

A BUSCA DO MEDICAMENTO EM UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA: ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS

THE SEARCH FOR MEDICINE ON A FAIR LEGAL ORDER: CASE LAW ANALYSIS OF THE MINAS GERAIS STATE COURT

Adriana Goulart de Sena Orsini*

Caio Augusto Souza Lara**

RESUMO

O presente artigo aborda a problemática em torno do acesso ao medicamento, pelo meio judicial, em face da negativa ou da demora do fornecimento dos mais diversos tipos de fármacos essenciais por via administrativa no Estado de Minas Gerais. Procurou-se demonstrar como o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem feito valer a norma constitucional a respeito do tema e as teses jurídicas que tendem a ser acolhidas, além de normas que são aplicadas de modo a garantir instrumentalidade e efetividade ao provimento jurisdicional. A análise levou em consideração o quantitativo de julgamentos da corte nos últimos dez anos e o conteúdo de julgados paradigmáticos recentes. A partir dos dados levantados, afirma-se que a concepção restrita de acesso à justiça, sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, se mostra efetiva na realidade mineira no tema em questão. Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto ao sentido amplo do termo (acesso a uma ordem jurídica justa), uma vez que a administração pública continua a negar sistematicamente um dos direitos humanos mais elementares que possibilita a vida com dignidade. O artigo procurou identificar os parâmetros adotados pela corte para prover um direito humano salutar à vida com dignidade e ao mesmo tempo não impactar o atendimento dos interesses de toda a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Justiça; Direito ao medicamento; Jurisprudência.

ABSTRACT

This article addresses the issues around access to the medicine, by judicial means, in the face of negative or delay in supply of all kinds of essential drugs through administrative channels in the State of Minas Gerais. Attempt was made to demonstrate how the Minas Gerais State Court has asserted constitutional law on the subject and the legal theories that tend to be accepted in addition to standards that are applied to ensure the effectiveness and instrumentality of jurisdictional provision. The analysis took into account the quantity of

* Adriana Goulart de Sena Orsini é Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG, Coordenadora do Projeto Estruturante do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG denominado: “Governança Pública, Acesso à Justiça, Efetividade, Consensualidade e Dimensão Processual dos Direitos Humanos”, Juíza Federal do Trabalho, Membro do Comitê Gestor da Conciliação no CNJ e Juíza Auxiliar da Comissão de Acesso à Justiça no CNJ.

** Caio Augusto Souza Lara é mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Vice-Presidente Regional Sudeste da Associação Nacional de Pós-Graduandos (ANPG), Vice-Presidente da Federação dos Pós-graduandos em Direito (FEPODI) e Assistente Jurídico do Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – PAI-PJ.

judgments of the court in the past ten years and the content of recent paradigmatic judgments. From the data collected, it is stated that the design of restricted access to justice, synonymous with access to the courts, proves to be effective in the reality of this subject in the State of Minas Gerais. However it can't be said the same about the broad sense of the term (access to a fair legal system), since the government continues to systematically deny one of the most basic human rights that allows life with dignity. The article aimed to identify the parameters adopted by the court to provide a healthy human right to life with dignity while not impacting the attendance of the interests of the whole society.

KEYWORDS: Access to justice; Entitlement to Medicine; Case law.

1. Notas introdutórias

Na década de 1960, o jurista italiano Norberto Bobbio, em um simpósio promovido pelo *Institut International de Philosophie* sobre o “Fundamento dos Direitos do Homem” proferiu uma lição que se tornou uma das mais clássicas do Direito. Na ocasião, disse Bobbio o seguinte:

“o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. (...) Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual a sua natureza e o seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro de garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”. (BOBBIO, 2004, p. 25).

Muito embora a reflexão proposta por Bobbio tenha meio século de existência, ela não deixa de ter relevância nos dias atuais sobre um tema de suma importância para o Poder Judiciário brasileiro, qual seja, a negação de fornecimento de medicamentos essenciais pelo sistema público de saúde ou o seu fornecimento parcial, insuficiente ou tardio.

De acordo com a Constituição da República de 1988, a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), além de constar no rol dos direitos sociais mínimos no título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Ainda segundo a carta constitucional, o direito à saúde deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros males e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Em busca deste direito, o Sistema Único de Saúde vem sendo cada vez mais acionado, inclusive judicialmente, em face da negativa ao fornecimento dos mais diversos tipos de medicamento por via administrativa.

As cifras envolvidas nos processos judiciais estão maiores a cada ano. Em levantamento realizado por Machado e outros (2011), verificou-se que em 2005, o Governo Federal gastou diretamente R\$ 2,5 milhões com aquisição de medicamentos solicitados pela via judicial e foi citado como réu em 387 processos. Em 2007, o gasto passou para R\$ 15 milhões destinados ao atendimento de aproximadamente três mil ações. Em 2008, as despesas somaram R\$ 52 milhões. Por sua vez, o Estado de Minas Gerais gastou nesses anos, respectivamente, R\$ 8,5 milhões, R\$ 22,8 milhões e R\$ 42,5 milhões com o cumprimento de decisões judiciais na área da saúde.

O fenômeno da judicialização na saúde indica que existem falhas no sistema público de saúde. Muitas vezes os chamados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde” e alguns aspectos da tramitação dos pedidos nas secretarias estaduais e municipais de saúde dificultam o acesso ao medicamento para a população de estratos sociais mais baixos. Caso os critérios estabelecidos não sejam rigorosamente atendidos, o acesso ao medicamento não é alcançado. Por outro lado, o processo visando à liberação do medicamento pode ser demorado. Acresça-se o fato de que muitas vezes o fármaco necessário não está presente nas listas do SUS. Assim, é possível que o cidadão prefira obtê-lo pela via judicial. Em alguns casos, torna-se imprescindível a utilização da via judicial para que seja possível atingir tal finalidade.

No presente estudo, buscaremos demonstrar como o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais no espaço jurisdicional, tem garantido eficácia à norma constitucional que garante a saúde e acesso aos medicamentos essenciais a tal garantia. Para tanto, serão selecionadas e analisadas jurisprudências importantes e precursoras da corte mineira. Serão identificadas, também, as teses jurídicas que tendem a ser acolhidas no referido tribunal, além de normas que são aplicadas de modo a garantir instrumentalidade e efetividade ao provimento jurisdicional.

2. Concepções de acesso à justiça e o fornecimento dos medicamentos por via judicial

O acesso à justiça pode ser considerado como um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de Cappelletti e Garth (1988, p. 12), “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos”.

Sobre o tema, Boaventura Santos Souza, afirma o seguinte:

o acesso ao direito e à justiça é a pedra de toque do regime democrático. Não há democracia sem o respeito pela garantia dos direitos do cidadão. Estes, por sua vez, não existem se o sistema jurídico e o sistema judicial não forem de livre e igual acesso a todos os cidadãos, independentemente da sua classe social, sexo, raça, etnia e religião. (SOUZA, 1996, p. 483)

Com efeito, são duas as concepções básicas da expressão acesso à justiça. Na concepção restrita, entende-se por acesso à justiça o acesso ao formal ao órgão do Poder Judiciário, oportunidade na qual todas as pessoas podem reivindicar seus direitos, resolver seus litígios e obter a prestação jurisdicional oficial do Estado. Por outro lado, em concepção diversa e ampliada, acesso à justiça não é apenas acesso formal ao órgão de Poder Judiciário, pois a finalidade do sistema jurídico “deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, 1988, p.8). A partir daí, teríamos que o acesso à justiça também significaria o acesso a uma ordem jurídica justa.

Para que a ideia que se apresenta se torne clara, é importante a lembrança do ensinamento de Kazuo Watanabe, que apresenta a ordem jurídica justa nos seguintes termos:

A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sem viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento. (WATANABE, 1988, p. 128)

No tocante ao tema central de abordagem – fornecimento de medicamentos aos cidadãos – o acesso à justiça que tem sido garantido, na grande maioria das vezes, tem ocorrido por meio do acionamento do Poder Judiciário. A análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais revela expressiva receptividade das demandas com o tema em comento, como será demonstrado ao longo do presente artigo.

Pode-se dizer que em aspecto mais restrito (acesso ao Poder Judiciário), o cidadão no Estado de Minas Gerais tem buscado e acessado a Justiça por este caminho. Não há que se falar em falta de representação em juízo dos cidadãos mais carentes, uma vez que as Defensorias Públicas tem cumprido o seu papel constitucional e nas localidades em que não há defensores em número suficiente os juízes nomeiam advogados para atuarem como defensores dativos e arbitram honorários a serem custeados pelo Estado em cada processo.

Todavia, considerando o significado de acesso a justiça em uma perspectiva mais ampliada, como defendida por Kazuo Watanabe, algumas indagações surgem de forma inexorável: pode a demanda sistêmica por medicamentos, ainda que grande parte das pessoas consiga a prestação jurisdicional desejada, fazer parte de uma ordem jurídica considerada justa? Ou melhor, o descumprimento reiterado dos órgãos públicos em fornecer administrativamente os fármacos poderia refletir um sistema jurídico considerado socialmente justo?

Conclui-se, por ora, que o acesso à justiça na delicada questão do fornecimento dos medicamentos essenciais tem ocorrido no sentido restrito da expressão. E, assim se diz porque tem ocorrido ineficiência do Estado em suprir as necessidades de saúde, principalmente no que se refere aos tratamentos que não estão previstos nas listas oficiais do Sistema Único de Saúde.

3. Judicialização e concretização dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e da saúde

Após o advento da Constituição de 1988, assistiu-se a um verdadeiro movimento pela efetividade dos direitos, uma vez que as normas constitucionais ganharam nova expressão de efetividade, deixando de serem apenas nortes à atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, e passaram a desfrutar de aplicabilidade direta e imediata por juízes e tribunais.

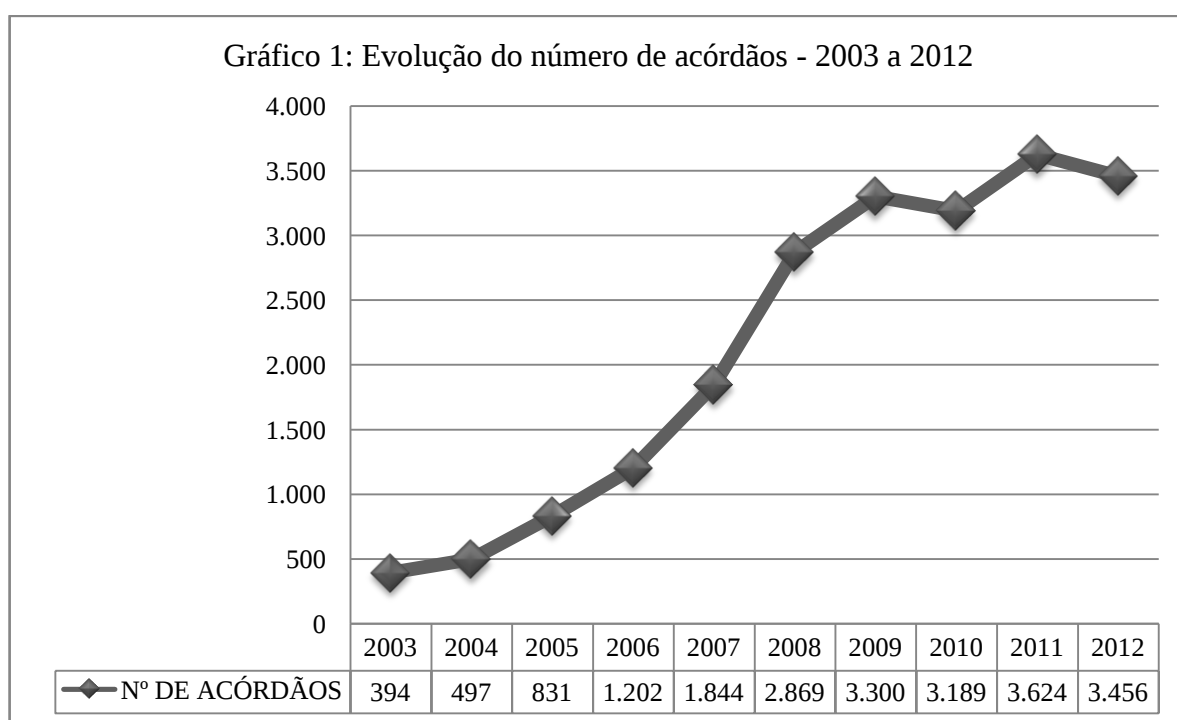
Sobre o referido movimento, asseverou Luís Roberto Barroso o seguinte:

o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direitos e obrigações. Do ponto de vista *científico* ou *dogmático*, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhe um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais. (BARROSO, 2005, p. 76)

Reflexo desse movimento foi o papel de destaque que o Poder Judiciário brasileiro assumiu, ao longo dos últimos anos, na garantia do fornecimento dos medicamentos essenciais a uma vida digna aos cidadãos. Entretanto, o grande volume das decisões que

ditaram tais determinações à Administração Pública constituiu o que se chamou de “o fenômeno da judicialização da saúde”.

Para se ter uma ideia da dimensão do referido fenômeno no Judiciário Estadual de Minas Gerais, em consulta ao portal do Tribunal de Justiça (www.tjmg.jus.br), na seção “Pesquisa por Jurisprudência”, com o critério de busca pelo termo “medicamento” constante apenas nas ementas dos julgados, e também com a marcação de busca por termos relacionados (sinônimos e equivalentes), obteve-se, em 17/03/2013, os números contidos no Gráfico 1. Veja-se:

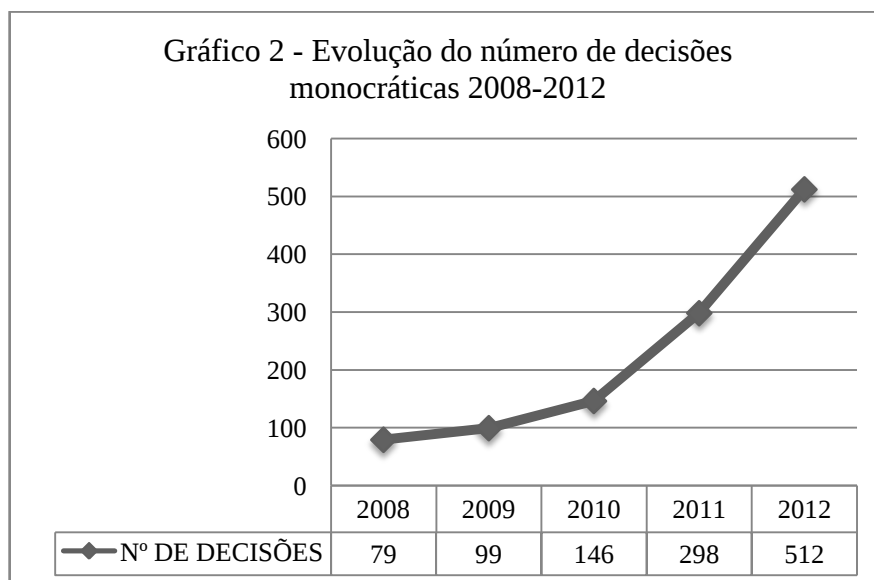


Fonte: Dados da pesquisa

Pelo que se percebe da análise dos dados, houve expressivo aumento da demanda judiciária relacionada ao fornecimento de medicamento nos últimos dez anos. O número de acórdãos proferidos em segunda instância pelas turmas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a matéria saltou de trezentos e noventa e quatro no ano de 2003 para três mil, quatrocentos e cinquenta e seis no ano de 2012, ou seja, a demanda aumentou quase nove vezes durante o período.

Com relação às decisões monocráticas dos desembargadores do tribunal mineiro, em sua grande maioria referentes a julgamentos de agravos de instrumento de decisões

interlocutórias dos juízes de primeira instância, obtiveram-se, no mesmo banco de dados e em relação aos últimos cinco anos, os resultados contidos no Gráfico 2. Veja-se:



Fonte: Dados da pesquisa

Com relação às decisões monocráticas, também observou-se expressivo aumento, de seis vezes e meia a diferença entre o primeiro ano analisado (2008) e o último (2012). Neste caso, optou-se por restringir a análise para apenas os últimos cinco anos por causa do número insignificante de julgados obtidos pela pesquisa em anos anteriores a 2008. Pelos dados colhidos, suspeitou-se que a totalidade dos julgados não estivesse disponível no portal do tribunal no momento da consulta. Importante ressaltar também que para a consulta na seção “decisões monocráticas”, a marcação para procura por termos sinônimos a medicamento não estava disponível.

Se por um lado o fenômeno da judicialização da saúde demonstra a aptidão do Poder Judiciário em garantir a efetividade da distribuição dos fármacos, por outro lado a excessiva judicialização da saúde faz vir à tona vários pontos negativos do sistema público de distribuição de medicamentos. São exemplos dessa deficiência: a incapacidade do sistema em prover administrativamente a promessa constitucional de prestação universalizada do serviço de saúde e a onerosidade não programada aos cofres públicos.

Na trilha deste raciocínio, Barroso (2009, p. 2), em manifestação encaminhada em audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, adverte o seguinte:

existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; é sinal que ela não pôde ser atendida pelo modo natural de atendimento das demandas, que é, por via de soluções legislativas, soluções administrativas e soluções negociadas. A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.

Todos esses questionamentos não deixam de perpassar a consciência do magistrado, conforme este trecho de julgamento realizado na primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a temática:

Deixo claro que o Judiciário é sensível às questões ligadas ao direito à saúde, e ao magistrado é mais fácil deferir - o que atende a sua consciência de cidadão e de pessoa humana. Mas **o Magistrado deve acima de tudo julgar com a lei - e não pode se arvorar em administrador, sob pena de escolher o indivíduo que merece o tratamento em detrimento de toda a coletividade** - e o atendimento coletivo é que deve ser sempre mais aperfeiçoado e ampliado, o que a ingerência do Judiciário, sem observar as políticas públicas, pode prejudicar. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – 1ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0439.11.012968-1/001. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Publicação: 16/03/2012. Grifos nossos)

Nota-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio de seus magistrados, não tem se negado a cumprir seu papel judicante, porém, análise da recente jurisprudência, demonstra que tem se furtado a julgar pautado por emoções, procurando se moderar por alguns requisitos, a partir de enunciados proferidos através do “Fórum Estadual Permanente da Saúde do Estado de Minas Gerais”, bem como recomendações emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme jurisprudência que se segue:

DIREITO À SAÚDE - MEDICAMENTO - RITUXIMABE (MABTHERA) - APROVAÇÃO PELA ANVISA, MAS NÃO PARA A DOENÇA DO PACIENTE - DOENÇA DE DEVIC - NEUROMIELITE ÓTICA - DISPONIBILIZAÇÃO PELA REDE PÚBLICA DE OUTROS MEDICAMENTOS PARA A DOENÇA - INEXISTÊNCIA DE PROVA CLARA E ESPECÍFICA DE INEFICÁCIA DOS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS - INDEFERIMENTO. A **Recomendação nº 31 do CNJ** e decisão do STF são contrárias ao deferimento do medicamento não aprovado pela ANVISA.[...] Consoante **Enunciado de nº 01 do Fórum Permanente de Saúde do Estado de Minas Gerais**, o dispositivo contido no art. 196 da Constituição da República submete o direito à saúde à observância das políticas públicas, de modo a prevalecer o direito coletivo sobre o direito individual que o possa prejudicar, o que não recomenda o

deferimento de medicamento de alto custo quando a rede pública disponibiliza outros medicamentos para a mesma doença. Conforme ainda o **Enunciado de nº 05**, sempre que possível, dar-se-á preferência aos medicamentos disponibilizados pelo ente público, ressalvada comprovação técnica, inclusive pericial, da utilização e ineficácia dos mesmos no tratamento de doença específica e também a comprovada eficácia de outro fármaco indicado (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – 1ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0479.10.004918-4/002. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Publicação: 16/03/2012. Grifos nossos).

Importante salientar que o citado Fórum Estadual Permanente da Saúde do Estado de Minas Gerais, que é formado por dos magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, dentre outros órgãos, com os enunciados que tem proferido, que muito embora não sejam vinculantes, tem constituído orientação para a condução do julgamento dos magistrados mineiros. Saliente-se que referido fórum se tornou uma arena de discussões especializadas em torno do tema judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais.

4. O mínimo existencial e reserva do possível

Uma das questões centrais, quando se discute o acesso ao medicamento, reside na delicada equação entre o direito do paciente e a capacidade do ente público em custear o tratamento. Por óbvio, a realização dos direitos fundamentais possui custos e é necessário reconhecer o dever de o Estado buscar recursos através da tributação, a fim de universalizar a garantia das necessidades mais básicas dos seres humanos, também chamado de mínimo existencial.¹

Sobre o conceito, assevera Rodolfo de Camargo Mancuso o seguinte:

A tese do mínimo existencial é, em boa medida, um corolário do binômio *eficiência –economicidade* no setor público (CF/1988, ART. 37, *caput*), sinalizando que à Administração Pública não é dado, mesmo nos campos em que se lhe reconhece certas franquias, atuar em liberdade absoluta, mas antes lhe cabe escolher o *modus operandi* que atenda, excelentemente, o conteúdo e finalidade de interesse público incidente no caso concreto. Não é pois, *qualquer* porto que deve ser buscado pela nau do administrador, mas o *melhor* dentre os portos possíveis. (MANCUSO, 2012, p. 203).

¹Nos dizeres da Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 564031/SP, “O mínimo existencial afirma o conjunto de direitos fundamentais sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada. E não se há de admitir ser esse princípio mito jurídico ou ilusão da civilização, mas dado constitucional de cumprimento incontornável, que encarece o valor de humanidade que todo ser humano ostenta desde o nascimento e que se impõe ao respeito de todos”. (BRASIL, 2007).

Por outro lado, os limites desse mínimo a ser universalizado a toda sociedade terminam na chamada “reserva do possível”², que se apresenta como o limite fático da efetiva disponibilidade de recursos materiais e humanos para serem alocados a área da saúde em detrimento dos demais direitos sociais, como a educação, a moradia e a assistência social.³

A jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais caminha no sentido de reconhecer o direito ao medicamento ante a observância dos pressupostos do mínimo existencial e da reserva do possível. Veja-se a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MEDICAMENTO.FORNECIMENTO. RESERVA DO POSSÍVEL. **O Poder Público deve fornecer os medicamentos incluídos na cláusula da reserva do possível se provêem o mínimoexistencial que satisfaça a dignidade da pessoa humana e promova a realização dos objetivos da República Federativa do Brasil de justiça social e redução das desigualdades sociais.** Sentença confirmada no reexame necessário, prejudicado o recurso de apelação. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 3ª Câmara Cível. Processo nº 1.0024.11.044150-8/001. Relatora Des. (a) Albergaria Costa. Publicação: 06/07/2012. Grifos nossos).

No acórdão do referido julgamento, a desembargadora relatora também lembra que é preciso observar se existe outra medida de menor impacto ao orçamento público que alcance o mesmo resultado, sob pena de ser ferido o princípio da isonomia, a saber:

Por isso venho firmando o entendimento de que, na defesa do direito social à saúde, não se pode olvidar das políticas públicas, da escassez de recursos e, inclusive, do princípio da isonomia, pois determinar uma medida que não seja realmente exigível ou necessária ao mínimo existencial, havendo meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado, fere o princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem dos recursos públicos para satisfação de seus direitos.

É de se pontuar que outra medida que vem sendo determinada nos julgamentos é a exigência de retenção periódica da receita médica. Tal medida se justifica considerando o

² Mancuso (2012, p. 200), ensina que “a cláusula da *reserva do possível*, de raiz tedesca (*Der Vorbehalt des Möglichen*) opera sob delicada equação que tem, num polo, o princípio da *força obrigatória da Constituição* (§2º. Do art.5º : As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata), e, de outro, o fato de que os *direitos têm custo* para serem implementados, sendo, outrossim, finitos os recursos financeiros disponibilizados para o seu atendimento pelo gestor público, cabendo relembrar a milenar assertiva *ad impossibilia nemo tenetur*”.

³É importante lembrar que na ADPF 45/DF e RE 436.996/SP, o Supremo Tribunal Federal utilizou o mínimo existencial como critério para garantir a efetividade de direitos sociais, assentando que, embora não caiba, *prima facie*, ao Judiciário a formulação e implementação de políticas públicas, é possível interferir nelas se a Administração Pública comprometer a eficácia e a integridade dos direitos individuais e coletivos constitucionalmente consagrados.

necessário controle do fornecimento dos medicamentos para a proteção dos cofres públicos e, por conseguinte, de toda a sociedade. Veja-se acórdão sobre o tema:

ACÇÃO ORDINÁRIA - SAÚDE - ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - DIREITO GARANTIDO DE FORMA SOLIDÁRIA - LEGITIMIDADE PASSIVA - MEDICAMENTO - PROVA PERICIAL CONCLUSIVA - DEVER DO PODER PÚBLICO - DIREITO RESGUARDADO. RETENÇÃO DA RECEITA MÉDICA. MEDIDA DE CONTROLE. O direito à saúde deve ser garantido de forma solidária e irrestrita por todos os entes da federação, conforme previsto nos arts. 196 e 198 da CF, ainda que a droga não conste em Portaria do Ministério da Saúde, situação que afasta a ilegitimidade passiva dos recorrentes, constituindo violação da ordem constitucional vigente, a negativa de fornecimento remédio indispensável para a sobrevivência de paciente necessitada. **A retenção de receita médica atualizada pelo Poder Público, quando do fornecimento do fármaco, prestigia o cumprimento racional da obrigação judicialmente imposta, e impede a dispensa indiscriminada de medicamentos em favor da coletividade.**(MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. 6ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0024.06.218083-1/002. Relator: Des.(a) Edilson Fernandes. Publicação: 17/06/2011. Grifos nossos).

Consta do voto vencedor a afirmação de que “a retenção da receita médica atualizada pelo Poder Público, quando da entrega do fármaco, prestigia o cumprimento racional da obrigação judicialmente imposta, e impede a dispensa indiscriminada de medicamentos em favor da coletividade”. Evidentemente que cada caso demonstrará a periodicidade mais adequada para o controle da entrega do medicamento, mas pode-se dizer que o prazo referencial mais adotado pelos julgadores mineiros é o trimestral.

5. A responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios e desnecessidade de previsão orçamentária

Das disposições constitucionais, tem-se que a responsabilidade de cuidar da saúde e assistência pública é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É o que dispõe o art. 23 da Constituição da República.⁴ Da referida norma, constata-se que a carta constitucional caminha no sentido da responsabilidade solidária dos entes federados, justamente como forma de facilitar o acesso aos serviços públicos, ampliando os meios do administrado exigir que o Poder Público torne efetivo o direito social à saúde. Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado, é certo que a responsabilidade pela prestação dos serviços

⁴Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito-Federal e dos Municípios: (...) II- cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

é de todos os entes Federados, que devem atuar conjuntamente em regime de colaboração e cooperação.

Nesse norte, é o seguinte julgado da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVO RETIDO. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MULTA CONTRA O PODER PÚBLICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DIREITO FUNDAMENTAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS PELO ESTADO DE MINAS GERAIS. IMPOSSIBILIDADE. PARTE DEFENDIDA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. **1. A saúde consiste em um bem essencial à vida e à dignidade da pessoa humana, enquadrando-se como um dos direitos fundamentais do cidadão. Tratando-se de direito fundamental, o fornecimento de medicamentos é de responsabilidade solidária e conjunta de todos os entes estatais. (...) (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0145.10.063246-5/001. Relator: Des. Washington Ferreira. Data de Publicação: 17/02/2012. Grifos nossos)**

Uma vez sendo solidária a responsabilidade do fornecimento do medicamento entre os entes federados, o cidadão pode acionar qualquer desses entes, conjunta, ou isoladamente, a fim de obter o seu direito. Esta é a inteligência do art. 196 de nossa lei maior, que, como lembra o desembargador relator do acórdão em referência, “não é regra programática, ou seja, dispensa a edição de leis de caráter infraconstitucional para sua exequibilidade; é pragmática, de eficácia imediata, posto seu caráter autoaplicável, por isso geradora de deveres para o Estado e direito para o cidadão”.

Também se entendeu, no julgado em estudo, que a responsabilidade solidária de Município, Estado e União para o fornecimento dos remédios prevalece mesmo com a divisão de atribuições pela legislação infraconstitucional. Vejam-se as reflexões do relator:

Ora, diferentemente das alegações do Estado de Minas Gerais, entendo que a distribuição de competência no Sistema Único de Saúde - Lei n. 8.080/90 - não afasta a responsabilidade solidária dos entes públicos, pois a organização interna da gestão da Saúde Pública não foi estabelecida como restrição ao exercício da pretensão de exigibilidade das prestações, ao contrário, estabeleceu-se a solidariedade também para permitir o exercício do direito de o particular exigir a prestação dos serviços de saúde de quaisquer dos entes Federados, de modo que entraves burocráticos não dificultem a concretização do direito.

Outro argumento bastante recorrente, principalmente advindo dos municípios, é a necessidade de previsão orçamentária para que o ente pudesse custear o valor do remédio

prescrito. Ao examinar a questão, a Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, posicionou-se da seguinte maneira:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL - PEDIDO INDEFERIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA PELO PRESIDENTE DO TRIBUNAL - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - MUNICÍPIO DE UBERLÂNDIA - RESPONSABILIDADE - PREVISÃO CONSTITUCIONAL - IMPROVIMENTO. A responsabilidade solidária entre a União, os Estados-Membros e os Municípios pelo fornecimento gratuito de tratamento a doentes necessitados decorre de texto constitucional (artigo 23, inciso II, e artigo 196). **Necessidade de previsão orçamentária afastada frente ao dever constitucional de garantir a saúde dos cidadãos.** A determinação judicial de fornecimento de medicamento não infringe o princípio constitucional da independência dos Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar lesão a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal). (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Corte Superior. Processo nº: 1.0702.07.365371-0/002(1). Relator: Des. Alvimar de Ávila. Publicação: 26/09/2007. Grifos nossos).

A Corte Superior, na ocasião do julgamento, decidiu pela não procedência da alegação da defesa acerca da ausência de previsão orçamentária ou de afronta ao princípio da reserva do possível, uma vez que é a própria “Carta Constitucional que lhe impõe o dever de proceder à reserva de verbas públicas para atendimento à demanda referente à saúde da população, bem maior dentre aqueles que lhe incumbe zelar, descabendo sustentar ausência de destinação de recurso para desobrigar-se”.

5. Fornecimento de medicamento fora das listas do SUS, apenas mediante comprovação de sua imprescindibilidade

Têm se mostrado cada vez mais frequentes as decisões de procedência aos pleitos por fármacos, inclusive por aqueles que não estão entre os listados pelo SUS como de fornecimento obrigatório. Todavia, se inquestionável o aumento das demandas judiciais nessa seara, é inconteste que cada uma das decisões favoráveis a serem concedidas gera um avolumado gasto orçamentário, muito porque, regra geral, são medicamentos de alto custo os requeridos.

Ciente dessa realidade, o Judiciário mineiro tem caminhado no sentido de indeferir demandas que solicitam medicamentos que não fazem parte das relações padronizadas pelos programas de assistência farmacêutica do SUS, fundamentalmente quando não haja a

comprovação da imprescindibilidade do fármaco específico e ineficácia dos disponibilizados. Corroborando a assertiva, se encontra a decisão do seguinte agravo de instrumento:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA IMPRESCINDIBILIDADE. RELATÓRIO MÉDICO INSATISFATÓRIO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA DO MUNICÍPIO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS PELO SUS. RECURSO PROVIDO. [...] 3 - **Para o fornecimento de fármaco que não conste dentre os disponibilizados pelo SUS, é imprescindível que se comprove a sua necessidade, a sua superioridade e indispensabilidade em detrimento dos disponibilizados pelo Poder Público.** 4 - Não se pode admitir que o ente público tenha que arcar com despesas elevadas, para medicamentos outros cuja imprescindibilidade não esteja atestada de forma categórica, se estão disponível, gratuitamente, outras opções de tratamento que vêm demonstrando eficácia e melhoras na condição do paciente. 5 - **Relatório médico que não ateste a indispensabilidade do medicamento não é prova suficiente ao deferimento da tutela antecipada.** 6 - Recurso provido. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0073.11.004286-5/001. Relator: Des. Washington Ferreira. Data de Publicação: 27/04/2012. Grifos nossos)

A grande questão em torno dessa problemática é que as decisões judiciais estão apenas estão atendendo pedidos individuais frente a um problema que é, na realidade, sistêmico. Na realidade, os problemas dos particulares que não foram atendidos pelo Sistema Único de Saúde estão sendo remediados pela atuação do Poder Judiciário que acaba por assumir papel que cabe ao Executivo, proferindo sentenças que afetam diretamente o orçamento público.

Todavia, é imprescindível mencionar que o comprometimento do orçamento público acaba por atingir o princípio finalístico do interesse público, já que a aquisição de um fármaco específico, para um único indivíduo, pode gerar embaraços à aquisição de vários outros medicamentos a serem disponibilizados a um contingente muito maior de cidadãos.

Pela análise de jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem-se afigurado essencial, para concessão de medicamentos não disponibilizados pelos programas de assistência do SUS, ao menos a comprovação da ineficácia das alternativas terapêuticas – ou inexistência dessas mesmas alternativas – disponibilizadas pelo SUS, bem como, disse o desembargador relator, a “superioridade e indispensabilidade” do fármaco pleiteado, enfim a demonstração da imprescindibilidade mesma do medicamento.

6. Considerações Finais

A necessidade de intervenção judicial para que o medicamento essencial seja disponibilizado pelo sistema público de saúde aparece, pelos números apresentados, em importância na realidade social do Estado de Minas Gerais. O Poder Judiciário tem dando efetiva concreção ao direito social à saúde conclamado na Constituição da República. A jurisprudência tem se firmado cada vez mais nesse sentido, cobrindo individualmente as lacunas deixadas pelo Poder Executivo, frente à sua agigantada demanda de prover a saúde de todos os cidadãos, o que tem colaborado para o fenômeno denominado de “judicialização da saúde”.

Tal fenômeno, muito embora sinalize a efetivação de um direito tão fundamental, que é a saúde, também possui suas facetas negativas, pois ratifica a deficiência do sistema público de saúde em prover a sua missão primeira. O reconhecimento de procedência dos pleitos individuais por medicamentos também gera uma onerosidade muitas vezes excessiva e imprevista aos cofres públicos, em detrimento de toda uma coletividade.

No quadro apresentado, a concepção restrita de acesso à justiça, sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, se mostra efetiva na realidade mineira. Contudo, não se pode dizer o mesmo quanto ao sentido amplo do termo (acesso a uma ordem jurídica justa), uma vez que ou há concessão tardia, ou morosidade no procedimento administrativo que inviabiliza a entrega a tempo e a modo ou ocorre a negativa de acesso aos medicamentos. Em qualquer dessas situações há negativa de acesso a um dos direitos humanos mais elementares que possibilita a vida com dignidade.

A análise da jurisprudência recente do egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, relativa às ações que visam o acesso aos medicamentos, leva à conclusão de que os magistrados não têm se furtado ao seu papel de análise atenta dessas demandas, e é enorme o número de ações julgadas procedentes que estão sendo deferidas. Para tanto, têm-se, ao longo do tempo, estabelecido requisitos que devem ser ultrapassados, equacionando a delicada relação entre prover o “mínimo existencial”, tendo sempre como limite a “reserva do possível”, para não sobrecarregar o debilitado sistema de saúde pública.

Os critérios que se mostram mais frequentes nas decisões do citado tribunal dizem respeito à necessidade da observância das políticas públicas e muitos desses critérios são enunciados e recomendações emanadas pelo Fórum Estadual Permanente da Saúde do Estado de Minas Gerais e pelo Conselho Nacional de Justiça.

São exemplificativos a preferência aos medicamentos já fornecidos pelo SUS, salvo se comprovada sua ineficácia e imprescindibilidade, e a retenção das receitas médicas, em prazo estipulado pelo magistrado, a fim de aferir com regularidade a necessidade de continuidade de uso da medicação.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nessas ações de medicamento, por outro lado, não tem criado obstáculos ao acionamento solidário, ou individual, de qualquer dos entes federados, em respeito ao artigo 23 da Constituição da República.

Dentro do contexto apresentados, sopesar princípios, traçar requisitos, passa a ser uma constante na atividade judicante dos magistrados, que vão caso a caso provendo um direito humano salutar à vida com dignidade, bem como procuram não impactar o atendimento dos interesses de toda a sociedade.

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *A Doutrina Brasileira da Efetividade*. In: Temas de Direito Constitucional – V.III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Audiência Pública - Saúde 2009*. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 16/03/2012.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho/Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 564031/SP – São Paulo. Relatora: Ministra Carmen Lucia. Julgado em: 30 abr. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. *Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil*. Rev. Saúde Pública. São Paulo v. 45, nº 3. Jun/2011. Disponível em <http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/judicializacao-da-saude/wp-content/uploads/2011/11/Judicializacao_MinasGerais.pdf>. Acesso em 16/03/2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: Condicionantes Legítimas e Ilegítimas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça – 1ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0439.11.012968-1/001. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Publicação: 16/03/2012.

_____. Tribunal de Justiça – 1ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0479.10.004918-4/002. Relatora: Des. Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Publicação: 16/03/2012.

_____. Tribunal de Justiça – 3ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0024.11.044150-8/001. Relatora Des. (a) Albergaria Costa. Data de Publicação: 06/07/2012.

_____. Tribunal de Justiça – 6ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0024.06.218083-1/002. Relator: Des.(a) Edilson Fernandes. Data de Publicação: 17/06/2011.

_____. Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0145.10.063246-5/001. Relator: Des. Washington Ferreira. Data de Publicação: 17/02/2012.

_____. Tribunal de Justiça – 7ª Câmara Cível. Processo nº: 1.0073.11.004286-5/001. Relator: Des. Washington Ferreira. Data de Publicação: 27/04/2012.

_____. Tribunal de Justiça – Corte Superior. Processo nº: 1.0702.07.365371-0/002(1). Relator: Des. Alvimar de Ávila. Data de Publicação: 26/09/2007.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas: o caso português*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.