

Parecer ministerial. Promotoria de Justiça junto à 1ª Vara Cível da Comarca de Maricá. Direito à saúde. Entrega de medicamentos não padronizados. Mal de Alzheimer. Receita de médico particular.

Leonardo Cuña de Souza

Processo eletrônico nº 0018541-95.2014.8.19.0031
Origem: 1ª Vara Cível da Comarca de Maricá
Ação de Obrigação de Fazer – MEDICAMENTOS

Parecer Final do Ministério Público

DIREITO À SAÚDE – ENTREGA DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS – MAL DE ALZHEIMER – CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS – RECEITA DE MÉDICO PARTICULAR – QUESTIONAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS – ILEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO – CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO EM AÇÕES INDIVIDUAIS – TEORIA DINÂMICA DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA – ATRIBUIÇÃO PARA INCORPORAÇÃO DE MEDICAMENTOS – INCLUSÃO DA DEMANDANTE EM SERVIÇO OU PROGRAMA EXISTENTE NO SUS – CONVERSÃO EM DILIGÊNCIAS.

MM. Juiz,

MARIA DE LOURDES OLIVEIRA propôs ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em face do **MUNICÍPIO DE MARICÁ**, a fim de que seja condenado a lhe fornecer os medicamentos e insumos descritos na fl.03; necessários ao tratamento da doença que afirma ser portadora (Mal de Alzheimer), alegando, para tanto, não ter condições financeiras para adquiri-los.

1. Relatório

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 15/30. Concedida decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida em fls. 42/43. Contestação do Município (fls.63/68), aduzindo, em peça padronizada de defesa, que os medicamentos citados na inicial não constam da lista de padronização, daí estar desobrigado ao fornecimento destes. Requer a extinção do processo, na forma do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil.

Mais adiante (fls. 87/92), consta outra petição interposta pelo réu, na qual afirma que a União é o único ente competente pelo fornecimento de medicamentos para esta patologia clínica, inclusive existe um Programa da Administração Pública Federal, no SUS, denominado RIO FARMES (Portaria nº 491, de 23/09/2010), voltado para atendimento e fornecimento de medicamentos aos pacientes portadores de Alzheimer.

Em fl. 97, o Ministério Público requereu diligências, entre elas, a indicação, pela autora, do CID da sua doença. A parte autora se manifestou em fls. 135/136, afirmando que o tratamento neurológico a que se submete é custeado por meio de plano de saúde da qual é associada. Quanto ao CID da doença, **nada disse**. Na mesma peça manifesta-se a réplica.

Tratando-se de matéria meramente de direito, vieram os autos ao Ministério Público.

É o breve relatório.

2. Do Direito à Saúde

A presente ação soma-se a tantas outras que, a partir da segunda metade dos anos 1990, invadiram o Poder Judiciário, que foi chamado a decidir se os direitos sociais poderiam ser considerados sob a ótica individual, geradores de direitos subjetivos por parte dos cidadãos.

Compelidos pela judicialização, os julgadores brasileiros, de fato, resolveram adotar **postura ativista** nas demandas individuais, decidindo sobre a entrega de medicamentos não comuns, realização de cirurgias e internações com a utilização de novas técnicas, ainda que envolvendo valores elevados e provocando alterações orçamentárias no sistema único de saúde.

Nas palavras de INGO SARLET, saúde é direito social fundamental, ligado ao direito à garantia de uma existência digna, no âmbito do qual

se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar etc.) com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida (e o direito à vida) assume, no âmbito desta perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, pré-condição da própria dignidade da pessoa humana. Para além da vinculação com o direito à vida, o direito à saúde (aqui considerado num sentido amplo) encontra-se umbilicalmente atrelado à proteção da integridade física (corporal e psicológica) do ser humano, igualmente posições jurídicas de fundamentalidade indiscutível¹.

Neste sentido, a prestação de saúde é responsabilidade do Poder Público e, sob a égide da Constituição de 1988, recai, de forma equânime, sobre os três entes federados: Municípios, Estados e União.

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 313.

Assim, não há que se falar em ilegitimidade passiva para a prestação de serviços de saúde, como os entes federativos costumam argumentar em suas defesas, para eximir-se do cumprimento de algumas de suas obrigações. Por outro lado, o dever comum previsto na Constituição da República, quanto à manutenção das prestações básicas relacionadas ao direito de proteção à saúde, não exclui a possibilidade de o legislador infraconstitucional definir a forma de execução de tais serviços.

Uma vez previsto na Carta o direito à saúde, a execução e prestação direta dos respectivos serviços são concretizadas na legislação infraconstitucional. Neste diapasão, a Lei nº 8.080/90 atribuiu aos Municípios tal responsabilidade (art. 18, I, IV e V). No que se refere especificamente à **assistência farmacêutica**, cumpre à União, como gestora federal do SUS, o repasse dos recursos financeiros, cabendo aos Municípios, e, supletivamente, aos Estados, a aquisição e a adequada dispensação (*entrega*) dos medicamentos.

Como se observa, a distribuição de competências promovida pela Constituição e pela Lei nº 8.080/90 orienta-se pelas noções de **subsidiariedade** e de **municipalização**.

No entanto, a repartição de atribuições prevista na Lei nº 8.080/90 e demais normas que regulamentam o funcionamento do SUS (Sistema Único de Saúde) não pode ser desprezada, pois ela decorre diretamente do sistema **federativo** adotado pela Constituição. Caso contrário, caminha-se para tornar o sistema dispendioso e **ineficiente**, além de servir como meio de fraudes, notadamente em vista das condenações solidárias dos entes federados a fornecer medicamentos. Tal situação acaba por privatizar os bônus e a socializar os prejuízos².

² Neste sentido, confira-se o seguinte aresto: “Para a concretização do direito à saúde, o Poder Público deve agir seletiva e distributivamente, não sendo possível ao magistrado determinar que o ente estatal suporte os custos de medicamentos que não foram previamente selecionados mediante critérios técnicos que indicam as necessidades mais prementes da população, sob pena de o Judiciário imiscuir-se na esfera de competência do Legislativo e do Executivo, interferindo no orçamento dos entes estatais e até mesmo na política de distribuição de saúde a todos os cidadãos, priorizando o direito de uns em detrimento do de muitos.” (TJMG – 3ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.135548-9/001 (1), Relator Silas Vieira, julgado em 24/09/2009, publicado 20/11/2009).

Ainda com relação ao tema, colacionam-se, por oportuno, os argumentos constantes no voto vencedor na Apelação Cível nº 5990432. 2010.51.01.012948-3 (julg. em 30/09/2013): “... Quanto ao tema dos medicamentos de um modo geral, verifica-se, lateralmente, que a tumultuária interferência judicial nas políticas públicas de distribuição continua a expandir.”

“Tal interferência tem gerado grande quantidade de compras sem licitação (com preços muito mais caros). De outro lado, como se centra em apreciação de apenas um caso, ela é apta a ofender a igualdade de tratamento que o Estado deve aos doentes e demais necessitados de remédios (expressa no artigo 196 da Lei Maior).”

“Em suma, essa interferência – que nunca pune ninguém, que nada manda apurar, e apenas distribui medicamentos – agride o melhor aproveitamento de recursos. A interferência primária correta, e a função do Judiciário, é punir, em litígios específicos (ações de improbidade e ações penais) os administradores que subtraem as escolhas admissíveis. Ou mandar aplicar a regra específica ao caso concreto, mas regra que valha e possa valer para todos, e respeite a isonomia preconizada no art. 196 da Lei Maior (e, também, mandando punir ou apurar a conduta de quem não cumpriu corretamente a lei).”

“A verdade é que o *casuismo de compra urgente, com beneplácito judicial, mata muito mais do que salva, ao final do resultado. Ademais, o Judiciário é transformado em uma grande farmácia, com distribuições sujeitas a critérios não uniformes, desde prazos e remédios a aspectos laterais, como o de eventual multa. Tal como existe a Farmácia Max, ou Farmácia Pacheco, mais de duzentas mil ações invadiram o Judiciário, pedindo remédio, e dando origem à Farmácia Reserva do Possível...*” (grifamos).

O caminho da transformação de direitos sociais em instrumentos de tutela individual precisa considerar que, muitas vezes, decisões judiciais que passam por cima de políticas públicas definidas pelos órgãos gestores do sistema de saúde podem ter implicações práticas e políticas. E isso afeta a **eficiência** do gasto público.

As receitas públicas dependerão sempre dos ingressos, procedentes da arrecadação de tributos ou de outras fontes. Neste sentido, os **recursos sempre estarão disponíveis em quantidades limitadas**. Diante da escassez de recursos e das múltiplas necessidades sociais, cabe ao Estado realizar **escolhas**, estabelecendo **critérios e prioridades**. Tais escolhas se dão por meio da **definição de políticas públicas**, que dependem de previsão e execução orçamentária.

Por isso mesmo, deve-se afastar a **falsa dicotomia entre eficiência e justiça**. Nas palavras de LUCIANO TIMM, uma vez escolhida uma política pública, não se justifica, moral ou eticamente, implementá-la de forma a gerar prejuízo:

Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, *não existe nada mais injusto do que o desperdício*. (...) todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (*i. e., eficiência*).³

Quando o Estado delinea política pública para atender a determinada necessidade de tratamento médico, prescrevendo quais medicamentos e procedimentos serão custeados com recursos públicos, está alocando recursos, segundo critérios técnicos e de acordo com análise de custo-benefício. Não enxergar tal realidade pode redundar em prejuízo ainda maior de toda a sociedade, em favor das perspectivas de um indivíduo ou de uma minoria.

Ainda que se reconheça a legitimidade do Poder Judiciário para intervenção em decisões da administração e do Poder Legislativo, certos limites são necessários a tal intervenção, sob pena de ocorrer violação do princípio da separação de poderes, já que *decisões sobre o fornecimento de medicamentos são verdadeiras decisões sobre alocação de recursos*, com teor nitidamente discricionário e político e, portanto, tocam originalmente ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Acrescente-se, ainda, que o fato de o direito à saúde estar garantido constitucionalmente e de o Brasil ter feito a opção por um sistema de saúde público e universal *não significa que todos os serviços, tratamentos e medicamentos existentes no mercado devam ser*

³ TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2014, p. 27-8.

disponibilizados pelo sistema. Por isso é necessária a prévia fixação dos serviços e produtos disponibilizados à população pelo sistema de saúde, a fim de se delimitar aquilo que pode ser exigido judicialmente do Estado⁴.

Portanto, cada caso deve ser analisado *de per se*, com os olhos voltados para a política pública vigente, devendo-se fazer análise criteriosa dos pedidos trazidos ao conhecimento do Judiciário, à luz da legislação relacionada e da devida comprovação de necessidade de quem pleiteia.

3. Das Circunstâncias Concretas

No presente caso, anexos à inicial, constam apenas receituários e declarações de médico neurologista que **não integra a rede pública de saúde**. Não há qualquer exame ou laudo clínico mais detalhado, tampouco restou informado, apesar de requerido pelo *Parquet*, o CID da doença de que a autora se afirma portadora. Logo, a autora não cumpriu, ainda que minimamente com o ônus processual que lhe é imposto pelo CPC, art. 333, I.

Como afirma a inicial, a terapia recomendada pelo profissional de saúde que a atendeu, e pleiteada pela autora, implica tratamento de custo elevado, qual seja, R\$ 619,50 (seiscentos e dezenove reais e cinquenta centavos) ao mês.

No ponto, em se tratando de demandas ajuizadas envolvendo direito à saúde, outras questões, além das processuais, devem ser observadas, já que o referido direito não deve ser garantido apenas para aqueles que buscam a proteção judicial, e sim a todos os cidadãos, sem distinção.

Com efeito, apesar de todos os avanços alcançados nas últimas décadas no que tange ao acesso à Justiça, a principal clientela do Judiciário brasileiro, mesmo em demandas envolvendo direitos sociais, continua sendo a classe média. *Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira dificilmente vão à Justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes nem conhecem seus direitos. Neste contexto, se levarmos em consideração o fato de que, diante da escassez, as decisões explicitamente alocativas de recursos são implicitamente desalocativas, o foco centrado nas ações individuais pode acabar funcionando como um “Robin Hood às avessas, ao sugar recursos de políticas públicas que atingiriam os mais pobres para transferi-los para a classe média.*⁵

⁴ BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. *Conflitos e impasses da judicialização na obtenção de medicamentos: as decisões de 1ª instância nas ações individuais contra o Estado do Rio de Janeiro, Brasil, em 2005*. In: Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 26(1):59-69, jan, 2010.

⁵ SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 211-2.

Por conseguinte, cabe verificar, antes de atender a qualquer pedido, **se há política pública para o tratamento** pleiteado. É dizer, deve-se saber se algum programa de saúde já estabelecido pelo Poder Público prevê o tratamento do quadro clínico de que padece a autora, a fim de evitar não só o esvaziamento destes programas, como o também impedir que a sociedade seja demasiadamente onerada. Com isso, evita-se a geração de **ineficiência alocativa**, fonte de injusta distribuição de recursos.

Isto porque é preciso evitar que recursos públicos sejam distribuídos de forma ineficiente, *id est*, minimizadora do resultado pretendido, geradora de desperdícios e “gargalos”, situação que não eleva o bem-estar social. Mesmo o sensível direito à saúde não justifica intervenções casuísticas, pondo em xeque políticas públicas e modelos de gestão administrativa implementados.

À míngua de provas nos autos, o subscritor (guiado pelo ancestral brocardo *iura novit curia*) promoveu pesquisa sobre o tema, obtendo as informações a seguir expostas.

3.1. Da Política Pública Existente – Ilegitimidade do Município

Primeiramente, tem-se que o Estado do Rio de Janeiro, por meio da sua Secretaria de Saúde, possui o PROGRAMA DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS ESPECIALIZADOS, com objetivo de disponibilizar medicamentos para usuários do Sistema Único de Saúde, para tratamento de doenças específicas, encontrando-se entre as patologias contempladas, a Doença de Alzheimer⁶.

Portanto, **há programa público** de atendimento a pacientes; no caso do Estado do Rio de Janeiro, o **Programa RIO FARMES**, estabelecido conforme os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas da Doença de Alzheimer, determinados na Portaria SAS/MS 1.298 de 21 de novembro de 2013. Tal fato não pode ser ignorado, inclusive na solução desta demanda, que, como dito, envolve medicamento de alto valor.

Ademais, os procedimentos para o acesso aos medicamentos do CEAF são definidos pelo Ministério da Saúde (Portaria GM/MS nº 1.554 de 30 de julho de 2013).

Neste ponto, é importante frisar que a existência de programa estatal para atender a essa demanda implica o reconhecimento de que não falta, para tratamento da enfermidade, uma **política pública**, definida como “metas e instrumentos de ação que o Poder Público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger”⁷.

Para ter acesso gratuito aos medicamentos, o usuário deve conferir se o fármaco solicitado e a patologia constam na relação atendida pelo Componente. Cada Estado define a lista de medicamentos a serem dispensados no Componente Especializado, de forma a atender todas as linhas de cuidado nele abrangidas.

No presente caso, cabe analisar os pedidos da autora.

⁶ <http://www.rj.gov.br/web/imprensa/exibeconteudo?article-id=627983>.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 899.

1. Os medicamentos RISS e EXELON **não se encontram padronizados em nenhuma lista oficial de medicamentos**; apenas os componentes RISPERIDONA e RIVASTIGMINA, **respectivamente**, estão disponibilizados como componentes especializados para dispensação pelo **ESTADO** (Portaria nº 3.439 MS/GM de 11 de novembro de 2010);
2. O fármaco ROHYPNOL (flunitrazepam), medicamento indutor do sono⁸, **não integra** nenhuma das listas de dispensação gratuita.

Assim, quanto ao pretendido fornecimento de fármacos não padronizados, temos que o receituário que instrui o presente feito, com prescrição por médico não integrante da rede SUS, é insuficiente a conferir os elementos necessários ao atendimento do pedido.

Na verdade, é recomendável que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; **indicação do genérico**, se houver; tratamento anterior; **exames realizados**; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes⁹.

Ademais, de regra, não se deve interferir casuisticamente na política de distribuição de medicamentos – mormente quando os órgãos governamentais específicos já estabeleceram determinadas políticas públicas e delimitaram, com base em estudos técnicos, as substâncias próprias para fornecimento gratuito. Aqui, o que se pretende na ação é **entrega de tratamento não previsto** na política pública de saúde.

3.2. Do Questionamento de Políticas Públicas

Quando se cuida de prestações pelo Poder Público aos cidadãos, estamos tratando, essencialmente, de tomar decisões alocativas de recursos não inesgotáveis. Nesse sentido, além de considerar as circunstâncias do caso, é necessário atentar para as características do órgão que decide, pois certas decisões produzem **efeitos sistêmicos**, motivo pelo qual deve ser levada em consideração **a capacidade institucional do órgão**.

⁸ Substância mais conhecida como aquela usada para aplicar o golpe denominado vulgarmente “boa noite Cinderela”.

⁹ Nos termos do enunciado nº 5 do Comitê Executivo do Fórum Nacional de Saúde do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no Rio de Janeiro: “é recomendável que a prescrição médica venha acompanhada de laudo com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; indicação do genérico, se houver; tratamento anterior; exames realizados; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes”.

É preciso estar atento à racionalidade das decisões judiciais, sem rechaçar as técnicas tradicionais de interpretação constitucional, nem a ponderação de interesses (pautada pelo princípio da proporcionalidade), de suma importância para a solução das controvérsias. É preciso compreender que há ocasiões em que aspectos meramente normativos não dão suporte aos questionamentos trazidos pelos conflitos de natureza alocativa¹⁰. Nas palavras de ANDRÉ R. CYRINO:

[...] diante da circunstância de que a interpretação da Constituição, em razão de suas peculiaridades (e.g. uso de princípios e sua elevada carga valorativa), mereça o emprego de outros instrumentos e princípios interpretativos, tais como a ponderação de interesses e a razoabilidade, o debate sobre as dificuldades institucionais é uma provocação sobre a viabilidade da adoção de tais métodos. É claro que esses elementos de hermenêutica constitucional, assim como os métodos clássicos de interpretação (e.g. gramatical, sistemático, teleológico e histórico), continuam tendo um papel importante, significando um avanço no trato com os desafios trazidos pelo constitucionalismo. Todavia, há uma real necessidade de que se considerem aspectos ligados às capacidades institucionais. É importante refletir sobre a viabilidade prática de que os nossos juízes considerem tantas circunstâncias no árduo cotidiano judicial brasileiro.¹¹

Sem embargo da importância dos métodos de interpretação da Constituição já consolidados, é necessário diminuir a subjetividade na interpretação, promovendo a plena efetividade dos princípios constitucionais, ao lado do aperfeiçoamento do direito público no âmbito da Constituição. Nesse sentido, FERNANDO LEAL:

[A] utilidade vislumbrada pela perspectiva jurídico-econômica na definição do que se pode exigir do aplicador com base no princípio do Estado de Direito está exatamente na consideração permanente dos limites empíricos nos processos decisórios. Se os juízes são agentes que tomam decisões – e espera-se que eles sejam racionais –, a análise econômica do direito pode, no mínimo, ajudar-nos a compreender mais adequadamente o raciocínio jurídico e nos dar mais suporte para lidar com os problemas. Em cursos meios, se a economia é a ciência da escolha racional, por que suas contribuições não devem ser aplicadas aos juízes? Muitas ações e posturas institucionais são explicadas nos limites da racionalidade econômica.¹²

¹⁰ No confronto entre a finitude de recursos e as infinitas necessidades sociais, seria atingida a **eficiência alocativa** quando a distribuição de recursos for tal que permita gerar o maior rendimento dentre as alternativas possíveis, evitando desperdício de recursos econômicos.

¹¹ CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 214.

¹² Citado por CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação*

É neste contexto que se deve tratar das ações públicas na área de saúde, que envolvem decisões de natureza técnica, que comportam evidentemente escolhas tomadas pelos poderes Executivo e Legislativo, no que tange a quais insumos serão fornecidos aos cidadãos.

Noutro giro, para que se possam questionar, em ação individual, tais ações públicas, deveria a parte requerente dizer e comprovar que sua situação é peculiar, excepcional, plenamente justificável, que não se enquadra ou não é amparada em nenhum dos protocolos clínicos existentes ou programas públicos. Nesse ponto, merece aplicar a **teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova**, segundo a qual tal ônus cabe à parte com melhores condições de produzi-la¹³.

E, no caso concreto, é a própria autora que está mais apta a provar que sua situação é excepcional. Nem o Município, nem o Estado (que nem mesmo integra a demanda), têm condições de fazer a melhor prova sobre seu estado clínico, pois eles **não controlam este meio de prova**, que reside no próprio **corpo da autora**. Eventual hipossuficiência jurídica não seria argumento suficiente, por si só, para que a autora se isente de produzir a prova.

A teoria da carga dinâmica **não se confunde com a inversão do ônus da prova**, pois **não** inverte o ônus de provar **todo** o alegado, mas sim o divide, incumbindo a cada parte produzir a prova, considerando sua peculiar situação.

Incumbir ao réu (ainda que ente público) o ônus de arcar com toda a carga probatória é ignorar que a autora é que detém todas as informações sobre seu estado de saúde. Ela é quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio. O réu não pode **coagi-la** a se submeter a exames clínicos e a apresentar seu histórico médico, de forma a investigar a excepcionalidade de sua situação, a justificar tratamento excepcional.

3.3. Da Atribuição para Incorporação de Medicamentos

À luz do direito posto, a atribuição para incorporação ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos já existentes é do Poder Executivo, na figura do Ministério da Saúde, assessorado pela **Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS**. Neste sentido, a Lei nº 8.080/90:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz

institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 173-174.

¹³ ANTONIO JANYR DALL'AGNOL JUNIOR, sobre o tema, pontifica como premissas decorrentes da teoria: "a) inaceitável o estabelecimento prévio e abstrato do encargo; b) ignorável é a posição da parte no processo; e c) desconsiderável se exhibe a distinção já tradicional entre fatos constitutivos, extintivos, etc. Releva, isto sim: a) o caso em sua concretude e b) a 'natureza' do fato a provar – imputando-se o encargo àquela das partes que, pelas circunstâncias reais, se encontra em melhor condição de fazê-lo". *In* Distribuição dinâmica dos ônus probatórios. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez/Fonte do Direito, nº 280, p. 11, fev.2001.

terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.”

Ora, o fato de existir tratamento prévio disponível na rede pública de saúde **não** é irrelevante. Se, de fato, é o profissional responsável quem deve definir a melhor a necessidade e a adequação para o restabelecimento da saúde do paciente, ele deve **informar se foi utilizado algum tratamento prévio e justificar o tratamento de segunda escolha.**

E desse ônus a parte autora não se desincumbiu.

Nesse passo, a discussão sobre entrega de novos medicamentos, produtos e procedimentos médicos, envolve aspectos técnicos de políticas públicas, sendo questionável a capacidade técnica do Judiciário para assumir tais competências, especialmente no bojo de ações individuais¹⁴. Deve-se evitar o risco de o juiz se substituir ao Executivo e ao Legislativo na prática de políticas públicas.

No caso das ações individuais, não há interferência direta nas políticas públicas, porque o que se objetiva é a garantia de um direito subjetivo individual. É o caso das ações em que se pleiteiam medicamentos, exames e tratamentos médicos, vagas em creches ou escolas. Embora não haja interferência direta com as políticas públicas, na prática se verifica uma interferência indireta, provocada pela grande quantidade de ações desse tipo. O custo global das prestações positivas assim obtidas é de tal ordem que acaba por praticamente obrigar o administrador público a destinar, para esse fim, verbas que estariam previstas no orçamento para atender a outros objetivos. Por exemplo, a construção de hospitais ou postos de saúde (que atendem ao mínimo existencial de toda uma coletividade) pode ficar frustrada pela necessidade de dar cumprimento às decisões judiciais proferidas em casos concretos. Como se verifica, corrige-se, parcialmente, uma omissão do poder público, beneficiando o cidadão que recorre ao Judiciário, mas se produz um mal maior para a coletividade que fica privada da implementação de determinada política pública que viria em benefício de todos. O mérito desse tipo de ação talvez seja o de pressionar o poder público na adoção de medidas corretivas de sua omissão. Por outras palavras, garante-se o direito a uma pequena parcela da população, porém afronta-se o princípio da isonomia, além de prejudicar (e não favorecer) o cumprimento de políticas públicas.¹⁵

¹⁴ “Embora seja uma modalidade sutil de ativismo judicial, uma vez que a quase totalidade das matérias que competem aos Poderes Públicos pode em algum momento ser objeto de exame pelo Judiciário, a conduta deste encontra limites que devem ser respeitados e muitas vezes estão postos pela própria natureza da causa em julgamento”. TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, nº 1, p. 037-057. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 904-905.

Ao se manifestar contrariamente a decisões técnicas do órgão dotado de *expertise* e de experiência, o julgador deve justificar tal ingerência com base no contexto que lhe é apresentado. No dizer de HUMBERTO ÁVILA, ao tratar da intensidade do controle judicial sobre os demais poderes, “o âmbito de controle pelo Judiciário deverá ser tanto menor, quanto mais (...) difícil e técnico for o juízo exigido para o tratamento da matéria”¹⁶.

A especial deferência que deve ter o Judiciário em relação a decisões técnicas de órgãos dotados da capacidade institucional adequada para decidir temas técnicos é o que inspira os enunciados 12 e 16 da I Jornada de Direito da Saúde, do CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

12 – A inefetividade do tratamento oferecido pelo SUS, no caso concreto, deve ser demonstrada por relatório médico que a indique e descreva as normas éticas, sanitárias, farmacológicas (princípio ativo segundo a Denominação Comum Brasileira) e que estabeleça o diagnóstico da doença (Classificação Internacional de Doenças), tratamento e periodicidade, medicamentos, doses e fazendo referência ainda sobre a situação do registro na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

16 – Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único do Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

4. Conclusão

Deve-se considerar que, no caso dos autos, a condenação do ente municipal a **fornecer medicamento já devidamente dispensado pelo Estado**, (no caso, RISPERIDONA e RIVASTIGMINA, disponibilizados como componentes especializados pelo Estado do Rio de Janeiro), certamente implicaria duplicidade de despesa numa área em que não se devem permitir desperdícios.

Assim, preliminarmente, verifica-se a **ilegitimidade do ente municipal**, a provocar a extinção do processo nos termos do CPC, art. 267, VI. De todo modo, à luz da teoria da asserção, o pedido deve ser julgado **improcedente**, por todas as razões acima alinhadas.

Entretanto, caso este d. juízo entenda pela legitimidade do Município de Maricá, entende o MP, à luz do acima exposto, que a causa não estaria madura para julgamento, devendo-se converter o feito em diligência para que:

¹⁶ *In Teoria dos princípios*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 126.

a) seja a **autora intimada** a comprovar, justificadamente, mediante indicação de médico do **Sistema Único de Saúde**, que a prescrição dos medicamentos não padronizados é a 1ª escolha, em detrimento dos medicamentos padronizados, bem como que apresente laudo, firmado por médico da rede pública, com as principais informações sobre o paciente e sua patologia, assim consideradas: CID da doença; medicamento prescrito; dosagem; duração de tempo de administração do medicamento; indicação do princípio ativo; **indicação do genérico**, se houver; tratamento anterior; **exames realizados**; indicação do encaminhamento do paciente a um dos programas de saúde existentes;

b) seja o **réu intimado** para comprovar, justificadamente, que a prescrição do medicamento pleiteado **não** é a 1ª escolha, pois haveria alternativa entre os medicamentos padronizados pelo SUS, indicando quais seriam estes, em caso afirmativo.

Por fim, caso ainda assim este d. juízo entenda não ser o caso de conversão em diligências, há que se observar o enunciado nº 11 da I Jornada de Direito da Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, a fim de **determinar a inclusão da demandante em serviço ou programa já existente no Sistema Único de Saúde**, para fins de acompanhamento e controle clínico.

Maricá, 9 de julho de 2015.

LEONARDO CUÑA DE SOUZA

Promotor de Justiça