

MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO, DECISÃO JUDICIAL E A RESPONSABILIDADE DOS MUNICÍPIOS

HIGH COST DRUGS, JUDICIAL DECISION AND THE RESPONSIBILITY OF MUNICIPALITIES

Galileu Marinho das Chagas*

RESUMO: Coadjuvantes do SUS, os municípios que não assumiram o sistema de gestão plena da saúde possuem, quanto ao fornecimento de medicamentos, responsabilidade limitada à Atenção Básica, sendo do Estado-Membro e da União, as obrigações quanto aos de alto custo ou de dispensação excepcional. Decisão judicial que impõe ao ente local a obrigação de atendimento deste último maltrata princípios constitucionais e legislação infra, que devem ser respeitados em nome do princípio da legalidade, sobretudo no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Medicamentos. Alto custo. Decisão judicial. Município. Responsabilidade. Limites.

ABSTRACT: Adjuvants of the SUS, the municipalities that haven't assumed the management system of full health have, on medical supplies, limited responsibility to the Basic Care, belonging to the State and the Union, the obligations regarding the drugs of high cost or of exceptional dispensing. Court decision that imposes to the local Administration the obligation to care breaks constitutional principles and legislation under the Constitution's supremacy, which must be respected in the name of the legality principle, especially in the Democratic State of Law.

Keywords: Medicines. High cost. Judicial decision. Municipality. Responsibility. Limits.

* Especialista em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR. Professor de Direito da Universidade do Oeste Paulista, UNOESTE. Procurador da Fazenda Pública em São Paulo. Martinópolis – São Paulo – Brasil.

1 INTRODUÇÃO

A aguda crise instalada no sistema público de saúde brasileiro provocou um derrame de ações judiciais contra municípios, perseguindo o fornecimento de medicamentos de alto custo e serviços de saúde, como forma de efetivar o direito à saúde – direito social, de segunda geração.

O trabalho ocupa-se dos medicamentos de alto custo, pois, os demais já são de responsabilidade dos municípios.

Obrigados pela atenção básica onde se inserem 98% dos municípios brasileiros,¹ estes não podem ser compelidos coercitivamente a suportar a aquisição de medicamentos de alto custo, que estão a cargo do Estado-Membro e da União, salvo os que aderiram à gestão plena.

Como as obrigações pelo fornecimento de medicamentos (atenção básica e gestão plena) são correlatas aos serviços de saúde, as argumentações utilizadas para os primeiros são aplicáveis ao segundo.

Inobstante a existência de normas infraconstitucionais regulamentadoras do direito à saúde posto no art. 196 da CF/88, que trazem um divisor de competências aos entes federativos, e disciplinam tanto a aquisição dos medicamentos quanto a entrega ao paciente, a maior parte das ações tem sido aforada apenas contra municípios.

E isso se dá sob vários fundamentos dogmáticos: de que a norma constitucional é de eficácia imediata; os municípios estão compreendidos na expressão Estado ao qual se refere o dispositivo; compõem o Sistema Único de Saúde – SUS, que, como o próprio nome indica, é único, por isso há responsabilidade solidária; que a proximidade da Administração local simplifica o cumprimento das medidas judiciais que vêm gravadas até com a pena de prisão da autoridade por eventual desobediência.

Através da hermenêutica, o Judiciário tem deferido antecipação da tutela e julgado procedentes as ações contra municípios, a pretexto de implementar a efetivação dos direitos sociais no palco do neoconstitucionalismo.

As decisões têm imposto ônus insuportável aos municípios, não inseridos em suas órbitas obrigacionais, o que compromete sobremane-

1 Ministério da Saúde.

ra a continuidade do serviço público de saúde, estabelecendo a dicotomia benefício maléfico do ativismo protecionista.

Afora o maltrato a um sem número de princípios constitucionais e prerrogativas processuais da Fazenda Pública, ditas ordens judiciais prejudicam o orçamento em execução, conduz o Executivo ao desrespeito das normas de gestão fiscal responsável e compromete as políticas públicas de saúde previamente planejadas.

Para evitar um mal maior, é imprescindível conscientizar os atores sociais que a responsabilidade pela aquisição de medicamentos de alto custo é da União e dos Estados-Membros, e o papel dos municípios é apenas de promover a sua entrega ao paciente.

Em última análise, a abordagem objetiva fixar o alcance da responsabilidade dos municípios em face do sistema normativo vigente, diante das ordens judiciais que diariamente os obrigam fornecer medicamentos de alto custo, sem, entretanto, adentrar no mérito processual de eficácia das decisões.

2 ART. 196 CF/88: NORMA DE EFICÁCIA LIMITADA

José Afonso da Silva² ensina que o art. 196 da CF/88 é típica norma constitucional de eficácia limitada ou reduzida, porque somente incide totalmente sobre o interesse tutelado após uma normatividade ulterior que lhe desenvolva a eficácia.

Celso Bastos e Ives Gandra³ afirmam que os cinco artigos que disciplinam a saúde (196/200), são programáticos.

Bem por isso, que atos normativos infraconstitucionais foram editados: a Lei nº8.080/90, Portarias nº 399/96 e 2577/06 (revogadora da Portaria nº 1318/02), do Ministério da Saúde, Portarias e Resoluções Estaduais. Eis aí, as cartas de navegação.

O Ministro Celso de Mello⁴ em brilhante voto exarou entendimento de que as normas constitucionais sobre direitos sociais são programáticas.

2 SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: RT, 1982. p. 73.

3 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 138. v. 8.

4 BRASIL. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. ADPF nº45 MC/DF; Min. Celso de Mello.

3 RESPONSABILIDADE PELO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS

Nascidos do pós (Primeira) Guerra Mundial, os direitos sociais entraram na legislação brasileira, sob a roupagem de garantias do trabalhador, pelas mãos da CF de 1934.

Para Paulo Bonavides⁵ inaugurou-se uma nova era do direito positivo constitucional brasileiro, até então desconhecido – o Estado Social – com nuances de influência da Constituição Alemã, de Weimar (1919-1933).

Mas, foi somente na Carta de 1988 que o legislador lhes dedicou especial atenção de forma pragmática. À saúde, no art. 196.

Em 1990, adveio a Lei nº 8.080 - Lei Orgânica da Saúde. Por meio do seu art. 17, dispõe que embora a Direção Estadual do SUS deva descentralizar aos municípios os serviços e ações de saúde, o Estado deve prestar apoio técnico e financeiro a estes.

Conforme as Normas Operacionais de Assistência à Saúde – NOAS – assim denominadas as Portarias Ministeriais regulatórias, os municípios podem habilitar-se, junto ao SUS, para duas formas de gestão da saúde nos seus lindes territoriais: 1) gestão plena da atenção básica; e 2) gestão plena do sistema municipal. Por questões didáticas, serão tratadas por *atenção básica* e *gestão plena*, respectivamente.

Na *atenção básica* compreendem as atividades de menor complexidade, serviços ambulatoriais, programas de saúde preventiva (vacinação, hipertensão, diabetes, câncer de colo de útero, câncer de mama, alcoolismo, etc.), programa de saúde da família – PSF -, de agentes comunitários, e, sobretudo, o fornecimento de medicamentos de baixo custo.

A *gestão plena* envolve todos os procedimentos locais de saúde, inclusive os hospitalares e o fornecimento de medicamentos de alto custo. Por exigência de estrutura relativa, raros são os municípios que aderiram a esse nível de gestão, via de regra as capitais de Estado.

O bloco de financiamento da assistência farmacêutica, por sua vez, de acordo com o subitem 3.1, “d”, da Portaria nº399/06-MS, se divide em três componentes: 1) *básico* (baixo custo); 2) estratégico; e 3) medicamen-

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 332.

tos de dispensação excepcional (alto custo).

Sendo os municípios responsáveis pela atenção básica, sua obrigação é solidária com o Estado-Membro e com a União pelo componente básico ou da atenção básica, que são os medicamentos mais usuais e de baixo custo.

De outra parte, a Portaria nº399/06-MS (subitem 3.1, alínea “d”, 16º parágrafo) e a Portaria nº2577/06-MS⁶ (item IV, nº29), estabelecem que o Estado-Membro e a União devem suportar o financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional ou de alto custo, que se encontram listados nesta última, remanesendo aos municípios apenas a obrigação de promover a entrega ao paciente.

4 AÇÕES POSSÍVEIS

Embora cabíveis várias espécies de ações⁷, a temática é focada à luz da ação ordinária de obrigação de fazer c.c. tutela antecipada, a mais usual, tendo em vista que as demais têm implicações de natureza processual que as inviabilizam, e o trabalho ocupa-se dos fundamentos da ausência de responsabilidade dos municípios e não de meios processuais utilizados.

5 ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

Concedida a antecipação dos efeitos da tutela com ou sem a oitiva dos municípios, várias questões se propõem.

5.1 TUTELA ANTECIPADA – AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO 273 DO CPC

Registra-se, em primeiro momento, que o art. 273, do CPC possibilita ao magistrado antecipar os efeitos da tutela pretendida na vestibular, de forma total ou parcial.

Se o fornecimento de medicamentos de alto custo é a tutela principal, *não* pode figurar como antecipação da tutela. Caso contrário, a decisão que

6 Que substituiu a Portaria nº1318/02-MS.

7 Mandado de Segurança, Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Ordinária.

antecipa os efeitos, na verdade estará antecipando a própria tutela perseguida com a ação. Precipita a decisão final da ação, esgotando o seu objeto.

O art. 273 do CPC não prevê a antecipação da própria tutela, apenas dos seus efeitos.

Em segunda análise, o art. 273, condiciona a concessão da medida ante o convencimento da *verossimilhança das alegações e da existência de prova inequívoca do direito alegado*, e ainda, *que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou outra circunstância descrita no inciso II do mesmo artigo*.

Observa-se que os pressupostos devem coexistir simultaneamente.

Não tendo os municípios obrigação legal conforme se demonstrou, não está presente a prova inequívoca do direito alegado – ao menos contra o ente local.

Ademais, deve existir a prova do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que é aferido através dos documentos médicos encaminhados com a inicial.

O despacho que não indica, de modo claro, expresso e preciso, quais dos fundamentos do art. 273, do CPC autorizaram a concessão – repetimos – não dos efeitos, mas da própria tutela, é desprovido de fundamentação. Isso afronta o § 1º, do art. 273, do CPC.

Por isso, a tutela antecipada desborda das possibilidades autorizadas pelo diploma processual civil, se apresentando, portanto, como *error in judicando* e *error in procedendo*.

Nesse quadro, eventual decisão concessiva da tutela impõe ao erário municipal o experimento de prejuízos de grande envergadura. Logo, a probabilidade de dano é certa.

5.2 O PERIGO DA IRREVERSIBILIDADE DA TUTELA – §2º, DO ART. 273, DO CPC

Como já visto alhures, sendo o art. 196 da CF/88 norma de eficácia limitada, e tendo sua regulamentação⁸ atribuído a obrigação ao Estado-Membro e à União de adquirir os medicamentos de alto custo, é palpável

8 Lei nº 8.080/90, Portarias nº 399/96 e 2577/06 (revogadora da Portaria nº 1318/02).

a ilegitimidade dos municípios para responderem por essa obrigação.

Se desembolsarem recursos para tanto, os municípios não terão como receber de volta do paciente o bem entregue, ou mesmo sua equivalência em dinheiro, caso obtenha a revogação ou cassação da decisão.

No mais, deverão promover futura ação regressiva contra o Estado-Membro e/ou União, que certamente demandará décadas e, após, aguar-dar a famigerada fila dos precatórios.

A tutela assume contornos de irreversibilidade. Nesse passo, o §2º, do art. 273, do CPC, é imperativo quando dispõe que *não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado*.

Com efeito, pelas sendas da prudência deve caminhar o magistrado.

6 TUTELA ANTECIPADA E FAZENDA PÚBLICA – LEIS Nº 8.437/92 E Nº 9.494/97

O art. 1º da Lei nº 9.494/97, estabelece que se aplicam à tutela antecipada as regras previstas nos artigos 1º, 3º e 4º, da Lei nº 8.437/92 (que disciplina a concessão de medidas liminares contra o Poder Público).

A pretensão de obtenção dos medicamentos de alto custo somente pode ser exercida por uma ação de obrigação de fazer, jamais através de mandado de segurança, porque este se destina a defender direito líquido e certo contra ato de autoridade (inciso LXIX, art. 5º, da CF/88).

Impossível, pois, a concessão de tutela antecipada, consoante regra do art. 1º, da Lei nº 8.437/92, que diz: *Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal*.

Sob outro vértice, dispõe o §3º do mesmo artigo que *não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação*.

Se a tutela antecipada objetiva a aquisição e fornecimento de medicamentos de alto custo, e pedido de fundo é o mesmo, é indiscutível que a tutela esgota totalmente o objeto da ação.

Por fim, o §4º, do art. 1º, dispõe que *nos casos em que cabível medida liminar, sem prejuízo da comunicação ao dirigente do órgão ou entidade, o*

respectivo representante judicial dela será imediatamente intimado.

A medida concedida deve ser comunicada imediatamente ao representante judicial dos municípios, seja o Prefeito ou Procurador Geral.

Esse dispositivo tem sido fonte de muitos recursos onde se questiona a morosidade na comunicação da tutela. Em muitos casos, distâncias de menos de dez quarteirões entre o Fórum e o Paço Municipal demoraram vinte e até trinta dias para serem percorridas pela decisão.

Imediatismo significa ato contínuo, rápido, ou, nos precisos termos de Aurélio⁹: *Imediatismo – sm. Sistema de atuar dispensando mediações e rodeios, visando a vantagem imediata. Imediato – adj. 1. Que não tem nada de permeio; próximo. 2. Rápido; instantâneo.*

Transportando a conceituação para o contexto jurídico, temos que para ser legítima, a comunicação da decisão deve chegar ao destino no máximo até vinte e quatro horas após exarada, seja por meio tecnológico, cuja utilização é permitida pela legislação processual civil, ou através do oficial de justiça, sob pena de vício do ato judicial.

7 AS MATÉRIAS DE FUNDO

Superada a tutela antecipada, o processo terá o seu curso e seguirá com contestação.

7.1 DA DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Para regulamentar o art. 196 da CF/88 e unificar em todo o país o fornecimento de medicamentos e os serviços de saúde, foi editada a Lei nº 8.080/90, e o seu art. 17, diz que o Estado-Membro é o agente financiador.

A Portaria nº 399/06-MS¹⁰ diz que *a responsabilidade pelo financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional é do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação e a dispensação, responsabilidade do Estado.*

9 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI**: O minidicionário da língua portuguesa. 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002. p. 373.

10 Subitem 3.1, alínea “d”, 16º parágrafo.

Já a Portaria nº 2577/06-MS¹¹ ratifica que *o financiamento para aquisição dos medicamentos do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional é da responsabilidade do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme pactuação na Comissão Intergestores Tripartite.*

Levando-se em consideração a obrigação específica de aquisição dos fármacos – e não as suas entregas ao paciente – com fulcro no art. 70, III, do CPC, é de rigor a *denúnciação da lide*, da União e do Estado-Membro, acaso já não integrem a ação.

7.2 DO CHAMAMENTO AO PROCESSO

Em razão da obrigação dos municípios executarem materialmente a obrigação – entregarem os medicamentos – é possível admitir a responsabilidade compartilhada do ente local, desagregada de qualquer solidariedade quanto a suportar os encargos da aquisição.

Essa particularidade aciona o instituto do chamamento ao processo, vez que, cada ente governamental possui uma obrigação para com o paciente – embora distintas entre si.

Nessa tela desenha-se a figura do litisconsórcio necessário, e assim os municípios solicitarão com fundamento no art. 46, I, II e IV, art. 47, do CPC c.c. o art. 4º e art. 17, I e III, da Lei nº 8.080/90 o *chamamento ao processo da União e do Estado-Membro, se também já não integram a ação.*

7.3 DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA

Acolhido o ingresso da União, isoladamente ou em conjunto com o Estado-Membro, por quaisquer dos institutos, a competência para conhecer e julgar a ação passa a ser da Justiça Federal nos termos do art. 109, da CF/88 e art. 99, do CPC.

Vindo aos autos somente o Estado-Membro, a competência desloca-se para a Vara da Fazenda Pública Estadual indicada nas Normas de Organização Judiciária do Estado.

11 Item IV, nº 29.

7.4 DIREITO PÚBLICO X DIREITO INDIVIDUAL – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O art. 196 da CF/88 não garante a destinação de recursos públicos a determinada situação individualizada, mas limita o seu alcance, na medida em que condiciona o direito à saúde às políticas sociais e econômicas.

Para cumprir o dispositivo constitucional, as políticas sociais e econômicas devem propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Referidas políticas são normas de planejamento de ação do Poder Público.

Isso significa que não existe direito subjetivo público do paciente obter gratuitamente determinado medicamento. Ou ele se encontra listado na categoria de *atenção básica* e a responsabilidade é dos municípios ou ele estará no rol do *alto custo* e a obrigação é do Estado-Membro e da União. Caso contrário, a pretensão não se sustenta.

Não se pode atender o direito individualizado em detrimento do coletivo – regrado em lei - tendo em vista que as políticas públicas de saúde outorgaram aos municípios a atenção básica – medicamentos de baixo custo. Assim, o atendimento de um caso de alto custo compromete o coletivo, já que para atendê-lo, o restante da população poderá perecer.

E isso põe em risco a própria finalidade do SUS e as suas políticas públicas.

O art. 196 da CF/88 deve ser interpretado como delineador de políticas sociais públicas que estabelecem limitações ao direito individual em benefício do coletivo, nos moldes da regulamentação por normas infraconstitucionais.

A Ministra Ellen Gracie¹² suspendeu, em emblemática decisão, a tutela antecipada que compeliu o Estado de Alagoas a fornecer medicamentos necessários ao tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados, sob o fundamento de que *a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.*

Ao se reportar ao art. 196, a Ministra afirmou que o dispositivo *refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a po-*

12 BRASIL. STF. Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº91 em Ação Civil Pública. Estado de Alagoas. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, publicado em 02 mar.2007.

pulação como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não em situações individualizadas.

Concluindo, Ellen Gracie asseverou que a ordem judicial de fornecimento de medicamentos excepcionais e de alto custo a poucos configura lesão à ordem pública, porque *afeta o já abalado sistema público de saúde.*

Em idêntico sentido: STF – SS 3263/GO – Goiás. Min. Rel. Ellen Gracie, dj. 02.08.2007, p. 00074.

A Corte da Cidadania, pelas vozes do Ministro Edson Vidigal assim se manifestou:

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS. FORNECIMENTO INDISCRIMINADO DE PRÓTESES. POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE. COMPETÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 1. O fornecimento genérico e indiscriminado de próteses não aprovadas por órgão especializado, a quem delas necessite, em detrimento da listagem oficial do Ministério da Saúde tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente e o próprio sistema de saúde pública. 2. Compete à Administração Pública fixar as diretrizes da política social e econômica que visam a saúde de toda população. 3. Agravo Regimental não provido. (STJ. Cômite Especial; Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº2004/0062451-9; Rel. Min. Edson Vidigal; j. 29.06.2005).

SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DEFERIMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAÇÃO. DECISÃO GENÉRICA. SAÚDE PÚBLICA. LESÃO RECOONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL. 1. A imposição do fornecimento gratuito, aleatório e eventual de medicação não especificada ou sequer discriminada tem potencial suficiente para inviabilizar o aparelho de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública. 2. Agravo Regimental não provido. (BRASIL. STJ. Cômite Especial. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº2003/0232382-3**. Relator: Min. Edson Vidigal. Julgado em: 25 out. 2004).

O STF e o STJ talharam a concepção da universalidade do atendimento, isto é, o coletivo deve prevalecer sobre o individual, conforme planejado pelas políticas públicas sociais.

7.5 PRINCÍPIO DA “RESERVA DO POSSÍVEL”

Estabelecidas as políticas sociais públicas, cada ente federativo fará inserir em seu orçamento os limites financeiros de aplicação para determinado exercício, segundo as obrigações outorgadas pelas normas regulamentares.

Assim, responsáveis pelo fornecimento de medicamentos de *baixo custo*, os municípios consignarão recursos em suas leis orçamentárias para custeá-los. Da mesma maneira, os Governos Estaduais e Federal em relação aos de *alto custo*.

Partindo desse pressuposto, o *princípio da reserva do possível*, cuja origem se credita à Corte Constitucional Federal da Alemanha, informa que o exercício das garantias constitucionais de segunda geração está condicionado à disponibilidade orçamentária do Poder Público.

J. J. Canotilho¹³ é contrário ao princípio, argumentando que *um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica* e que *os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõe de vinculatividade normativo-constitucional*.

O Estado, conclui o mestre, não pode oferecer ilusões, deve concretizar suas promessas.

No entanto, a doutrina nacional, através de Araken de Assis,¹⁴ em lapidar magistério adota referido princípio.

O STF já o recepcionou no voto anteriormente citado,¹⁵ onde o Ministro Celso de Mello leciona com propriedade que:

Os condicionamentos impostos, pela cláusula da ‘reserva do possível’, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa – traduzem-se

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 481-482.

14 ASSIS, Araken de. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Limites da Jurisdição e do Direito à Saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007. p. 163.

15 BRASIL. STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: ADPF nº45 MC/DF.

em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Entretanto, o magistrado adverte que o princípio somente é invocável pelo Estado (sentido amplo), quando ocorrer *justo motivo objetivamente aferível*. No mesmo sentido: STJ, Resp nº 2006/00112352-8. 1ª T., Min. Luiz Fux.

In casu, o *justo motivo* que desobriga os municípios está no fato de que a Lei nº 8.080/90, a Portaria nº 399/06-MS e a Portaria nº 2577/06-MS, estabelecem que a responsabilidade pela aquisição dos medicamentos de *alto custo* é do Estado-Membro e da União.

Bem por isso, não é exigível a previsão orçamentária nos municípios para suportar tais despesas. Dispensável, assim, até mesmo a apresentação da lei orçamentária nos autos.

7.6 PRINCÍPIO DA INTEGRALIDADE DO SUS

Contemplado pelo art. 2º, da Portaria nº 399/06-MS, o *princípio da integralidade do SUS* informa que para haver responsabilidade do Estado-Membro em relação ao fornecimento de medicamentos o procedimento médico deve ser iniciado e concluído no SUS.

São quatro os requisitos: 1) o médico deve ser do convênio SUS; 2) o paciente deve ser atendido pelo convênio SUS; 3) o atendimento deve se dar na unidade de saúde própria do SUS; e 4) o receituário deve ser SUS. Ausente quaisquer deles não há cobertura pelo SUS.

O magistrado deve cercar-se de muita cautela ao apreciar os documentos médicos carreados aos autos, porque não raras vezes há receituários com timbre de profissional particular indicando que o paciente está custeando o tratamento mas procura obter o medicamento na rede pública; noutros os receituários podem até ser SUS, mas a consulta foi paga, e finalmente há as consultas realizadas em consultório particular.

Com o escopo de evitar fraudes é que se torna viável a realização de audiência de instrução, ainda que só para ouvir o paciente, por meio da

qual o judicante poderá aferir o grau de confiabilidade dos documentos médicos produzidos ou “produzidos”.

7.7 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

A pretensão do paciente em face dos municípios maltrata o princípio da *indisponibilidade do interesse público*, que se encontra agregado ao da *supremacia* do mesmo interesse.

Em nome desse princípio o administrador não pode, e não deve, praticar liberalidades de bens e direitos pertencentes à entidade estatal que representa. Nessa esteira se encontram as lições de Sylvia Di Pietro,¹⁶ “in verbis”:

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello (1995:31-33), “significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.”

E conclui:

Assim, a autoridade [...]; *não pode fazer liberalidade com o dinheiro público*. Cada vez que ela se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.”

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784, e especificado no parágrafo único, com a exigência de “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei” (inciso II).

Qualquer decisão – inicial ou de mérito – em face dos municípios esbarra no princípio em causa, já que a obrigação está afeta ao Estado-Membro e à União.

16 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 60.

7.8 PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, MORALIDADE, PUBLICIDADE E EFICIÊNCIA

O art. 37, *caput*, da CF/88, traz em seu bojo o *princípio da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, dentre outros, aos quais estão sujeitos os municípios.

Hely Lopes¹⁷ leciona que:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito.

No mesmo sentido, a doutrina de destaque.¹⁸

Sendo da União e do Estado-Membro através do SUS, a responsabilidade pela aquisição de medicamentos de alto custo, em nome do princípio da legalidade¹⁹ os municípios não podem ser compelidos a arcar com uma obrigação que não lhes é atribuída por lei.

O *princípio da moralidade*, por sua vez, está a impor comportamento ético aos municípios em cumprir as leis, desde a CF até a Lei Orgânica Municipal.

Noutro vértice, em obediência ao princípio da legalidade – art. 165 da CF/88 – os municípios possuem Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) – lei de planejamento - e Lei Orçamentária Anual (LOA) – lei que estima as receitas e fixa as despesas, lei de execução.

17 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 86-87.

18 BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 24-29; BRAZ, Petrólio. **Manual de Direito Administrativo**. Leme: Editora de Direito, 1999, p. 143-147; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 12; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit. p. 58-59; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42-43; GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 06; MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8.ed. São Paulo: RT, 2004. p. 146; MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 71-77; MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 04.

19 Norma de ordem pública.

Se não há obrigação legal dos municípios fornecerem medicamentos de alto custo, também não há previsão orçamentária para suportar a execução da decisão judicial.

Qualquer decisão nesse sentido impõe ao Executivo: 1) iniciar programas ou projetos não contemplados na LOA; e 2) transpor recursos de uma categoria de despesas (rubrica), a outra sem a aquiescência do Poder Legislativo (lei aprovada devidamente publicada).

Tais condutas são vedadas – art. 167, I e VI, da CF/88 – e espancam ainda os *princípios da publicidade e da eficiência* – art. 37, da CF/88.

Referida decisão judicial empurra o Executivo ao descumprimento de normas de ordem pública, notadamente para o desvirtuamento da execução orçamentária.

7.9 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Ao lecionar sobre a independência dos poderes, José Afonso da Silva²⁰ ensina que [...] *no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização, e que, na organização dos respectivos serviços cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais.*

O planejamento e a execução de políticas sociais públicas incumbem, pois, ao Executivo.

Nesse panorama, os recursos financeiros destinados à saúde devem ser administrados pelo Executivo, não sendo admissível a ingerência do Judiciário no desempenho do encargo.

É sabido que decisões judiciais não criam receitas públicas, ao contrário, tumultuam a execução orçamentária.

Primeiro, porque não havendo previsão para as despesas, demandam a utilização de recursos de outra rubrica – o que obriga o Executivo a inadimplir a LRF nº101/00, dentre outras com as implicações inerentes.

Segundo, ainda que houvessem receitas previstas, deveriam ser

20 DA SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110.

aplicadas de acordo com as metas estabelecidas nas respectivas políticas públicas.

7.10 PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição consagrou em seu art. 5º, LIV, o princípio²¹ através do qual só por meio do *devido processo legal* é que se pode *privar alguém da liberdade ou de seus bens*.

Ainda que os municípios tivessem obrigação legal no fornecimento dos medicamentos jamais poderiam ser privados do seu patrimônio por meio de tutela antecipada ou sentença, sem exercer *o contraditório e a ampla defesa* (inciso LV, art. 5º, da CF/88), em sua plenitude.

A proteção ao erário é tão acentuada que, mesmo não havendo recurso voluntário da Administração, o juiz deve, em regra, recorrer de ofício. E se não o fizer o Presidente do Tribunal deverá avocar os autos. É o reexame necessário previsto no §1º, do art. 475, do CPC.

7.11 PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Sylvia Di Pietro²² assevera que, em razão do interesse público, a Administração possui determinados privilégios processuais quando figura como parte ou interessada, em ação judicial, que não são outorgados aos particulares.

E um deles é o princípio do *duplo grau de jurisdição* – art. 475, I, CPC - que traduz o direito da Fazenda Pública ver executada a decisão que lhe tenha sido desfavorável, *somente* após o seu trânsito em julgado, pelos prejuízos irreversíveis que a execução pode causar.

Se o princípio protege a Administração contra a execução de sentença não transitada em julgado, com maior razão ainda não transige com a execução definitiva de uma tutela antecipada onde há a certeza que os municípios não são os responsáveis pela obrigação.

21 Cf. SILVA, José Afonso da, Op. cit., p. 84, a terminologia princípios da expressão princípios fundamentais do Título I, da Constituição Federal não é sinônimo de início, começo, mas “*exprime a noção de mandamento nuclear de um sistema*”.

22 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Op. cit., p. 586.

7.12 PROVA DA INDISPENSABILIDADE DOS MEDICAMENTOS À VIDA DO PACIENTE

Outro fator preponderante é a prova de que a falta do medicamento solicitado pode conduzir o paciente à morte. E o risco de morte do paciente se demonstra por documento médico que deve instruir a ação. Não preenchido esse requisito, tutela antecipada e decisão de procedência estão prejudicadas – ainda que contra o Estado-Membro ou a União. Nesse sentido:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. INADMISSIBILIDADE. 1. O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Município, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 2. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS - 4ª Câmara Cível; Ap. nº70013145164; Rel. Des. Araken de Assis; j. 30.11.2005).

CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA. REALIZAÇÃO DE AVALIAÇÃO DE RETINA. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O fornecimento de medicamentos, bem como de realização de exames, de forma gratuita pelo Município, exige que tais providências sejam excepcionais e indispensáveis à vida do paciente. 2. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS - 4ª Câmara Cível; AI nº70013917489; Rel. Des. Araken de Assis; j. 22.03.2006).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À VIDA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FALTA DE PROVA IDÔNEA QUANTO AO RISCO DE VIDA. INADMISSIBILIDADE. 1. É desnecessário, para acudir à via jurisdicional, esgotar ou pleitear na instância administrativa. Preliminar rejeitada. 2. O fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado e Município, exige que o remédio seja excepcional e indispensável à vida do paciente. 3. APELAÇÕES PROVIDAS. VOTO VENCIDO. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS - 4ª Câmara Cível; Ap. nº70011565579; Rel. Des. Araken de Assis; j. 15.06.2005).

7.13 NECESSIDADE DOS MEDICAMENTOS PRESCRITOS

Há de ficar provado que os medicamentos prescritos são, reconhecidamente, os únicos meios de tratamento da enfermidade e que os genéricos existentes não possuem eficácia ou, quiçá o paciente possua intolerância aos mesmos.

Essa prova se corporifica em avaliação médica rigorosa, onde se descreve a história clínica do paciente e o Código Internacional da Doença - CID. Nessa toada, traz-se à colação:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE PÚBLICA. DOENÇA TIROSINEMIA HEREDITÁRIA TIPO I. LEITE XPT ANALOG DA SHS. LEITE TYR 1 MIX. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. DÚVIDAS QUANTO À NECESSIDADE DO MEDICAMENTO EM DECORRÊNCIA DO DECURSO DO TEMPO. PROVIMENTO DO APELO PARA LEVAR O PROCESSO À PROVA. Nas ações de fornecimento de medicamento, ante a necessidade de se congregarem o princípio de resguardo à saúde com o princípio da reserva do possível (necessidade de previsão orçamentária do ente público), devem os demandantes comprovar a necessidade do medicamento *como única solução* para tratamento da moléstia acometida, bem como, nos casos de não manifesta urgência, da negativa do Estado em fornecer o remédio pleiteado, seja porque em falta no estoque de medicamentos, seja por não constar da lista oficial do Ministério da Saúde. Diante disso, estando o autor da ação com mais de dois anos nesta data, fase de evolução da criança indicativa de substituição do leite por outros alimentos, é de se determinar a colheita de prova da necessidade do Estado continuar fornecendo o leite especial. Preliminar rejeitada. Apelação provida para levar o processo à prova, prejudicado o reexame necessário. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS - 4ª Câmara Cível; Ap. nº 70008157091; Rel. Des. Wellington Pacheco Barros; j. 07.04.04).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À VIDA. PRETENSÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO MUNICÍPIO. CONJUNTO

PROBATÓRIO INCONCLUSIVO. REMESSA DE OFÍCIO DO PROCESSO À PROVA. POSSIBILIDADE. 1. O fornecimento de medicamentos pelo Município requer *prova incontestada* de que o medicamento pleiteado é o *único meio* de tratamento possível para a enfermidade. O Tribunal pode, de ofício, com fundamento no art. 130 do Cód. de Proc. Civil, determinar a realização de provas a fim de auxiliar a formação do convencimento dos julgadores. A iniciativa probatória do magistrado, com a determinação de realização de provas de ofício, não está sujeita à preclusão temporal, vez que é feita no interesse público da efetividade da Justiça. 2. APELAÇÃO PROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL. TJRS - 4ª Câmara Cível; Ap. nº 70013398169; Rel. Des. Araken de Assis; j. 21.12.2005).

8 CONCLUSÃO

O art. 196, da CF/88, é norma de eficácia limitada, regulamentado por legislação infraconstitucional que estabelece as competências para o financiamento do SUS, segundo as quais a aquisição de medicamentos de alto custo é obrigação do Estado-Membro e da União.

De acordo com as normas de gestão integrada os municípios são responsáveis pela aquisição e fornecimento dos medicamentos de baixo custo – da farmácia básica – e pela entrega dos de alto custo, salvo os que aderiram à gestão plena municipal.

A decisão judicial que impõe aos municípios o encargo financeiro pelos medicamentos de alto custo é degenerativa do tesouro municipal, viola dezenas de princípios constitucionais, legais, normas infraconstitucionais, invade a área de atuação do Executivo, tumultua sua execução orçamentária, induz ao desrespeito da gestão fiscal responsável e coloca em xeque a continuidade dos serviços de saúde à maioria da população.

Pela atrofia dos demais poderes, em nome do “mínimo existencial” o Judiciário é conclamado a atuar na concreção da cidadania social, que está ancorada nos direitos fundamentais sociais, obrigando a aquisição de medicamentos aos pacientes necessitados.

O papel emancipatório e de supremacia que o Judiciário vivencia, que o outorga *status* de Poder deste século, está longe de ser impulsionado

por juristas e governantes. É um anseio da própria sociedade.

Entretanto, o Judiciário deve atuar com desvelo, em homenagem ao princípio maior da legalidade, impondo a obrigação de aquisição de medicamentos de alto custo a quem de direito – menos aos municípios – sob pena de, à guisa de distribuir justiça social, disseminar o caos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Aspectos polêmicos e atuais dos limites da jurisdição e do direito à saúde**. Porto Alegre: Notadez, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRAZ, Petrônio. **Manual de Direito Administrativo**. Leme: Editora de Direito, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Direito Constitucional Positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio Século XXI: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução de Maria Luíza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Correspondência | Correspondence:

Galileu Marinho das Chagas

Procuradoria Geral do Município de Martinópolis, Av. Cel. João Gomes Martins, 525, Centro, CEP 19.500-000. Martinópolis, SP, Brasil.

Fone: (18) 327-59500.

Email: galileuchagas@terra.com.br