

PEDIDO DE REMÉDIOS

Exigibilidade judicial de direitos subjetivos sociais

O direito à saúde

Autor: André Jorgetto de Almeida

Narrativa:

Leia o pedido formulado pela parte autora, bem como a contestação apresentada pela Fazenda Pública, e responda as questões que seguem.

Questões:

1. Na qualidade de Juiz, como justificar a concessão do medicamento à Maria da Silva? Mencione os dispositivos legais a respaldar a concessão, mobilizando os argumentos necessários.
2. O que seria o princípio da “reserva do possível” e como você imagina a sua interferência na concessão de direitos sociais?

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO – SP**

MARIA DA SILVA, brasileira, casada, dona de casa, identidade de número 12345-6 e inscrita no CPF sob o número 987.654.321-01, domiciliada nesta cidade e comarca da capital, residente na Av. São Remo, n. 765, bairro São Remo, vem, por meio de seu procurador, à douta presença de vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, "caput"; 6º; e 196 e seguintes da Constituição da República, art. 6º, I, letra "d" e art. 7º, II da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde), e da Portaria 34 de 28 de setembro de 2007 do Ministério da Saúde, mover **AÇÃO DE MEDICAMENTOS** em face da **SECRETARIA ESTADUAL DA SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO**, o qual reúne competência para dar cumprimento integral à pretensão da Autora.

A Autora é portadora de esclerose múltipla, doença inflamatória desmielizante e degenerativa que afeta o sistema nervoso central de modo irreversível. Trata-se de uma doença sem cura, cujo tratamento consiste na atenuação dos efeitos e desaceleração da doença.

O profissional médico que lhe assiste, o Dr. João Mendes Jr., determinou a utilização contínua de cloridrato de fingolimode, presente no medicamento Gilenya 0,5 mg, do laboratório Novartis®, considerado de alto custo, o que acarretará à Autora a soma de R\$ 84.000,00 por ano, impossível de ser suportado por ela.

A manutenção da saúde e da vida é direito da Autora, haja vista que, se não fizer uso da medicação mencionada, suportará prejuízo incomensurável e talvez a morte. A inviolabilidade deste direito está garantida pela nossa Constituição Federal:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A responsabilidade da Ré, quanto ao fornecimento da medicação está disposta no art. 6º, inciso I, alínea "d", e no art. 7º, inciso II, da Lei 8.080/1990, que repassou para os Estados e Municípios a direção e organização do sistema de saúde, por meio do SUS (Sistema Único de Saúde), o que foi feito pelo art. 9º, incisos II e III, da Lei 8.080/90:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

- I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;
- II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e
- III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: (...)

- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde:

- I - a execução de ações: (...)

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica

Depreende-se ser da Ré a responsabilidade pelo fornecimento da medicação que a Autora necessita, não lhe sendo lícito permanecer na negativa, que implicaria crime de omissão de socorro, ofendendo o art. 135 do Código Penal.

DO PEDIDO

“*Ex positis*”, é a presente para requerer a V.Exa. que se digne a:

- (i) Julgar procedente a pretensão da Autora, garantindo-se o direito à saúde;
- (ii) Obrigar a Ré a fornecer o tratamento determinado pelo profissional médico que assiste a Autora; e
- (iii) Determinar que a Ré forneça todo e qualquer medicamento de que venha necessitar a Autora, a fim de evitar a reiteração de novos pedidos.

Nestes termos, pede e espera deferimento,

LUIZ GAMA

Defensor Público

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO – SP

O **ESTADO DE SÃO PAULO**, por meio de sua **PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**, nos autos da presente ação que lhe foi proposta vem apresentar contestação pelas razões de fato e de direito que passa a aduzir.

O pedido de fornecimento de medicamento não é excepcional. Isto porque, quando da data do pedido, o mesmo não se encontrava incorporado pela rede pública de saúde. O cloridrato de fingolimode só passou a incorporar a rede a partir da Portaria 24, de 27 de junho de 2014, do Ministério da Saúde. Embora a vigência da portaria seja imediata, o tempo do procedimento administrativo até a data da efetiva entrega do medicamento poderá durar até 90 (noventa) dias.

Ainda assim, tal incorporação não garante o livre acesso a todos os pacientes, vez que para ter direito à dispensa pelo programa de auto custo, o paciente interessado deverá ter apresentado falha terapêutica no uso da *betainterferonae* do *glatirâmer*, ter impossibilidade de tratamento com *onatalizumabe* e ainda não ter contraindicação para o uso do *fingolimode*.

A procedência do pedido encontra óbice no princípio da legalidade orçamentária. De acordo com o informado pela Secretaria de Estado de Saúde, o fornecimento do *fingolimode* não é responsabilidade do Estado. O orçamento público está submetido ao princípio da legalidade (artigos 165 e seguintes da Constituição Federal). A compra de medicamentos não incluídos na relação de medicamentos padronizados pelos competentes órgãos da Administração Pública atenta contra a legalidade. Não se pode esquecer que o artigo 167, inciso II, da Constituição da República veda “a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que

excedam os créditos orçamentários ou adicionais”. É também proibido “a concessão ou utilização de créditos ilimitados” (art. 167, VII). O princípio da qualificação dos créditos orçamentários, isto é, quantificação daquilo que o Executivo está autorizado a gastar, é de suma importância para a fiscalização e o controle por parte do Poder Legislativo. Veda-se, assim, a concessão ou utilização de créditos ilimitados, proibindo-se a realização de despesas e a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários.

Ora, considerando, por um lado que o medicamento pretendido não se encontra ainda previsão da Lei Orçamentária do Estado e, por outro lado, que o orçamento não admite a utilização de créditos ilimitados, é evidente que a procedência do pedido tornará inviável o fornecimento de medicamentos a milhares de outras pessoas que fazem uso de medicamentos padronizados de fornecimento obrigatório. Tal hipótese contraria o interesse público e a igualdade, além de abrir um precedente que inviabilizará qualquer planejamento da gestão da coisa pública. Há que se observar também o princípio da reserva do possível.

Necessário destacar que os invocados direitos à vida e à saúde, tal como enunciado nos arts. 5º, 6º, 196 e 198 da CF não se apresentam com direito subjetivo público de que disponha o cidadão contra o Estado, de modo a poder exigir deste quaisquer prestações tendentes a efetivá-los, até porque não se encontram definidos no texto constitucional, os limites das mesmas, e nem mesmo a sua natureza, de modo a identificar a modalidade em que devem se traduzir quando de seu cumprimento. Portanto, não se sustenta a hipótese de ocorrência de omissão de socorro, desincumbindo-se, assim, a Ré de tal responsabilidade.

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Sistema Único de Saúde como forma de garantir a todos o direito universal e igualitário à saúde, estabeleceu a descentralização como diretriz básica (arts. 196 e 198, I, da CF).

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo

A Lei Federal nº 8.080/1990, por sua vez, regulamentou “em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde”, ressaltando em seu art. 7º:

Art. 7º – As ações e serviços públicos de saúde (...) que integram o Sistema Único de Saúde – SUS são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, os seguintes princípios:(...)

IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: ênfase na descentralização dos serviços para os municípios

No mesmo sentido dispõem os arts. 17, I e III e 18, I da referida lei:

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde –SUS compete:

I – promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; (...)

III – prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde.

Art. 18 – À direção municipal do Sistema Único de Saúde –SUS compete:

I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde

Forçoso concluir, portanto, que se trata da responsabilidade do Município de São Paulo, no qual a autora encontra-se domiciliada, visto que este município já assumira a gestão plena do serviço de saúde em seu território, recebendo da União Federal repasse para tal.

Ademais, a formulação de tal pretensão em Juízo ofende o art. 2º da Constituição Federal, pois a gestão da coisa pública e a eleição das prioridades governamentais cabem ao Poder Executivo. Tal concessão por meio do Poder Judiciário seria uma intervenção ilegal, extrapolando a divisão de poderes.

Termos em que pede e espera deferimento,

JOSÉ BONIFÁCIO DE ANDRADA E SILVA

Procurador do Estado