

DIREITO À SAÚDE SOB A ÓTICA DA DEFENSORIA PÚBLICA

Paula Pinto de Souza

Defensora Pública

Dirigente do Núcleo de Tutela da Saúde da
Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Resumo: O presente trabalho analisa o processo de judicialização da Saúde e a burocratização na esfera administrativa para que o cidadão tenha acesso ao tratamento de que necessita. Faz-se uma análise do direito à Saúde sob a visão da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, com dados extraídos na Capital, abordando-se temas diretamente relacionados à problemática da Saúde, como a questão orçamentária, a necessidade de laudos pormenorizados, solidariedade dos Entes Federados, tutela antecipada e seus requisitos, dando-se ênfase para os pleitos de medicamentos por se constatar que a maioria das ações judiciais são de pedidos de fármacos. Há o relato de casos concretos que passaram pela Defensoria Pública da Capital e por fim apresentam-se sugestões para solucionar-se a dificuldade do acesso do cidadão/paciente à Saúde, com dignidade.

Palavras-chave: Saúde. Políticas Públicas. Medicamentos. Sistema Único de Saúde. Dignidade Pessoa Humana. Judicialização. Burocracia. Poder Público.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. Considerações Iniciais e a Questão Orçamentária. 2.2 . Ações de Medicamentos e Judicialização: Direito à Saúde e a Constituição Federal. 2.2.1. Burocracia para Atendimento pelo Sistema Único de Saúde e Procedimento Administrativo. 2.2.2 Judicialização: Necessidade de Laudos Promenorizados para Prova da Verossimilhança. 2.2.3 Requisitos para Tutela Antecipada. 2.3 Solidariedade. 2.4. Saúde como Prevenção à Violência. 2.5 Adendos. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Procura-se com este artigo abordar o direito à Saúde em todos os seus aspectos, sem com isso, ter-se a pretensão de esgotar o tema, que é infinito.

A proposta tem como objetivo tratar do tema proposto sob a ótica do Defensor Público que ajuíza demandas de todas as espécies concernentes a este Direito Fundamental e amplo que é a Saúde do cidadão, tendo-se como subsídio a realidade da Capital gaúcha, priorizando-se os pedidos de medicamentos uma vez que depreende-se ser a grande maioria de ações ajuizadas na área da Saúde. Há vários trabalhos referentes a mesma matéria que se encontram disponíveis na área restrita do site da Defensoria Pública, inclusive, peças processuais atualizadas, a fim de subsidiar os Defensores Públicos na tarefa de obter ao cidadão/paciente o tratamento à Saúde de que necessita.

A escolha do tema é crucial diante das dificuldades encontradas pelos hipossuficientes econômicos em obter o direito à Saúde de forma digna, já que dependendo do Sistema Único de Saúde esbarram não só na burocracia, mas também na falta de vontade política do Poder Público para efetivamente elaborar Políticas Públicas condizentes com as necessidades mais básicas do cidadão, já enfermo, que busca o seu direito à Saúde, não tendo outra escolha a não ser a judicialização de seu direito, contando para isso com o acesso à Justiça através da Defensoria Pública que de forma recorrente e incansável busca resguardar e assegurar este direito.

Inicialmente, far-se-á considerações sobre Saúde e demais temas periféricos que norteiam este Direito fundamental, enfrentando-se, inclusive, a questão orçamentária. Após apresentam-se apontamentos sobre a judicialização da Saúde, tratando de questões específicas como prova da verossimilhança, solidariedade dos Entes Públicos e requisitos para concessão da tutela antecipada, bem como a burocracia para atendimento pelo Sistema Único de Saúde, tudo isso relatando-se alguns exemplos de assistidos da Defensoria Pública. Por fim conclui-se o presente com sugestões da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul para que haja a efetivação do direito fundamental à Saúde, preservando-se a dignidade do cidadão/paciente.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Com o intuito de se estabelecer diretrizes entre as três esferas de governo, primando pela descentralização dos serviços de Saúde, principalmente os básicos, de dispensação primária, -o que facilita e com isso privilegia o acesso à Saúde do cidadão diante das peculiaridades de cada localidade-, convencionou-se o **Pacto Pela Saúde – Pacto Pela Vida**.

O Estado do Rio Grande do Sul já aderiu ao Termo de Compromisso de Gestão (TCG), constante no Pacto Pela Saúde. Espera-se que os Municípios sejam signatários deste Pacto, bem como, do respectivo Termo de Compromisso de Gestão, não somente aderindo, mas também colocando em prática todas as premissas que o Pacto pela Saúde e pela Vida dispõem, o que com certeza, se efetivado, irá reduzir a problemática das ações judiciais e facilitar a resolução dos pleitos em Saúde de forma administrativa.

É claro que para sua efetivação requer-se, com urgência, a regulamentação da Emenda Constitucional 29, um maior repasse de recursos por parte da União, para distribuir solidariamente o orçamento para Saúde entre as esferas do Poder Público. De qualquer forma, pela extensão do tema, neste artigo não se pretende discorrer sobre as peculiaridades do **Pacto Pela Saúde – Pacto Pela Vida**, apenas apresenta-se a sua existência para conhecimento.

Mas tratando-se de orçamento constata-se que a alegação do **Princípio da Reserva do Possível**, utilizando-se as palavras do Professor e Magistrado gaúcho Ingo Sarlet em sua fala na audiência pública sobre Saúde junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) é “uma alegação vazia”. Isso se justifica, pois, ressalvado o que argumentam os governantes, há várias fontes para subsidiar o orçamento para a Saúde. Além do orçamento previsto na Emenda 29 (ainda pendente de regulamentação) - o qual prevê que no mínimo, os Estados Membros devem destinar 12% para Saúde e os Municípios 15% para Saúde -, há também a previsão Constitucional do financiamento da Seguridade Social afora outros aportes que poderiam surgir de repasses de verbas de propaganda governamental e do Programa Pré-Sal. A realidade é

que nosso Estado continua destinando efetivamente poucas verbas à Saúde, sendo um dos piores do país.

Além disso apresenta-se um dado interessante trazido por um Defensor Público da União quando de seu relato na audiência pública sobre Saúde perante o Supremo Tribunal Federal (STF) esclarecendo que: O jornal "O Valor Econômico" de São Paulo, em 09/04/2009 informou que o Governo Federal gastou **quarenta e oito milhões** em 2008 com **atendimento/cumprimento de decisões judiciais na área da Saúde**. No mesmo mês o jornal "O Globo" publicou que o gasto com **propaganda governamental** no mesmo período (2008) foi de **quatrocentos milhões**.

Constata-se um disparate muito grande de valores e, principalmente de prioridades: gastar infinitamente mais com propaganda do que com Saúde. Traduz-se em verdadeiro Absurdo!!!. Seria prudente e ético que fossem repassadas verbas de propaganda governamental à Saúde que, indiscutivelmente é mais importante.

Ainda, conforme informativo do Tribunal de Contas do Distrito Federal, datado de 15/09/2009, intitulado: "*Verba da Saúde paga almoço de preso e fardas*" o nosso Estado, em toda a Federação, ficou em último lugar na destinação de verbas para Saúde, que deveria ser de no mínimo 12%. Levando-se em consideração os desvios referidos, o Rio Grande do Sul **investiu apenas 3,75%** em tal **Direito Fundamental**. O próprio Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, Osmar Terra, em reportagem veiculada no Jornal Zero Hora, em 14/09/2009, declarou que: "*Na Saúde o Estado desistiu da meta prevista no Plano Plurianual de destinar 8,5% da receita. O percentual deve ficar pouco acima do de 2009, que teve aplicação efetiva de 6,5%...*".

Por outro lado segundo dados fornecidos pelo CONASS (Conselho Nacional de Secretários da Saúde) em dezembro de 2009 ao jornal "O Estado de São Paulo", o Governo Federal irá reduzir o orçamento em 2010 para compra de medicamentos em 4% e para remédios especiais a redução no orçamento será de aproximadamente 3,4% o que irá prejudicar ainda mais o fornecimento já precário de fármacos aos cidadãos necessitados.

Na verdade devem-se estabelecer prioridades e a Saúde não está sendo uma delas, diante do demonstrativo pretérito e do que se ante-

vê para o futuro. Nesse diapasão o Governo Federal está estudando a criação da Contribuição Social da Saúde (CSS) para substituir a CPMF onerando-se, com isso, ainda mais o cidadão com tributos, sob o argumento de que percentual desta Contribuição será destinado à Saúde?!

Por esses motivos é que a proposta de Lei de Responsabilidade Sanitária que será encaminhada para a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal deveria logo ser aprovada e sancionada a fim de se responsabilizar os maus gestores que não cumprem com o mínimo de orçamento a ser destinado ao Sistema Único de Saúde (SUS).

Com esse panorama é que não é de se estranhar que, no *ranking* da Organização Mundial de Saúde (OMS) o Brasil aparece em 125º lugar (num total de 191 países), dados de 2002, no *ranking* de 2006 o Brasil está em pior posição, conforme estatística extraída do livro de Germano Schwartz, “*O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*” (POA, Livraria do Advogado, 2004). Até porque ainda hoje, registra doenças erradicadas em outros países, como a dengue e a febre amarela. Nas Américas só estão atrás do Brasil, o Haiti e o Equador.

Portanto, tem-se mais um dado que corrobora a afirmação de que o problema das Políticas Públicas não serem atualizadas **não é por falta de orçamento**, ousaria-se dizer que é **falta de vontade política** ao estabelecer prioridades, Saúde é prioridade sempre, até porque quando o cidadão procura o Estado ou o Judiciário ele já está doente -desprovido de Saúde e de dignidade humana-.

2.2 AÇÕES DE MEDICAMENTOS E JUDICIALIZAÇÃO: DIREITO À SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Conforme se observou nos atendimentos realizados diariamente na Unidade Central de Atendimentos e Ajuizamentos (UCAA – CÍVEL) na sede da Defensoria Pública Estadual, em Porto Alegre, 80% das ações de Saúde são de medicamentos e destes aproximadamente, 90% são de fármacos fora das listas e Protocolos Clínicos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou não contemplados para o Código Internacional de Doenças (CID) que acomete o requerente, caso de **Políticas Públicas ineficazes ou inadequadas e muitas vezes, inexistentes.**

A denominada **judicialização excessiva da Saúde** deve ser esclarecida. O Poder Público costuma referir que o Judiciário está interferindo na Separação de Poderes. Isto é uma falácia, explica-se: Cada Poder tem sua competência; a do Executivo é de elaborar Políticas Públicas Sociais e Econômicas que assegurem a prestação do Direito Social Fundamental, no caso, à Saúde de acordo com Art. 6º da Constituição Federal (CRFB).

O Direito à Saúde também é considerado **Direito Público Subjetivo** de todo cidadão, nos termos do Art. 196 da CRFB, quando refere ser direito de todos e dever do Estado *lato sensu*, portanto, oponível ao Estado *lato sensu* e exigível a prestação do Ente Público.

Ambas normas referidas são de **eficácia plena e aplicabilidade imediata**, diante do Art. 5º, §1º, da CRFB que confere este caráter a todos os Direitos e Garantias Fundamentais. Não há que estimular-se singelos posicionamentos acerca de ser norma programática a depender de legislação complementar.

Qual então seria o papel do Poder Judiciário? Conforme prevê a própria CRFB no seu Art. 5º, inciso XXXV "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Assim, toda vez que houver omissão por parte do Poder Executivo, pela negativa da prestação do Direito à Saúde por quaisquer dos motivos elencados: porque a Política Pública existente não é executada (**Tutela de Evidência**); porque a Política Pública é inadequada ou insuficiente (maior prova da **Verossimilhança**); porque não há Política Pública definida, deverá o Poder Judiciário exercer sua competência e julgar.

O Judiciário atuará justamente para dar eficácia à norma prevista no Art. 6º da CRFB e aos demais comandos constitucionais referentes à Saúde sendo então um dever do Judiciário e direito do cidadão lesado. Deve sim, o cidadão lesado em seu Direito Fundamental **buscar o Poder Judiciário** a quem cabe decidir o direito de acordo com o caso concreto posto em causa. O Poder Judiciário com sua competência de julgar pode e deve prestar o direito universal, amplo e constitucionalmente previsto como Direito Social Fundamental à Saúde. Na verdade ao agir, o Judiciário está conferindo **eficácia** ao Direito Fundamental à Saúde, para fazer cumprir as normas constitucionais, em especial, Arts. 6º e 196 da CRFB.

Parafraseando-se palavras do juiz Marcos Salles (representante da Associação dos Magistrados Brasileiros) durante audiência pública no STF: *“De que adianta ter vida se não se tem Saúde e de que adianta ter Saúde se esta é de aparência por ausência de Políticas Públicas ou por serem estas ineficazes ou incompletas que não sejam capazes de garantir um mínimo de dignidade de vida? Nós que lidamos com o apelo da dor – sofrimento e da morte.”*

2.2.1 BUROCRACIA PARA ATENDIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

Ainda, há que se referir que o cidadão, já enfermo, enfrenta uma burocracia enorme para conseguir toda a documentação necessária a fim de ingressar com pedido de medicamentos, em especial.

-Dirigir-se a Farmácia de Medicamentos Especiais e Excepcionais do Estado do Rio Grande do Sul - retirar Formulário (ingressar em filas para ser atendido - tempo - demora - Saúde não pode esperar);

-Dirigir-se ao Posto de Saúde de sua região; ingressar em filas para ser atendido; fazer carteira do Posto; confeccionar Cartão do SUS (ingressar em filas para ser atendido - tempo - demora - Saúde não pode esperar);

-Agendamento de consulta médica com médico credenciado do SUS sendo que muitas vezes tem-se que ingressar com ação solicitando a consulta, pois, os cidadãos aguardam na Central de Consultas, muitas vezes mais de um ano para obter laudo médico solicitando medicamento (ingressar em filas para ser atendido - tempo - demora - Saúde não pode esperar);

-Obtenção de receituário do medicamento;

-Retorno a Farmácia de Medicamentos Especiais e Excepcionais do Estado do Rio Grande do Sul com Formulário preenchido pelo paciente e pelo médico consultado anexando documentos pessoais, laudo, receita médica e exames da doença (ingressar em filas para ser atendido - tempo - demora - Saúde não pode esperar);

Dessa forma instaura-se **Processo Administrativo** ou então se fornece ao cidadão documento de que o fármaco está fora da Lista dos Medicamentos Especiais e/ou Excepcionais, ou que não é forneci-

do para o Código Internacional de Doenças (CID) que acomete aquele paciente. Na esfera Municipal faz-se procedimento similar.

2.2.2 JUDICIALIZAÇÃO: NECESSIDADE DE LAUDOS PORMENORIZADOS PARA PROVA DA VEROSSIMILHANÇA

Para ingresso da ação judicial faz-se necessário laudo médico constando o nome da doença por extenso e o CID correspondente; em caso de medicamentos deve constar o nome do princípio ativo do fármaco e que o paciente já tentou utilizar outros remédios que não tiveram êxito no controle da moléstia, ou porque causaram reações adversas muito graves a sua Saúde. Também prudente constar expressamente no laudo a **urgência** na aquisição do fármaco, bem como as **consequências e os riscos para a Saúde do paciente** no caso do cidadão não conseguir manter a ingestão do medicamento prescrito.

Atualmente, devem-se estabelecer **critérios comparativos** para fármacos fora dos Protocolos Clínicos e das listas do SUS. Tem-se exigido laudos pormenorizados atendendo ao entendimento do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Mendes na decisão de suspensão de tutela antecipada nº 175 e 178. Esta tarefa exige esforço, telefonemas e ofícios para médicos do SUS explicando-se o que deve constar no laudo o que, na maioria dos casos, gera grande dificuldade para obter este documento.

Na verdade esta exigência de se justificar o porquê da prescrição de fármaco fora das listas e Protocolos Clínicos do SUS iniciou-se com essa manifestação do então Presidente do STF e estendeu-se aos Tribunais Estaduais, bem como, aos Juízes de primeiro grau, sendo que, na Capital o Magistrado especializado em Saúde que julga todas as ações concernentes a este direito fundamental, exige como prova da verossimilhança este laudo pormenorizado. Esta justificativa consiste em o médico informar que o paciente já fez uso de fármacos constantes nas listas e Protocolos Clínicos do SUS e que estes não tiveram êxito no combate da moléstia do cidadão explicando quais os efeitos colaterais que estes medicamentos (das listas públicas) causaram no organismo do paciente. Ainda o médico assistente deve apor no laudo quais os efeitos benéficos à Saúde do paciente com o medicamento

prescrito (fora das listas e Protocolos Clínicos do SUS) estabelecendo um comparativo com aqueles e apresentando evidências científicas. Esta justificativa a ser aposta no laudo vem sendo exigida mesmo após as recentes decisões do STF que determinam o fornecimento de medicamentos e tratamentos fora das listas para o cidadão hipossuficiente econômico, pois, nas respectivas decisões estaria implícita esta exigência.

Além deste laudo pormenorizado necessário o assistido anexar a exordial **receita** médica do fármaco, constando nome técnico/princípio ativo e comercial do fármaco, dosagem e posologia e ainda **Protocolo da Farmácia de Medicamentos Especiais e Excepcionais do Estado do Rio Grande do Sul ou do Posto de Saúde** ou outro documento que demonstre que o cidadão buscou o Poder Público para obter a medicação, como a **Certidão Negativa** para fármaco **fora dos Protocolos Clínicos ou não contemplado para o CID** que acomete o cidadão. Deve providenciar ainda três orçamentos formais do fármaco obtidos em farmácias convencionais para posterior pedido de bloqueio de valores, além dos demais documentos pessoais de praxe.

Mesmo diante das singelas atualizações das listas de Medicamentos Especiais e Excepcionais do Estado do Rio Grande do Sul o Poder Público argumenta, via de regra que para incorporação de novo fármaco na lista é preciso um longo processo utilizando-se da medicina baseada em evidências. Esta sistemática constitui-se em um grupo de pesquisadores, dentre os quais, seriam componentes: médicos, farmacêuticos, laboratórios, Poder Público, tendo como finalidade pesquisar a eficácia, utilidade, custo/benefício daquele medicamento para aquele determinado grupo de pessoas, integrantes da pesquisa, que seriam portadoras de uma determinada moléstia. Constatada a presença dos requisitos acima o fármaco seria posteriormente incorporado nas listas e portarias do SUS. Ocorre que, esta medicina baseada em evidências tem dado maior importância para o custo, preço do produto deixando de incorporar fármacos que estão há muito sendo receitados, não só por médicos particulares mas também por médicos do próprio SUS.

Constata-se, portanto, a existência de medicamentos há muito utilizados e receitados pelos médicos do SUS e particulares, com registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e não experimentais, mas que não são incorporados nas listas do SUS. O próprio

Presidente, à época, do Supremo Tribunal Federal (STF), em decisão já referida pontuou que *“A simples alegação pelo Poder Público de que o tratamento é de alto custo não é suficiente para eximi-lo de fornecer esta nova tecnologia médica ao cidadão/paciente, visto que a política de dispensação de medicamentos excepcionais visa contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.”*

Um exemplo prático desta realidade: dois pacientes portadores de Alzheimer (doença neurológica degenerativa), um com e outro sem condições econômicas de adquirir fármacos necessários para tratamento de sua moléstia. Prescreve-se muito o fármaco Alois (Cloridrato de Memantina) e o Ebix (Cloridrato de Memantina) para Alzheimer Precoce (CID 10 G30.0). O Alois custa em torno de R\$ 64,00 (sessenta e quatro reais) e o Ebix em torno de R\$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), ambos estão fora das listas do SUS. Quem tem dinheiro vai consultar seu médico com toda rapidez e provavelmente adquirir o Ebix que tem maiores efeitos e resultados no combate da patologia. Quem não tem possibilidade financeira irá enfrentar toda a burocracia administrativa e, com a demora para reunir os documentos necessários, até o ingresso da ação judicial vai literalmente “degenerar”. Essa nozologia se não tratada adequadamente acarreta além da perda da memória que se dá no início da moléstia, outros efeitos funestos, o paciente não mais controla os esfíncteres, perde a fala, só se alimenta por sonda, depende totalmente de terceiros enquanto que o outro paciente com condições econômicas, no mínimo vai estabilizar a moléstia neurodegenerativa.

Também durante debate na Audiência Pública nº 04 de 2009 no STF o Sr. Sérgio Henrique Sampaio explicou que na verdade, com este procedimento da Administração Pública em não fornecer medicamento que está fora das listas do SUS **está-se criando dois grupos de pacientes**, aqueles com condições econômicas que contratam planos de Saúde privados e compram medicamentos, tendo portanto a assistência integral do Direito à Saúde, e aqueles economicamente hipossuficientes, clientes cativos da Defensoria Pública que, por não possuírem meios financeiros, dependem exclusivamente do Sistema Único de Saúde que não contempla determinados tratamentos e ex-

clui vários medicamentos, instituindo-se assim a prestação mínima do Direito Constitucional à Saúde.

Depois de percorrido todo o calvário e reunidos os documentos é que se pode efetivamente ajuizar a demanda e ingressando-se na questão da concessão das tutelas antecipadas **em pleitos de medicamentos e demais tratamentos** é importante referir-se que a **urgência**, nem sempre constante nos laudos não obsta a concessão da liminar. Explica-se:

As próprias **consequências e gravidade** da moléstia ou das comorbidades já são suficientes para demonstrar que aquele cidadão necessita ingerir o fármaco com **urgência**, mesmo que seja **implícita**, pois não poder trabalhar por causa de uma doença, ter problemas de perda ou degeneração de membros ou órgãos, mesmo que não vitais, ter perda parcial da visão, ter risco de infarto do miocárdio, aparecimento de outras moléstias decorrentes do não tratamento, já indicam a urgência na dispensação do medicamento ou procedimento. Ter simplesmente agravamento do quadro clínico já seria suficiente para se subentender que aquele cidadão necessita do medicamento para sobreviver com um mínimo de dignidade e aí está a questão: **Saúde não é só vida, é também e muito mais Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil** previsto no Art. 1º, inciso III da CRFB.

Com respeito, alguns Magistrados tem se posicionado de forma a **descaracterizar a própria tutela antecipada** determinando providimentos antes de sua simples análise. Condutas que deveriam ser adotadas na dilação probatória, após a concessão da tutela antecipada, na Contestação do Poder Público. São elas:

A) Determinar a realização de **perícia** pelo Departamento Médico Judiciário (DMJ) antes da análise da tutela antecipada;

B) **Antes de se analisar a tutela antecipada** em ações de Saúde, de medicamentos que estão fora dos Protocolos Clínicos da Rede Pública se **intimar a parte contrária** Secretaria da Saúde, seja Estadual ou Municipal lhes concedendo prazo para se manifestar sobre o pedido da exordial;

C) **Intimar o médico da Secretaria da Saúde** para que se manifeste sobre o pedido e aponte suas considerações que é absurdo ainda maior. Este nunca teve contato com o paciente e é óbvio que irá indicar

medicamento constante dos Protocolos Clínicos para aquele cidadão que ingressou na Justiça justamente porque o fármaco de que necessita estava fora das listas do SUS. Como um médico que nunca viu o paciente pode saber o que ele precisa? É o médico do SUS, subscritor do laudo e da receita que sabe o que seu paciente precisa e então, antes de analisar a tutela o Juiz irá ouvir aquele médico vinculado ao Poder Público, o que já **afronta os Princípios do Contraditório e do Devido Processo Legal**, para dizer que o medicamento da lista serve. Mas então porque o médico do SUS, que atendeu o paciente, diz que o que vai abrandar os efeitos da moléstia ou curar o paciente é o medicamento por ele prescrito que está fora das listas de Medicamentos Especiais e Excepcionais? A vingar esta tese que vem sendo encampada por alguns Magistrados certamente a população carente irá ficar mais doente porque não estará sendo adequadamente tratada.

Com este procedimento está se retirando o caráter de iminência da tutela antecipada. O Poder Público deve se manifestar, mas no momento adequado para tanto, quando da Contestação. Com esta conduta judicial está se invertendo a ordem de direitos constitucionais privilegiando o Poder Público em detrimento do **Direito Social Fundamental à Saúde que tem como correlatos o Direito à Vida e o fundamento constitucional da Dignidade da Pessoa Humana** que prevê que todo cidadão tenha uma vida boa, sendo que, o que procura a Justiça já está doente, então já teve sua dignidade afetada pela má prestação do Direito à Saúde.

Certo é que antes de se intimar o médico vinculado ao Poder Público deveria o Juiz, se tiver alguma dúvida para conceder ou não a tutela, **intimar por mandado o médico subscritor do laudo e da receita**, este sim com propriedade para falar de seu paciente, pois dele trata, e não se alegue tempo para cumprir mandado até porque o médico do Poder Público também terá prazo para se manifestar, o que demanda tempo da mesma forma, o **diferencial** é que este sempre irá indicar remédio das listas e Protocolos Clínicos, que não serviu para o paciente senão ele não teria procurado a Justiça e jamais teve contato com o paciente/parte autora para saber a extensão de sua moléstia ou comorbidades e ter competência para indicar o melhor tratamento para aquele paciente, afinal todos somos seres humanos e merecemos o mesmo tratamento em matéria de Saúde.

Nesse caso nem se cogita no Direito à Saúde como prevenção, previsto constitucionalmente, busca-se, tão só a **recuperação**, pois o cidadão quando procura o Poder Público ou o Judiciário pleiteando medicamentos, já está doente/enfermo, quando o conceito de **Saúde na verdade engloba, não só a ausência de doenças, mas também a existência de um bem estar físico, psíquico e social** que garanta qualidade de vida ao cidadão.

2.2.3 REQUISITOS PARA TUTELA ANTECIPADA

Quando se tiver dano (Art. 273, inciso I, do Código de Processo Civil), a **verossimilhança**, que consiste na certeza absoluta - prova inequívoca, através do **laudo médico**, que demonstre a moléstia do cidadão e a necessidade imperiosa da ministração do tratamento/fármaco prescrito, bem como, a justificativa do médico em caso de medicamento ou tratamento fora das listas e Protocolos Clínicos do SUS. A **certeza absoluta**, caso contestável, deverá ser **averiguada após a concessão da tutela antecipada**, face ao direito maior que é a preservação da Saúde e da Dignidade da Pessoa Humana e o **periculum in mora**, perigo de **dano irreparável**, seriam as consequências constantes no laudo médico, no caso do cidadão não ingerir, logo o medicamento prescrito.

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul recomenda o ajuizamento de ação pelo Rito Ordinário com pleito de antecipação de tutela sob a alegação da presença dos requisitos do Art. 273 do Código de Processo Civil (CPC).

É **questionável** a configuração de uma **obrigação de fazer** nas tutelas de Saúde, notadamente quando o pleito é de medicamentos que não constam das listas administrativas, ou de medicamento não recomendado pelos Protocolos Clínicos do SUS ou de medicamentos ou tratamentos experimentais. Inclusive, sob esses argumentos se tem verificado, na prática, a não-obtenção do provimento liminar quando do ingresso com ações cominatórias ou mandamentais (nem sempre se estará diante de um direito líquido e certo), o que vem em prejuízo da necessária brevidade na obtenção do tratamento.

Por outro lado, já há **sugestão do Núcleo de Saúde** da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul no sentimento do ajuizamento

de **ações sob o Rito Ordinário com pedido de antecipação de tutela**, inclusive com base no argumento de que o parágrafo 3º do Art. 273 do Código de Processo Civil (CPC) remete ao Art. 461, e seu § 5º autorizando o Magistrado a aplicar **todas as medidas necessárias à asseguaração do resultado prático da decisão** (bloqueio de valores, sequestro de medicamento, prisão do administrador que descumpra ordem judicial por incorrer no crime de desobediência, por exemplo, de acordo com a redação do § 5º do Art. 461 do CPC). **Até porque a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer momento de acordo com § 4º, do Artigo 273 do CPC, em decisão fundamentada.**

2.3 SOLIDARIEDADE

Quando o cidadão procura a Defensoria Pública sempre busca-se encaminhá-lo para o local correto a fim de se obter a negativa administrativa - observando as listas, fármacos de dispensação básica (Município) e Especiais e Excepcionais (Estado). Ocorre que o maior problema na Capital gaúcha é com fármacos fora das listas do SUS ou não fornecidos para o CID que acomete o requerente.

O Art. 198 da CRFB define o Direito à Saúde como **dever de todos os Entes da Federação** em ação ordenada em um único sistema (**solidariedade**) como regra geral.

Aliás, as portarias, resoluções, protocolos, diretrizes e listas emitidas pelo Poder Executivo não vinculam, **uma vez que não é competência do Poder Executivo editar leis**, mas sim do Legislativo, então estes Protocolos Clínicos, listas, diretrizes e resoluções **não** podem estar acima da CRFB que garante não só o **acesso ao Poder Judiciário, toda vez que a Política Pública inexistir, for omissa ou insuficiente**, mas garante também o **Direito à Saúde do cidadão como dever solidário dos Entes Federados** (Arts. 6º e 196, caput da CRFB e Art. 241, caput da Constituição Estadual).

Já ingressando-se nesta seara a solidariedade é questão pacífica no nosso Tribunal (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) e nos Tribunais Superiores estando prevista nas próprias Constituições Federal e Estadual quando referem o Direito à Saúde como dever do Estado *lato sensu*. Assim, cabe ao cidadão, no caso, através do Defensor Pú-

blico escolher contra qual(is) do(s) Ente(s) Federado(s) irá ingressar na demanda pleiteando medicamentos, de acordo com a realidade de cada comarca e com a prestação adequada ou não pelo Estado e Município do Direito à Saúde.

O argumento costumeiramente utilizado pelo Poder Público para não atendimento integral a Saúde diante da **repartição de competências** em virtude de políticas públicas, não deveria prosperar, pois não pode o cidadão ser penalizado com a ordem de distribuição orçamentária, ou seja, **ingressa-se solidariamente contra os entes da federação e após estes fornecerem o tratamento necessário a Saúde do cidadão é que, internamente/administrativamente, é feita a compensação** relativa a repartição orçamentária resolvendo-se esta interregulação. Destaca-se a necessidade do Poder Público implementar a **informatização de dados** para se saber da entrada e saída de fármacos a fim de não haver duplicidade de cumprimento de decisões judiciais. Depende de vontade política.

A posição da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul como ressaltado no início é pela **solidariedade**, então o Magistrado não poderia eleger contra quem a pessoa deverá ingressar na ação, o caso em concreto é que irá definir o polo passivo e diante das burocracias demasiadas, mesmo quando envolve casos de câncer, em que alguns argumentam que a competência seria da Justiça Federal em virtude da existência dos CACONS (Centro de Alta Complexidade em Oncologia) a Defensoria Pública do Estado ingressará contra o Estado com a negativa do fármaco da Secretaria de Saúde do Estado, já que como se relatou inicialmente, o **problema do SUS não é falta de orçamento**. Até porque o Poder Público, na Contestação, não apresenta documentalmente esta alegada deficiência orçamentária limitando-se a referir a **Reserva do Possível** e afirmar que a necessidade é infinita e os recursos são finitos. Ademais, como mencionado, na Capital, a maior demanda é com medicamentos fora dos Protocolos Clínicos do SUS, dispensação excepcional, tratamentos mais caros. Internamente o Estado Membro pleiteia a **compensação** pela União, se for o caso. Questão de orçamento e repartição de competências já falado.

2.4. SAÚDE COMO PREVENÇÃO À VIOLÊNCIA

Pertinente referir-se caso prático com tramitação na Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre: cidadão denunciado(réu confesso), supostamente, ter matado a namorada com 34 facadas(homicídio triplamente qualificado). Na época do fato este cidadão tratava-se pelo SUS unicamente com o fármaco Diazepan (constante nas listas do SUS). Instaurou-se Incidente de Insanidade Mental e dentre os quesitos ofertados pela Defensoria Pública perguntou-se aos peritos se o tratamento/medicamento dispensado era eficaz para controle da moléstia e prevenção de surtos maníacos. Os peritos foram categóricos ao responderem não, que aquele fármaco de nada adiantava. Assim, comprovou-se que no momento da ação o então réu era totalmente incapaz pois teve surto psicótico maníaco, decorrente da moléstia do transtorno de humor bipolar. Aplicou-se Medida de Segurança ainda na primeira fase do procedimento, confirmada em sede recursal. Em aproximadamente um ano este cidadão já estava com alta progressiva. **Prevenção** - provavelmente se este cidadão/paciente tivesse tido o tratamento adequado pelo SUS possivelmente não entraria em surto e talvez não tivesse, supostamente, matado a namorada.

Pode-se constatar na análise deste caso concreto que é possível, através da assistência à Saúde com qualidade nos serviços prestados pelo Poder Público, a prevenção da violência. Há que se falar também na complexidade dos casos de dependentes químicos que sempre têm agregado ao vício um transtorno ou doença mental seja como causa para uso da substância entorpecente, seja como consequência do uso abusivo de drogas. Neste caso a simples desintoxicação não resolve, pois, o usuário retornará ao convívio de seus pares e recairá no vício. Neste caso a prestação da Saúde é fundamental como prevenção da violência, pois, são justamente estes dependentes químicos os mais envolvidos em processos criminais de furto, roubo, homicídio, dentre outros. Caso seja fornecido o tratamento correto, com reinserção social desses cidadãos, que na verdade estão doentes, o que somente ocorrerá com tratamento em Fazendas Terapêuticas e/ou Clínicas, de longa duração, visando à recuperação do paciente, acompanhamento multidisciplinar e apoio aos familiares, certamente estar-se-á preve-

nindo a violência, uma vez que, livres do vício estes cidadãos não voltarão a praticar esses delitos.

2.5. ADENDOS

- VIII Seminário Internacional de Direitos Fundamentais: Socio-ambientalismo e Direito à Saúde (dias 18 e 19 de setembro de 2009, Porto Alegre/RS).

1) Ministra do STF: Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“O Direito à Saúde é de cada um dos cidadãos brasileiros. Se um só está doente este tem que ser atendido, mesmo que haja 190 milhões de brasileiros. Afasta-se a ideia de que a Saúde só é prestada à coletividade, não! Quando um ser individual dela precisar e o Poder Público não prestar a Saúde deve o Judiciário agir decidindo. Se tiver que sacrificar a receita para salvar um cidadão, deve sim, o Juiz, conceder a liminar.

A Saúde é pressuposto do Mínimo Existencial por isso que precede a outros direitos sociais, como moradia, educação, segurança. Quando instalada a doença o Direito à Saúde é prioritário, é um superdireito.

A Constituição Federal proíbe a insuficiência de recursos como argumento para não se prestar Saúde. Não interessa de onde vai tirar, tem que garantir a Saúde, que é dever e direito constitucional e se sobrepõe às questões orçamentárias, deve, pois, ser cumprido. Tira-se dos contratos internacionais de valores vultosos, por exemplo, pois são direitos que estão abaixo do Direito Social Fundamental à Saúde. Na omissão do Estado lato sensu o Juiz deve decidir/agir garantindo a Saúde prevista na Constituição. Não compete ao Juiz averiguar a questão orçamentária/fazendária, isso é dever do Executivo. A ideia da Reserva do Possível é problema do Estado lato sensu, problema político não pode interferir na esfera do Judiciário e nem servir de embasamento para decisões judiciais. Ao Magistrado cabe atuar/decidir o caso concreto posto em causa relativo à necessidade da Saúde”.

2) Conclusões sobre Audiência Pública nº 04 relatada nos pedidos de suspensão de concessão de tutela antecipada nº 175 e 178, ambos indeferidos, mantendo-se a concessão da tutela antecipada,

pelo Ministro do STF Gilmar Mendes: Nos termos do Arts. 6º e 196, da CRFB considera-se a Saúde como Direito Social Fundamental e Direito Público Subjetivo do cidadão, oponível contra o Estado e exigível a prestação da Saúde por parte do Poder Público. Ainda por tratar-se de Direitos e Garantias Fundamentais são **normas de aplicabilidade imediata e eficácia plena**, nos termos do Art. 5º, § 1º da Constituição. Por isso, é totalmente possível ao cidadão lesado buscar o Poder Judiciário quando houver omissão por parte do Executivo (a quem incumbe elaborar Políticas Públicas), toda vez que as Políticas Públicas existentes não estiverem sendo cumpridas; toda vez que houver inadequação ou ineficácia de Políticas Públicas ou toda vez que não houver Política Pública prevista para o tratamento de que o cidadão paciente necessita.

No entanto, para esta intervenção judicial ou até mesmo solicitação no âmbito administrativo, o então Ministro Presidente do STF tece algumas considerações e limitações acerca do tema: Como regra *medicamento não registrado na ANVISA* não poderá ser dispensado ao paciente/cidadão quer seja na esfera administrativa, quer seja, através de ação judicial pleiteando esta espécie de medicamentos. Contudo, há exceções: casos em que a importação de medicamento não registrado na ANVISA poderá por ela ser autorizada. O fundamento para tanto está na Lei nº 9782/99 que permite que a ANVISA *dispense de registro medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais*, para uso de programas em Saúde Pública pelo Ministério da Saúde.

Nos casos em que há Políticas Públicas, mas estas são inadequadas e ineficazes para o tratamento que o cidadão paciente necessita. É o caso de prescrição de medicamento fora dos Protocolos Clínicos, fora da Lista do SUS, mas que nesta lista existem outros fármacos para a mesma moléstia. Como o SUS adotou a medicina baseada em evidências, a rigor se o medicamento receitado está fora da lista é porque não passou nos critérios para ser incorporado na lista. Assim, em princípio deve-se conceder, mesmo judicialmente, apenas medicamento que se encontre nos Protocolos Clínicos.

Todavia, por saber-se que na **medicina baseada em evidências**, muito embora haja comprovação da eficácia do produto e de sua utilidade para aquela determinada doença, deixa-se de incorporar o fár-

maco na lista diante do custo/benefício, ou seja, por ser de alto custo. Por outro lado consabido que as portarias e diretrizes do SUS estão demasiadamente desatualizadas. Desta forma, neste caso de Políticas Públicas insuficientes para o tratamento recomenda-se a dispensação do fármaco fora da lista quando **no caso concreto** ficar demonstrado que para aquele paciente em questão, o tratamento fornecido pelo SUS não é eficaz para seu caso, sendo que aquele prescrito pelo médico do paciente (fora da lista) traz mais benefícios para controle da moléstia do cidadão/paciente. **A referida justificativa que o médico deverá apor no laudo.**

Ainda há os casos de inexistência de políticas públicas, ou seja, quando o tratamento prescrito para o paciente não é fornecido pelo SUS e não há outro equivalente nos protocolos e diretrizes públicas.

Nestes casos, há aqueles **tratamentos experimentais** (sem comprovação científica de sua eficácia). São realizados por laboratórios, centros médicos de ponta (avançados em medicina). Para estas situações o Poder Público não estaria obrigado a fornecê-los, porque rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica. Contudo, o laboratório ou centro clínico que realiza estas pesquisas com pacientes deverá ser compelido a continuar fornecendo o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Outro caso seria o de **novos tratamentos mais avançados** diante da evolução da medicina e que o SUS não acompanhou através da incorporação destes fármacos ou tratamentos em seus Protocolos Clínicos. Ao não fornecer este tipo de tratamento está-se criando duas espécies de pacientes e de fornecimento à Saúde: aqueles que têm condições econômicas e são atendidos por médicos particulares que prescrevem estes tratamentos avançados muito mais eficazes para a moléstia do paciente e aquele grupo de hipossuficientes financeiros que por dependerem do SUS ficam restritos ao acesso de tratamentos arcaicos, porque as novas tecnologias não foram incorporadas pelo SUS.

Nesses casos é possível ingressar-se com a **ação judicial, seja individual, seja coletiva**, pleiteando-se estes tratamentos que não existem nos Protocolos Clínicos do SUS. É claro que para esses casos deve haver maior dilação probatória até para se provar que, efetivamente, este tratamento novo, não constante nas listas do SUS é o melhor e mais eficaz para

combater a moléstia do cidadão/paciente. **Novamente, apresenta-se a necessidade da justificativa do médico para prova da verossimilhança.**

Há que se ressaltar que a simples alegação pelo Poder Público de que o tratamento é de alto custo não será suficiente para eximir o Poder Público de fornecer esta nova tecnologia médica ao cidadão/paciente, visto que a política de dispensação de medicamentos excepcionais visa contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

3. CONCLUSÃO

Encerra-se o presente trabalho com a proposta de oferecer sugestões da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul para garantir o direito constitucional de acesso à Saúde, que seguem abaixo.

A solução ideal, sem dúvida seria resolver-se questões envolvendo o acesso à Saúde com o gestor público sem necessidade de judicialização;

Maior acessibilidade por parte dos médicos em fornecerem laudos pormenorizados contendo as justificativas necessárias quando se referir a medicamento ou tratamento fora das listas e Protocolos Clínicos do SUS. (Há Ação Civil Pública ajuizada pelo Núcleo de Tutelas de Saúde contra o Município de Porto Alegre visando à padronização dos laudos médicos);

Possibilidade de quadro maior de médicos e dentistas especializados, leitos em hospitais, vagas para exames, cirurgias. Sabe-se que, muitas vezes essa idealização depende de dotação orçamentária e extrapola a boa vontade do administrador, mas seria o ideal;

Maior contato entre Defensoria Pública e Administração estabelecendo-se convênios, principalmente com as Secretarias Municipal e Estadual de Saúde a fim de se resolver com agilidade o acesso à Saúde do cidadão. Exemplo do Estado de São Paulo;

Para resolver a questão da solidariedade e evitar duplicidade de cumprimento de decisões judiciais: adotar-se sistema de compensação entre os entes (compensação interna - administrativa). Controle informatizado de medicamentos para acabar-se com a alegação de fornecimento de duplicidade de medicamentos. Se o Poder Público tiver

este controle informatizado de saída de medicamentos por ordem judicial não haverá mais de um Ente disponibilizando o mesmo fármaco (depende de vontade política);

Para resolver-se questão alegada do subfinanciamento do SUS: regulamentação da Emenda 29; maior repasse de verbas da Seguridade Social para Saúde que vem decrescendo; criação de legislação de Responsabilidade Sanitária; repasse de verbas de propaganda governamental para a Saúde. Como a Saúde é prioridade em relação a outras áreas públicas, por tratar do Direito à Vida e da Dignidade da Pessoa Humana, procurar viabilizar verbas de outros setores para a área da Saúde, como, por exemplo, foi proposto no Estado do Mato Grosso, a destinação de verbas de publicidade/propaganda governamental para a área da Saúde. Destinação de recursos do Pré-Sal;

Solucionar-se pedidos de tratamento de Saúde do cidadão através de ofícios remetidos pela Defensoria Pública às Secretarias Municipal e Estadual da Saúde e com a resposta desta viabilizar administrativamente o atendimento da população à Saúde (demora na resposta e o cidadão doente não pode esperar);

Orientação do servidor que atua na área da Saúde para que atenda o cidadão e saiba encaminhá-lo ao local certo, de acordo com a sua necessidade, a fim de se evitar que os cidadãos fiquem desorientados, deslocando-se a vários locais sem obter o acesso à Saúde de que precisam;

Resolução de pleitos da Saúde através de contato telefônico entre Defensores Públicos, médicos e servidores que atuam diretamente na área da Saúde na tentativa de solucionar a necessidade do cidadão.

Estabelecer-se convênios com Fazendas Terapêuticas e Clínicas Especializadas a fim de se viabilizar o tratamento de dependentes químicos, o que além de ser mais eficaz para o usuário, também desafogaria o sistema hospitalar abrindo novas vagas para cidadãos que apresentem a necessidade de internação por outras moléstias.

Enfim, estabelecer maior parceria e acessibilidade entre o Município, Estado, Secretaria Municipal e Estadual de Saúde e Defensoria Pública, na tentativa de solucionar o acesso à Saúde do cidadão administrativamente, o que seria mais rápido para o paciente e menos oneroso e mais prático ao Poder Público que não necessitaria acionar seus

Procuradores para defesa em ação judicial, despender valores bloqueados pelo Magistrado, que muitas vezes estão acima do numerário que os Entes Federados gastariam para a aquisição daquele medicamento ou fornecimento do tratamento de Saúde.

Soluções e possibilidades existem, algumas independem da vontade do administrador e da Defensoria Pública, mas há outras que poderão ser tentadas, desde que haja comunicabilidade entre os Órgãos a fim de se resguardar o Direito Fundamental à Saúde e propiciar, com rapidez e eficácia o acesso à Saúde do cidadão sem onerar o Poder Público com uma demanda excessiva de ações judiciais.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Código Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1973.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- Conteúdo da Audiência Pública nº 4 sobre Saúde, 2009, Supremo Tribunal Federal.
- Decisões nº 175 e 178 prolatadas pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Mendes acerca de pedidos de suspensão de concessão de tutela antecipada em matéria de saúde.
- Souza, Paula Pinto de. Medicamentos- Solidariedade-Judicialização. In: Programa de Qualificação em Gestão Pública: Pacto pela Saúde - Saída para a Judicialização? Auditório do Ministério Público. 2009.
- Souza, Paula Pinto de. Oficina sobre Medicamentos e Liminares. In: Evento sobre Bioética e Direito. Porto Alegre. 2009
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito a saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- VIII Seminário Internacional de Direitos Fundamentais - Socioambientalismo e Direito à Saúde, 2009, Auditório do Ministério Público em Porto Alegre/RS.