>

11. Por que o Canadá, líder de aquisição de vacinas, não consegue atingir metas de imunização. BBC News Brasil [Internet]. 15 fevereiro 2021 [citado em 20 Set. 2021]. <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-56061967#:~:text=Assinou%20acordos%20com%20sete%20fornecedores,tem%2038%20milh%C3%B5es%20de%20habitantes.>

12. Schulze CJ. Constitucionalismo Sanitário. Empório do direito. 13 Jul. 2020 [citado em 23 Abr. 2021]. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/constitucionalismo-sanitario>

13. Servetti D. Riserva di scienza e tutela della salute. L'incidenza delle valutazioni tecnico-scientifiche di ambito sanitario sulle attività legislativa e giurisdizionale. Pisa: Pacini Editore Srl; 2019.

Submetido em: 04/10/2021
Aprovado em: 10/10/2021

Como citar este artigo

Schulze CJ. Direito sanitário pós-pandemia. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2021 dez.;10(Suplemento): 134-143.

<https://doi.org/10.17566/ciads.v10iSuplemento.841>