



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO**

EDUARDO RODRIGUES DE LIMA

JUDICIALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

JUIZ DE FORA - MG

2010

EDUARDO RODRIGUES DE LIMA

JUDICIALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Francisco de Assis Belgo

JUIZ DE FORA - MG

2010

EDUARDO RODRIGUES DE LIMA

JUDICIALIZAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Monografia de conclusão de curso apresentada à Faculdade de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

1) NOME: Francisco de Assis Belgo

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

2) NOME: Adriana de Almeida Menezes

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

3) NOME: Luciana Zimmermman

UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

Aprovada em 19/06/2010

Para meus pais José Luiz e Maria
Aparecida, meus irmãos Ricardo, Leonardo e
Carolina e especialmente minha companheira
de todas as horas Karinna pela compreensão e
pelo suporte, sempre que necessário.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Francisco Belgo, meu orientador, pelo apoio e por nortear meus passos, não só na execução deste trabalho, mas, também, na minha formação profissional.

Aos meus amigos, que souberam “administrar” toda a minha ansiedade neste momento de tensão e alegria.

Ao meu amigo Gabriel, pelo apoio e compreensão, pois sabe das dificuldades de se fazer uma monografia.

Quando o jogo acaba, o rei e o peão voltam para a mesma caixa.

PROVÉRPIO ITALIANO

RESUMO

O presente trabalho foi elaborado a partir de consultas à legislação que trata sobre a matéria e minha vivência com o problema, acompanhando de perto a angústia do administrador municipal, no período em que estagiei junto ao departamento jurídico do município de Goianá. O trabalho traz, além da introdução e da conclusão, dois capítulos: o primeiro discute o direito individual com relação à assistência à saúde e o segundo aborda a legitimidade do Judiciário para interferir em questões, que seriam administrativas, impondo, ao poder público a obrigatoriedade de fornecer serviços e medicamentos de forma indiscriminada, causando verdadeiros descontroles orçamentários.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Saúde. Legitimidade. Igualdade. Universalidade. Competência. Orçamento.

ABSTRACT

This work was developed from consultations with the legislation that deals with the subject and my experience with the problem, following closely the anguish of the city manager, the period in which an intern with the legal department of the municipality of Goianá. The work brings, besides the introduction and conclusion, two chapters: the first discusses the right individual with respect to health care and the second addresses the legitimacy of the judiciary to interfere in matters which would be administrative imposing, to the government the obligation to provide services and drugs indiscriminately, causing real lack of control budget.

KEYWORD: Law. Health. Legitimacy. Equal. Universality. Competence. Budget.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DIREITO À SAUDE	12
2.1 Evolução do Direito à saúde	12
2.2 As Gestões de Atenção Plena e Básica, do Sistema de saúde.....	13
2.3 Posicionamento dos Tribunais.....	14
3 JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE.....	18
3.1 A legitimidade do Judiciário.....	18
3.2 O Mandado de Segurança e o pedido de medicamentos.....	25
CONCLUSÃO.....	27
REFERÊNCIAS.....	29

1 INTRODUÇÃO

Neste trabalho será enfrentado um dos grandes problemas da Administração Pública municipal na atualidade, que é a interferência da Justiça nas ações do Sistema Único de Saúde.

O tema demanda grande reflexão, tendo em vista a diversidade da legislação e a falta de um direcionamento objetivo da mesma, de modo a orientar as decisões dos gestores municipais.

O direito à saúde constitui-se em elemento fundamental do Estado de Bem Estar Social, uma vez que cabe ao Estado prover as necessidades essenciais mínimas para a sobrevivência de seus cidadãos.

O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais.

Portanto, é imprescindível que se analise a contingência gerada pelo amplo acesso à saúde caracterizado como direito universal e especialmente a dispensação de medicamentos e a crescente judicialização da questão, que tem respingado constantemente nos municípios, por ser o ente mais próximo dos cidadãos que demandam em juízo.

Veremos especificamente, o problema no âmbito municipal, considerando que existe um confronto entre as necessidades infindáveis da população e o limitado orçamento de uma cidade com várias outras demandas, e que deve ser analisado pelo Judiciário.

É importante lembrar que, com relação à competência do Município à prestação de assistência à Saúde, a Constituição Federal faz referência importante, mais especificamente no art. 30, VII, onde prevê a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados.

Infelizmente, o mandamento legal não vem sendo cumprido, sobrecarregando os Municípios com a responsabilidade pelo atendimento à saúde da população, de forma indiscriminada.

2 DIREITO À SAÚDE

2.1 Evolução do Direito à Saúde

A Constituição de 1988 inovou suas disposições quanto ao direito à saúde, considerando-a de forma expressa no artigo 6º, como um direito social e mais adiante, criando um sistema único de saúde com o objetivo de descentralizar e promover o atendimento integral seja preventivamente ou profilaticamente.

Discute-se se o cidadão, individualmente, poderá buscar seu direito à saúde, tão somente baseado no artigo 196 da Constituição Federal, pois a norma é programática, a partir do momento em que é necessária a implantação de políticas sociais e econômicas para o atendimento da população.

Doutrinariamente existem divergências, bem como, decisões conflitantes de Tribunais.

O legislador ao inserir no texto que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” criou uma obrigação do ente estatal. Tal garantia dar-se-á mediante o planejamento a aplicação de políticas sociais e econômicas, que proporcionem a seus cidadãos o acesso às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, dando, no entanto, maior preferência às medidas preventivas.

O Estado tem, portanto, o dever de agir positivamente para a prestação de serviços que amparem a saúde de seus cidadãos, não podendo se omitir sob quaisquer fundamentos. Afinal é seu dever à promoção do bem estar de seus súditos, como forma de resguardar-lhes outro direito fundamental do ser humano, o direito à vida.

Mas a forma pela qual o Estado deve garantir o direito a saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas, portanto qualquer atuação nesse sentido deve ser de forma

universal, e atender os preceitos constitucionais previstos nos artigos 165 e 167, ou seja, os planos orçamentários.

O certo é que a nossa Constituição Federal carrega uma forte e pesada carga de utopia, sendo o capítulo que cuida do tema ora apresentado, um exemplo disso.

Ao legislar nesse sentido, logicamente, o legislador pensou ou imaginou um Estado ideal, onde realmente as políticas sociais seriam eficientes e funcionariam de acordo com seu objeto.

Ademais, com a aprovação da Emenda Constitucional 29, foram definidos os percentuais de aplicação de recursos financeiros na área da Saúde para os Estados em 12% de suas receitas e, para os Municípios, em 15%.

Acontece que, além de não especificar o percentual da União, a Emenda Constitucional faz a previsão de que uma Lei Complementar, que deve ser revista e publicada a cada 5 anos, defina os percentuais de recursos financeiros a serem aplicados na Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Como isso não aconteceu, os municípios vêm sentindo muitas dificuldades, pois, a União vem estimulando a efetivação do princípio de descentralização do SUS, tendo como foco o Ente municipal por estar mais próximo da população, porém sem o respectivo financiamento.

2.2 As Gestões de Atenção Plena e Básica, do Sistema de Saúde

No âmbito Municipal, um dos grandes desafios da administração municipal é a prestação de serviços na área de saúde, pois é onde se concretizam as políticas públicas de saúde e é o ente mais próximo do cidadão.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é um sistema regionalizado e hierarquizado, por isso, é de fundamental importância conhecer essa organização e legislações pertinentes.

Atualmente, segundo dados da Confederação Nacional de Municípios, 70,6% dos municípios brasileiros aderiram à gestão Plena de Atenção Básica, que consiste em atendimento e serviços de baixa e média complexidade. São ações de menor complexidade, como por exemplo, os serviços ambulatoriais, pequenas suturas, programas preventivos, PSF, entre outros.

Já a Gestão Plena do sistema, os municípios assumem a gestão de todas as atividades locais, inclusive os serviços hospitalares, porém, recebem recursos do Estado e União.

2.3 Posicionamentos Jurídicos e dos Tribunais

O caráter programático do direito à saúde, previsto na Constituição, encontra muitas divergências, tanto nos juízos de primeira instância como nos tribunais, causando dessa forma, certa insegurança jurídica.

A responsabilidade quanto ao fornecimento de medicamentos excepcionais, tratamentos no exterior entre os entes federados, são interpretados das mais diversas maneiras.

Para ilustrar o panorama, mostraremos alguns posicionamentos de Juízes, Desembargadores e Ministros do Supremo Tribunal Federal.

“os recursos públicos são escassos, principalmente os municipais, devem ser harmonizados para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais. Portanto, o particular deverá reclamar do Município apenas aqueles medicamentos incluídos na Farmácia Básica, assim definidos através de Portaria expedida pelo Ministério da Saúde, não se afigurando razoável que um ente responda pelas atribuições do outro, sem qualquer previsão orçamentária para tanto.”
nº1. 0476.07.0060041-5/001(1)TJMG

MANDADO DE SEGURANÇA - CIDADÃO PORTADOR DE
PATOLOGIA GRAVE (NEOPLASIA MALIGNA) E CARENTE DE

RECURSOS FINANCEIROS - MUNICÍPIO - LEGITIMIDADE PASSIVA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - NEGATIVA - ILEGALIDADE - DIREITO À SAÚDE. Sendo o SUS composto pela União, Estados-membros e Municípios formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo (princípio da co-gestão), reconhece-se, em função da solidariedade, a legitimidade de quaisquer deles para figurar no pólo passivo da demanda. Ao Poder Público cabe assegurar ao cidadão o pleno exercício de seus direitos básicos, garantindo-lhe, com prioridade, o direito a saúde, assim entendido o fornecimento de medicamento para tratamento terapêutico de doença grave, como mecanismo de efetividade do fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.(Número do processo: 1.0596.09.052877-6/001(1) Numeração Única: 0528776-59.2009.8.13.0596, Relator: EDILSON FERNANDES, Data do Julgamento: 01/09/2009, Data da Publicação: 16/10/2009)

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. SUS. PORTADOR DE CÂNCER. MEDICAMENTO. PRESCRIÇÃO MÉDICA. MUNICÍPIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA 'AD CAUSAM'. SISTEMA NACIONAL DE TRATAMENTO DOS PORTADORES DO CÂNCER. CACON. COMPETÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL. ORDEM DENEGADA. Compete ao Governo Federal o financiamento do tratamento de pacientes com câncer. O tratamento realizado é custeado pelo SUS, âmbito federal, mediante adoção de critérios justificáveis e formalmente definidos. Os Estados e Municípios apenas estabelecem os fluxos e referências para o atendimento aos pacientes, não havendo razão juridicamente justificável para que o Judiciário interfira nos termos da política nacional adotada pelo Ministério da Saúde e estabeleça responsabilidade aos entes estadual e municipal pela aquisição e fornecimento, em caráter excepcional, de medicamento de custo extremamente elevado. O MUNICÍPIO DE ITURAMA é parte ilegítima passiva 'ad causam' em relação à pretensão mandamental deduzida ao fornecimento de fármaco destinado ao tratamento de paciente portador de câncer, motivo pelo qual deve ser denegada a segurança (art. 6º, § 5º, da Lei 12.016/09). V.V.(Número do processo: 1.0344.08.045244-6/001(1) Numeração Única: 0452446-35.2008.8.13.0344, Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE , Data do Julgamento: 16/03/2010, Data da Publicação: 07/05/2010)

Seguindo veja decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie:

STF, DJU 14 fev. 2007, SS 3.073/RN, Rel.^a Min.^a Ellen Gracie: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, ‘o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo’ (fl. 14). Finalmente, no presente caso, poderá haver o denominado “efeito multiplicador” (SS 1.836-AgR/RJ, rel. Min. Carlos Velloso, Plenário, unânime, DJ 11.10.2001), diante da existência de milhares de pessoas em situação potencialmente idêntica àquela do impetrante. 6. Ante o exposto, defiro o pedido para suspender a execução da liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0 (fls. 31-35), em trâmite no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Comunique-se, com urgência”.

Não cabe ao Judiciário, interferir em feitos atinentes a outro poder do Estado, quando, para a realização de despesas há necessidade de previsão orçamentária, por se tratar

de questão administrativa peculiar ao ente estatal considerado, sob pena de violar a independência entre os poderes.

O entendimento do caráter programático da norma constitucional fica claro, pois, não fosse dessa forma, poderia acarretar altos riscos econômicos e políticos.

Vê-se que existe a necessidade de desenvolver uma política estatal adequada, com a finalidade de se afastar o caráter programático da norma.

Cada vez que a justiça interfere nas ações da administração, colocando em risco suas ações pré-estabelecidas, aumenta o grau de dificuldade de se implantar políticas adequadas, ferindo assim um princípio basilar da Administração Pública, qual seja a **eficiência**.

Para Maria Sylvia Di Pietro,

(...) o princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2007, p. 75).

Vimos que cabe ao Administrador organizar a “máquina” administrativa de modo a atender as necessidades da maior parte da população.

Os direitos sociais devem ser buscados e garantidos com observância à *reserva do possível*, uma vez que a realização demanda emprego de meios financeiros.

Atender determinações judiciais, sem previsão e disponibilidade orçamentária resultará no benefício a um particular em detrimento do atendimento coletivo, o que fará que não tenhamos um “acesso universal e muito menos igualitário.”

Nesse assunto, é preciso o mais delicado equilíbrio. É preciso buscar, simultaneamente, dois objetivos convergentes perante a Constituição: o atendimento ao necessitado e a economia de meios. Esta última é essencial para que, resolvidos os casos dos particulares, sobre recursos para os demais necessitados.

3 JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO À SAÚDE

3.1 A legitimidade do Judiciário

Atualmente, com a evolução e transformação do Estado, discute-se a legitimidade do Judiciário para intervir na administração mais precisamente nas questões relacionadas com a saúde.

Sua legitimidade está pautada no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que nos traz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Porém, ao julgar o Magistrado deve observar o princípio da razoabilidade, de acordo com as possibilidades do Estado.

Quanto à distribuição de medicamentos e prestação de serviços, as competências de União, Estados e Municípios não estão explicitados nem na Constituição, muito menos na lei, o que gera entendimentos variados, às vezes, por desconhecimento de toda a legislação.

Os critérios para a repartição de competências é feito através de atos administrativos federais, estaduais e municipais, sendo o principal deles a Portaria nº 3.916/98, do Ministério da Saúde, a qual estabelece a Política Nacional de Medicamentos. Também os Estados membros e Municípios elaboram suas listas de medicamentos que serão fornecidos à população.

O Município deve estabelecer suas metas, de fornecimento de medicamentos essenciais, com base na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), e executar a assistência farmacêutica. Não seria “justo” determinar ao Município que preste assistência de responsabilidade de outros entes.

Devemos salientar que, conforme dispõe a Lei 8080/90 no §1º do artigo 36, “os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária”.

Reforçando divisão de responsabilidades temos a Portaria nº 399/06 Pacto Pela Saúde, que define a competência de cada ente:

RESPONSABILIDADES GERAIS DA GESTÃO DO SUS – MUNICÍPIOS

Todo município é responsável pela integralidade da atenção à saúde da sua população, exercendo essa responsabilidade de forma solidária com o estado e a união;

Todo município deve:

garantir a integralidade das ações de saúde prestadas de forma interdisciplinar, por meio da abordagem integral e contínua do indivíduo no seu contexto familiar, social e do trabalho; englobando atividades de promoção da saúde, prevenção de riscos, danos e agravos; ações de assistência, assegurando o acesso ao atendimento às urgências;

promover a equidade na atenção à saúde, considerando as diferenças individuais e de grupos populacionais, por meio da adequação da oferta às necessidades como princípio de justiça social, e ampliação do acesso de populações em situação de desigualdade, respeitadas as diversidades locais;

participar do financiamento tripartite do Sistema Único de Saúde;

assumir a gestão e executar as ações de atenção básica, incluindo as ações de promoção e proteção, no seu território;

assumir integralmente a gerência de toda a rede pública de serviços de atenção básica, englobando as unidades próprias e as transferidas pelo estado ou pela união;

com apoio dos estados, identificar as necessidades da população do seu território, fazer um reconhecimento das iniquidades, oportunidades e recursos;

desenvolver, a partir da identificação das necessidades, um processo de planejamento, regulação, programação pactuada e integrada da atenção à saúde, monitoramento e avaliação;

formular e implementar políticas para áreas prioritárias, conforme definido nas diferentes instâncias de pactuação;

organizar o acesso a serviços de saúde resolutivos e de qualidade na atenção básica, viabilizando o planejamento, a programação pactuada e integrada da atenção à saúde e a atenção à saúde no seu território, explicitando a responsabilidade, o compromisso e o vínculo do serviço e equipe de saúde com a população do seu território, desenhando a rede de atenção e promovendo a humanização do atendimento;

organizar e pactuar o acesso a ações e serviços de atenção especializada a partir das necessidades da atenção básica, configurando a rede de atenção, por meio dos processos de integração e articulação dos serviços de atenção básica com os demais níveis do

sistema, com base no processo da programação pactuada e integrada da atenção à saúde;

pactuar e fazer o acompanhamento da referência da atenção que ocorre fora do seu território, em cooperação com o estado, Distrito Federal e com os demais municípios envolvidos no âmbito regional e estadual, conforme a programação pactuada e integrada da atenção à saúde;

garantir estas referências de acordo com a programação pactuada e integrada da atenção à saúde, quando dispõe de serviços de referência intermunicipal;

garantir a estrutura física necessária para a realização **das ações de atenção básica**, de acordo com as normas técnicas vigentes;

promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, promovendo seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas;

assumir a gestão e execução das ações de vigilância em saúde realizadas no âmbito local, compreendendo as ações de vigilância epidemiológica, sanitária e ambiental, de acordo com as normas vigentes e pactuações estabelecidas;

elaborar, pactuar e implantar a política de promoção da saúde, considerando as diretrizes estabelecidas no âmbito nacional.”

Percebe-se que a base das ações de competência dos municípios se refere aos procedimentos de prevenção, ou seja, a atenção primária, ficando os demais, responsáveis pelos procedimentos de média e alta complexidade.

O grande problema enfrentado pelos municípios é administrar seus recursos de modo a atender todas as demandas da sociedade. Quando são sujeitos, por intermédio de determinações judiciais, a custear tratamentos e medicamentos que seriam de responsabilidade do Estado e União, a situação financeira dos referidos entes se agrava.

O que ocorre é que, muitas vezes, os municípios, sem ter tempo de cotar preços, e tendo que atender a ordens judiciais urgentes, arcam com valores altíssimos para adquirir um determinado medicamento, sendo que, muitas vezes, tal medicamento é disponibilizado pelo Estado e pela União.

Nesses casos, o Poder Judiciário, desconsidera a legislação pertinente ao assunto, especialmente, a que determina que o atendimento seja dividido por grau de complexidade, ou seja, a Lei nº 8.080/90.

Sabemos que para implementar políticas sociais e garantir à sociedade seus direitos previstos constitucionalmente, é necessário que o Estado empregue vultosos recursos, sendo essa a principal dificuldade para a efetivação e garantia ao direito à saúde.

Daniel Wei Liang Wang destaca que:

Estas políticas públicas para efetivação de direitos sociais demandam, na grande maioria das vezes, gastos de recursos públicos. E este é o ponto central no debate a respeito da exigibilidade judicial dos direitos sociais, pois uma decisão judicial para a tutela de um determinado no caso concreto normalmente obriga o Estado a realizar gastos públicos. (WANG, Daniel Wei Liang. 2006, p. 03).

Ao conceder a tutela, o Judiciário causa, na maioria das vezes, verdadeiros descontroles orçamentários, ao fazer uma análise principiológica do caso, quando poderia analisar também as conseqüências da decisão.

Uma ou outra decisão, certamente, não afetará os cofres públicos, porém, um aumento constante de demandas causado pelo precedente de uma decisão anterior, pode abalar de forma irreparável as ações administrativas.

Outro grande problema, que deve ser analisado, é o alto custo de medicamentos excepcionais e tratamentos alternativos.

A proteção às patentes onera de forma expressiva os preços dos medicamentos, **“na prática verifica-se que assim que a patente expira, o preço cai vertiginosamente. Em geral, a entrada de concorrentes genéricos no sistema reduz o preço, o que pode chegar a 99%, em alguns casos. A proteção intelectual impacta o preço do medicamento e o preço do medicamento impacta o seu acesso.”** (SARTORI, 2009).

É necessário que a fiscalização seja mais rígida, no sentido de que a concessão de “patentes” deve ser destinada a produtos realmente inventados, pois, na sua maioria são drogas conhecidas que sofreram alterações nas fórmulas, para justificar seu caráter de “nova descoberta”, sendo assim passível de nova patente.

Junto a isto, existe também o fato de que não existe vedação à possibilidade de um médico prescrever medicamentos excepcionais, que não possuem eficácia comprovada.

Não obstante essa divisão administrativa, o Poder Judiciário brasileiro vem se posicionando no sentido de que a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos é solidária entre as três esferas de poder, independentemente das atribuições/divisões administrativas ditadas pela legislação infraconstitucional.

As diretrizes das políticas públicas são definidas pela União e no caso de assistência à saúde não é diferente. Com relação à dispensação de medicamentos, afastar a União e Estado de suas responsabilidades seria incoerente, pois são eles que estabelecem tais responsabilidades. (PORTARIA 2577/2006, MINISTÉRIO DA SAÚDE).

Injusto seria responsabilizar os municípios por ações inerentes à União e Estados, pois, como é notório, a cada dia, o número de responsabilidades dos municípios aumenta sem que, no entanto, eles recebam repasses que os possibilitem suportar tamanha carga de responsabilidade.

Segue exemplo de julgado do TJMG nesse sentido:

TUTELA ANTECIPADA - VEROSSIMILHANÇA - PROVA INEQUÍVOCA - INEXISTÊNCIA - MEDICAMENTO NÃO DISPONIBILIZADO PELO MUNICÍPIO - DEFERIMENTO REVOGADO - ATENOLOL - MEDICAMENTO DISPONIBILIZADO PELO MUNICÍPIO - DIFICULDADES NO PROCESSAMENTO DO PEDIDO - INDEFERIMENTO IMPLÍCITO - ANTECIPAÇÃO MANTIDA. O art. 273 do CPC condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca, considerada suficiente para que o Juiz 'se convença da verossimilhança da alegação' e à existência de risco de dano. Ausentes os pressupostos para a antecipação pretendida deve ser indeferida. - Não prospera a pretensão deduzida contra o Município se demonstra ele que os medicamentos pleiteados não são de competência do município, por não pertencerem à Farmácia Básica. (Número do processo: 1.0625.09.098380-4/001(1) Numeração Única: 0983804-54.2009.8.13.0625, Relator: VANESSA VERDOLIM HUDSON ANDRADE, Data do Julgamento: 20/04/2010, Data da Publicação: 07/05/2010)

Em recente decisão, a Juíza Titular da 2ª Vara de Registros Públicos, Fazenda Pública e Autarquias Municipais, Falências e Recuperação Judicial da Comarca de Juiz de Fora, Dra. Ana Maria Lammoglia Jabour disse:

Ora, se o Estado de Minas Gerais efetua a compra do medicamento e o disponibiliza em sua farmácia, na mesma dosagem, porém para patologia diferente daquela pretendida pelo Impetrante, refoge ao bom senso que se determine ao Município fornecê-lo. (MS nº145. 10.027119-9, data da publicação: 21/05/2010)

Atualmente a União investe em torno de 6 a 7% de sua receita em ações de saúde; os Estados investem de 8% a 10%, quando deveriam investir 12% e os Municípios investem 29% quando deveriam investir 15% de sua receita, segundo dados da Confederação Nacional de Municípios (CNM).

Diante do quadro apresentado, cabe uma reflexão profunda em torno do assunto, sob pena de agravar ainda mais a situação dos Municípios brasileiros, que têm que destinar poucos recursos para satisfazer pretensões de particulares que, equivocadamente, buscam junto ao município, via Judiciário, direitos que deveriam ser garantidos pelo Estado e União.

Existe também confronto entre as necessidades infindáveis da população e o limitado orçamento de uma cidade pobre, e que deve ser analisado pelo Judiciário.

Ao definir suas listas cada ente federativo veicula as opções do Poder Público na matéria, de acordo com suas possibilidades financeiras existentes.

Quem tem uma visão real da situação, ou seja, dos recursos disponíveis quanto das necessidades da população, é o Executivo, portanto, cabe a ele definir o modo de atuação as tomadas de decisões, pois o administrador público está atrelado ao princípio da legalidade (art. 37 da CF), não podendo, aleatoriamente, sem a devida autorização legislativa, distribuir dinheiro público.

Portanto o Judiciário não pode simplesmente julgar baseando-se somente na norma constitucional, deve considerar a legislação que veio a regulamentar o artigo 196 da Constituição, reforçando mais uma vez o caráter programático da norma.

Onde não houver lei ou ações administrativas que implementem os preceitos constitucionais, ou havendo, não estejam sendo cumpridas, aí sim, deve o Judiciário agir.

A partir do momento em que o Estado não promova de forma satisfatória, suas funções sociais, cabe ao Judiciário intervir para que seja garantido o direito à saúde, portanto, deve ser encarado como direito fundamental social subjetivo.

Se assim não agir, estará infringindo o art. 2º da Constituição Federal, que consagra o princípio da independência dos Poderes.

Geralmente os indivíduos que recorrem ao Judiciário, pleiteando seus direitos, são de classe média, seja por conhecerem seus direitos ou por terem condições de arcar com os custos do processo, inclusive contratando advogados particulares. Quando o Judiciário assume o papel de implementar as ações relacionadas com a saúde, está privilegiando aqueles que tem acesso qualificado à Justiça, prejudicando dessa forma, a classe pobre que seria o público alvo das ações sociais.

Além de impor a presença do risco de vida para o fornecimento de medicamento ou algum procedimento, deve o Magistrado, aplicar a lógica da ponderação orçamentária.

Decisões Judiciais não criam recursos nem podem obrigar o Estado a fornecer, de uma hora para outra, o medicamento ou procedimento. Contudo, não podemos esquecer que, a política nacional de saúde deve ser feita de forma generalizada, buscando atender o maior número possível de pessoas.

Portanto, cabe ao administrador avaliar qual a melhor maneira de se aplicar recursos públicos, de modo que atenda, com eficiência, o interesse público.

Trata-se de uma discricionariedade do administrador, o qual deve praticar seus atos de acordo com a razoabilidade e proporcionalidade.

Maria Sylvia Di Pietro diz que:

(...) embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras

coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. (DI PIETRO, 2007, p. 72).

3.2 O Mandado de Segurança e o pedido de medicamentos

O Mandado de Segurança, conforme prevê o art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, é usado para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso for um agente público no exercício de suas atribuições.

Esse tipo de ação é usado, de forma equivocada, na maior parte dos pedidos judiciais, quando se pleiteia o fornecimento de medicamentos junto ao ente público.

Em grande parte dos feitos dessa natureza, a situação clínica e a necessidade real do medicamento ou terapêutica específica não ficam bem definidas e comprovadas no relatório médico e também não se comprova a negativa por parte da Administração, em fornecer o medicamento ou o procedimento necessário.

A negativa da Administração tem que ser requisito imprescindível para a propositura da Ação, pois é normal indivíduos usarem a via judicial como única forma de conseguir suas pretensões, o que prejudica demasiadamente o andamento da administração, quando a mesma tem que disponibilizar parte de seus servidores para responder questões pertinentes ao processo.

Segundo Alexandre de Moraes, ao citar decisão do Superior Tribunal de Justiça, “não se configura omissão se a parte impetra o *mandamus* pouco tempo após ter apresentado pedido escrito à autoridade, não lhe dando tempo suficiente para proferir decisão em processo administrativo.” (MORAES, 2006, p. 270).

Sabemos que não cabe, em sede de mandado de segurança, a produção de provas após a impetração, a prova deve ser pré-constituída, portanto, a prova de carência de recurso deve ser trazida junto com a inicial, e deve ser requisito de admissibilidade da ação, pois de acordo com a Lei 8.080/90, o poder público é obrigado a fornecer medicamentos aos necessitados.

O ente público tem o direito de se defender e provar que o impetrante tem condições financeiras de adquirir o medicamento, sem o auxílio da verba pública.

Tendo em vista que o mandado de segurança não permite dilação probatória, requisito imprescindível para se contestar o pedido do autor, o caminho certo a ser seguido, seria a ação ordinária, onde o poder público teria a possibilidade de questionar as pretensões do autor e comprovar a existência de fatos impeditivos ou extintivos do direito do impetrante, caso contrário, fica prejudicado o princípio do devido processo legal.

O Mandado de Segurança tem o objetivo de resguardar o direito líquido e certo, violado por ato ilegal, porém, no caso de fornecimento de medicamentos, não se pode falar em ilegalidade, porque o Estado apenas efetua a distribuição de acordo com o princípio da isonomia e *reserva do possível*.

CONCLUSÃO

Os princípios do Sistema Único de Saúde são a democratização e universalização.

Cabe ao Estado prover as necessidades essenciais mínimas para o cidadão, a fim de possibilitar uma vida digna, e o direito à saúde deve ser concebido como um elemento de bem estar social.

O direito à saúde deve ser encarado de modo que resguarde outro direito fundamental, o direito à vida. A utilização de recursos escassos para atendimento de pedidos especiais coloca em risco a saúde ou até mesmo a vida do resto da população carente.

Quando algumas pessoas conseguem ter acesso a medicamentos e tratamentos, custeados pelo poder público, a população carente terá reduzida suas possibilidades ter o atendimento e assistência geral.

O acesso de poucas pessoas ao atendimento da saúde, em detrimento dos outros que também possuem necessidades, constitui violação direta ao princípio de acesso igualitário, descrito no art. 196 da CF.

Nesse diapasão, o princípio da **reserva do possível**, o qual sugere uma ponderação da interferência do Judiciário nas questões orçamentárias do poder público, deve ser observado, afim de que fiquem realmente comprovadas as alegações do processo.

Deve a parte deixar claro que a doença de que ela padece é realmente grave, bem como, que os medicamentos solicitados são eficazes, portanto, sendo imprescindível à tutela do Judiciário.

O Poder Público deve definir quais os medicamentos mais adequados à distribuição, devendo optar por aqueles que atendam a maior parte da população sem lesar excessivamente os cofres públicos, sob pena de prejudicar o caráter coletivo dos programas de saúde.

A dispensação genérica de medicamentos e tratamentos de saúde caracteriza uma lesão grave à ordem pública, posto que atinja de maneira negativa a programação orçamentária do Poder Público, diante da necessidade de remanejamento de recursos para a aquisição e pagamentos de medicamentos e serviços de alto custo.

Para que, a situação dos municípios não se agrave, é necessário que se regulamentem os percentuais que a União deve investir na área de saúde, e que a União e os Estados cumpram a legislação e apliquem os percentuais financeiros na Saúde, sob pena do desequilíbrio entre as responsabilidades e os recursos transferidos aos Municípios chegarem a um nível crítico podendo paralisar o sistema de saúde pública no Brasil, devido ao fato de que os cidadãos exigem prestação de serviços cada vez melhor e mais adequada à carga de impostos que pagam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Confederação Nacional de Municípios. **Cartilha Dia Nacional em Defesa dos Municípios**. Brasília: CNM, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 de maio de 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria nº 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Aprova o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. Disponível em: <<http://www.Saude.gov.br/>>. Acesso em 28 de maio de 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Resolução nº 399, de 22 de fevereiro de 2006. Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais do Referido Pacto. Disponível em: <<http://www.Saude.gov.br>>. Acesso em 28 de maio de 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional Administrativo**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. **Medicamentos e a Justiça. Breves considerações**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2296, 14 out. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13678>>. Acesso em 28 de maio de 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In: Sociedade Brasileira de Direito Público. 2006. p. 03. Acesso em 23 de maio de 2010.