

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO****COMARCA DE SÃO CARLOS****FORO DE SÃO CARLOS****VARA DA FAZENDA PÚBLICA**

Rua D. Alexandrina, 215, Caixa Postal Nº 638, Centro - CEP 13560-290,

Fone: (16) 3307-4100, São Carlos-SP - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**SENTENÇA**

Processo Digital nº: **1005471-09.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Mandado de Segurança - Garantias Constitucionais**
 Impetrante: **Graziela Esposito Barbosa**
 Impetrado: **Fazenda Pública do Estado de São Paulo e outros**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema****RELATÓRIO**

GRAZIELA ESPOSITO BARBOSA impetra mandado de segurança contra DIRETOR TÉCNICO DE DEPARTAMENTO REGIONAL DE SAÚDE DRS III DE ARARAQUARA e SECRETÁRIO MUNICIPAL DE SAÚDE aduzindo que foi submetida a uma cirurgia de colostomia em 18/05/2010, todavia houve complicações, sendo necessária a utilização de oclisor e bolsa de colostomia terminal. Precisa dos materiais indicados às fls. 03/04. Pede, inclusive liminarmente, ordem judicial para que sejam fornecidos.

A liminar foi concedida (fls. 200/201).

As autoridades impetradas prestaram informações (fls. 247/248, 260/262) sustentando a inexistência do direito líquido e certo da impetrante aos insumos solicitados. O Secretário Municipal ainda informa que de todos os materiais solicitados apenas o obturador (oclisor) não consta em estoque. Todos os demais estão disponíveis no Centro Municipal de Especialidades, Setor de Ostomias, bastando à impetrante dirigir-se ao local com o receituário.

Informa a impetrante o não cumprimento da liminar (fls. 266/267, 272/273).

O MP apresentou parecer final (fls. 279/282).

FUNDAMENTAÇÃO

O usuário do serviço e ações de saúde pode mover a ação contra qualquer esfera da federação, a responsabilidade é solidária, assim, cabível a impetração do writ contra as duas autoridades impetradas, consoante Súm. 37 do TJSP.

Nos termos do art. 196 da CF, a saúde é um "direito de todos" e "dever do Estado", ou seja, consubstancia-se em um direito público subjetivo do indivíduo e da coletividade perante a organização estatal.

Todavia, é inegável a complexidade da questão, tendo em vista que é materialmente impossível assegurar a todos as condições ideais de saúde, em razão da escassez de recursos existente, e, como alertado por Stephen Holmes e Cass Sustein, "levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

A respeito, discorre LUIS ROBERTO BARROSO: "Os recursos necessários ao custeio dos medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo - que paga os tributos - quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros." (in Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, Caixa Postal Nº 638, Centro - CEP 13560-290,

Fone: (16) 3307-4100, São Carlos-SP - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>)

A questão foi primorosamente analisada pelo Min. GILMAR MENDES no Agravo Regimental no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, após amplo e democrático debate, por meio de uma série de audiências públicas realizadas no Supremo Tribunal Federal.

Nas palavras do Min. GILMAR MENDES "a judicialização do direito à saúde ganhou extrema importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias".

A complexidade da matéria não pode importar em denegação de Justiça pelo órgão jurisdicional, mas exige, por outro lado, a fixação de critérios para o julgamento, a fim de evitar distorções na perspectiva do SUS e da ordem constitucional, tendo em conta a particularidade de que o direito à saúde aqui postulado, direito fundamental social, tem por objeto uma prestação positiva estatal, de concretização muito mais complexa e delicada que as chamadas liberdades individuais.

Não se pode, em prisma unilateral, supor que o cidadão tenha direito ao recebimento gratuito de todo e qualquer medicamento que entenda necessário.

Convém citar, a propósito, artigo da lavra de NÉVITON GUEDES disponível online (<http://www.conjur.com.br/2014-jul-07/constituicao-poder-juiz-entre-bondade-justica>), no qual o articulista, desembargador federal do TRF da 1ª Região e Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, com rara precisão e notável conhecimento, demonstra os perigos do excessivo otimismo constitucional, alerta-nos a respeito da importância de se respeitar a liberdade de conformação do legislador, órgão legitimado democraticamente para as escolhas difíceis concernentes às prioridades nas alocações dos recursos públicos, à vista das inúmeras missões assumidas constitucionalmente.

Quanto aos tais critérios ou parâmetros para julgamento, como exposto pelo Min. GILMAR MENDES no agravo regimental acima mencionado, é preciso analisar:

1º se existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, caso em que o Judiciário deve impor a prestação ao Poder Público, já que se trata de simples descumprimento das normas administrativas.

2º se não existe política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada, caso em que deve-se verificar:

a) a prestação de saúde pleiteada está registrada na ANVISA? existe vedação legal à entrega de tais prestações antes do registro (L. nº 6.360/76, art. 12), de modo que, se não houver registro, somente a título muito excepcional será deferida a providência judicial reclamada;

b) estando registrada na ANVISA, há que se aferir:

b.1) há tratamento fornecido pelo SUS, ainda que diverso do pleiteado pelo autor, para aquela moléstia? caso positivo, deve ser prestigiado o tratamento previsto no SUS - ressalvado apenas o caso de ineficácia ou impropriedade deste - uma vez que existem motivações para a política pública existente, como por exemplo (1) critérios científicos não comprovam a eficácia ou segurança da prestação de saúde pleiteada (2) parâmetros econômicos justificam a escolha do SUS, para não investir percentual excessivo dos recursos públicos no tratamento ótimo de apenas uma moléstia, já que o sistema deve efetuar a repartição eficiente do orçamento, a fim de realizar, na maior medida possível, o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, Caixa Postal Nº 638, Centro - CEP 13560-290,

Fone: (16) 3307-4100, São Carlos-SP - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

prestações de saúde (tal estratégia está em consonância com o mandamento constitucional e, inclusive, encontra apoio na doutrina (ROBERT ALEXY) segundo a qual todo princípio deve ser observado na maior medida diante das possibilidades jurídicas e "fáticas" (é o caso da inexistência de recursos para propiciar-se o tratamento ótimo para todas as moléstias existentes).

b.2) há tratamento alternativo fornecido pelo SUS mas, no caso específico, esse tratamento é ineficaz ou impróprio? a política pública não pode esvaziar o direito subjetivo da pessoa, de modo que, se o tratamento fornecido pelo SUS não é adequado, o Judiciário poderá, desde que motivadamente, decidir que medida diferente da incorporada no SUS deve ser fornecida.

b.3) não há tratamento fornecido pelo SUS? neste caso, se o tratamento pleiteado é experimental, não pode ser imposto ao SUS (trata-se de tratamentos ainda em pesquisa médica), mas se se trata de tratamento que simplesmente ainda não foi incorporado ao SUS, poderá ser imposto caso a não-incorporação consista em omissão administrativa indevida.

A propósito, lembra-se que as políticas do SUS são elaboradas com fundamentação na Medicina Baseada em Evidências Científicas, nos termos da Lei nº 8.080/90.

Cumpra salientar, ainda, a impossibilidade, em linha de princípio, de se admitir prescrição e/ou relatório médico subscrito por profissional particular. O SUS constitui um sistema, e para que se garanta o acesso universal, igualitário e ordenado às ações e serviços de saúde, necessário que sejam respeitadas as normas estabelecidas em relação às portas de entrada no sistema (serviços de atendimento inicial à saúde, do usuário do SUS), instituídas pelo Decreto nº 7.508/11, cujo art. 28, I e II estabelece de modo expresso que o acesso à assistência farmacêutica pressupõe estar o usuário assistido por ações e serviços de saúde do SUS e ter o medicamento sido prescrito por profissional de saúde, no exercício regular de suas funções no SUS.

Por outro lado, também não se pode impor ao usuário que demanda em juízo a prestação de saúde um ônus probatório excessivo que, no final das contas, importe em verdadeira denegação de Justiça por representar obstáculo desproporcional ao acesso à justiça, garantia constitucional (art. 5º, XXXV, CF); mais ainda considerando tratar-se, usualmente, de pessoas em condição socioeconômica vulnerável, com a vulnerabilidade aliás agravada pela moléstia que o acomete.

Nesse sentido, se a prescrição médica trazida pelo demandante é oriunda de profissional de saúde em exercício no SUS, deve-se admitir que para tal prescrição o profissional em questão examinou, previamente, a possibilidade ou não de se prescrever medicamento alternativo padronizado, já que segundo as normas do sistema único deve fazê-lo (art. 28, III, Decreto nº 7.508/11). Trata-se de ato administrativo concreto com presunção de legalidade e veracidade.

Havendo nos autos uma prescrição oriunda do SUS, o ônus de comprovar a existência de alternativas terapêuticas eficazes em relação à contraparte é do poder público. Não o fazendo, deve arcar com as consequências de sua omissão.

No caso dos autos, observamos que as prescrições médicas são oriundas do SUS e demonstram a imprescindibilidade dos materiais. Além disso, das informações do Secretário Municipal está bem claro que a política estatal de saúde abrange a prestação de saúde pleiteada pela parte, ou seja, o Judiciário deve impor a prestação ao Poder Público, já que se trata de simples descumprimento das normas administrativas.

Por outro giro, não se pode impor às autoridades impetradas o fornecimento de materiais não prescritos, o que configuraria antecipação de uma situação inexistente.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, confirmada a liminar, **CONCEDO** a segurança para **DETERMINAR** às autoridades impetradas, solidariamente, que forneçam à impetrante **os materiais indicados às fls. 03/04 dos autos**, na quantidade prescrita pelo médico que a acompanha, enquanto e na medida necessária, sem necessidade de se adotar marca eventualmente especificada,, sendo necessária a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215, Caixa Postal Nº 638, Centro - CEP 13560-290,

Fone: (16) 3307-4100, São Carlos-SP - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

apresentação administrativa do receituário a cada três meses, ou em período menor de acordo com a legislação sanitária¹.

Sem condenação em honorários, no *writ*.

Fls. 266/267, 272/273. A ordem judicial liminar ainda não foi cumprida, mesmo após a renovação de intimação para cumprimento da decisão. Faz excepcionalmente necessário, para a tutela do direito fundamental à saúde, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ em recurso repetitivo (REsp 1.069.810/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, j. 23/10/2013), o bloqueio de ativos financeiros. Providencie-se o bloqueio do montante de fls. 272/273, metade da fazenda estadual, metade da fazenda municipal, levantando-se os valores em favor da impetrante.

P.R.I.

São Carlos, 15 de julho de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

¹ Fórum do Judiciário para a Saúde – Comitê Executivo de Santa Catarina (COMESC) – Enunciado 3º: Considerando que um dos pilares da Política Nacional de Medicamentos é a promoção do uso racional de medicamentos; Considerando que a utilização indevida de medicamentos pode acarretar danos irreversíveis à saúde dos usuários; Considerando a necessidade de acompanhamento médico acerca do tratamento prescrito, seus resultados, os efeitos adversos e possíveis modificações da conduta terapêutica; **Enunciado 3** – Em caso de deferimento de liminar ou antecipação da tutela, é necessária a apresentação periódica do receituário médico, a cada três meses, ou em período menor, de acordo com a legislação sanitária, sob pena de revogação da medida.