

Ao Presidente da Federação Nacional dos Médicos - FENAM

M.D. Dr. Paulo de Argollo Mendes

EMENTA: Sistema Único de Saúde - Fornecimento de Medicamentos por intermédio da Apresentação de Receitas expedidas por Médicos Particulares – Função Estatal Precípua – Princípio e Garantia Fundamental – Direito Social – Previsão: Constituição de 88 e Lei 8080/90 – Descumprimento da obrigação estatal - Viabilidade de propositura de ação judicial.

1 – Introdução

Versa o presente parecer acerca do questionamento oriundo dessa respeitável instituição sindical de grau superior, por intermédio do Ofício PRESIDENTE/FENAM/002/08, referente à possibilidade de se buscar via judicial, provimento que determine à Administração Pública a aceitação dos atestados emitidos por médicos particulares para a obtenção de medicamentos junto ao Sistema Único de Saúde, haja vista que conforme narrado na postagem em epígrafe, em inúmeros municípios os gestores locais vem baixando ordens que proíbem o fornecimento de medicamento mediante a apresentação de receita de médico particular ou de convênio.

Ad argumentandum, o enfrentamento da questão suscitada guarda pertinência específica com a análise, tanto da obrigatoriedade estatal no fornecimento de medicamentos a população, quanto ao alcance da estrutura de atendimento pelo Sistema Único de Saúde, sem olvidar a prerrogativa profissional dos médicos, resguardada por seus estatutos de ética, formulados

na estrita observância da legislação autorizativa dos Conselhos Federal e Regionais.

2 - Da Obrigatória proteção à Saúde

Ab initio, cumpre ressaltar que por sua notoriedade, falam por si as condições econômicas e sociais brasileiras, não havendo nesta nação, quem ignore ou se contraponha ao argumento de que quase a totalidade da população, ou por menos sua grande maioria, não dispõem dos recursos que viabilizem o acesso tanto aos modernos medicamentos, quanto as instalações de saúde privadas.

Diante da cronicidade dessa situação, surge como desafio precípua estatal o de buscar incessantemente a harmonia social coletiva e por força da prerrogativa substitutiva, a Ordem Política, Jurídica e Social elegeu por intermédio da atual Carta Constitucional, como um dos baluartes do Estado Democrático de Direito, especificamente no inciso III do art. 1º, o Princípio da Dignidade Humana, cumulado ainda aos incisos III e IV do art. 3º, onde foi estabelecida a obrigatoriedade da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Certificando o inarredável posicionamento adotado, o disposto tanto no art. 6º, onde consta que são direitos sociais a educação, dentre outros a **SAÚDE**, quanto no inciso II do art. 23, ao que estabelece como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, “cuidar da saúde e assistência pública”, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Entendimento ainda corroborado no artigo 193, onde a Ordem Social tem esteio no primado do trabalho, e como objetivo o **bem-estar social** e a **justiças sociais**.

Importa ressaltar ainda na redação dada ao art. 196, que **“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”**.

Tal comando normativo de natureza principiológica prorrogou-se na Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990, que em seu art. 2º estabelece de plano, que a **saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício**.

E mais, consoante o disposto no inciso VI do art. 6º, estão incluídas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

Devidamente alvejada a questão referente à obrigatoriedade estatal de proteção a saúde, cumpre informar que a jurisprudência é pacífica quanto ao fornecimento de remédios àqueles pacientes usuários do Sistema Único de Saúde, valendo ressaltar o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175-0, de relatoria do Ministro Celso de Mello, onde em proficiente explanação emanou:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão,

em grave comportamento inconstitucional. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

Assim, diante de toda a fundamentação esposada, há que subsumir como obrigatória à proteção da saúde, elevada como um dos direitos e garantias fundamentais, sendo por conseqüência, assegurada a todos os cidadãos que não detenham recursos suficientes a política de fornecimento de medicamentos. Nisso não remonta qualquer dúvida.

3 – Dos princípios do Sistema Único de Saúde

Todavia, o questionamento apontado por essa instituição consulente diz respeito especificamente ao fornecimento dos medicamentos por parte do SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, em favor dos cidadãos que apresentam os atestados de prescrição (receituário) efetuados por médicos particulares.

Ora, da leitura combinada do art. 194 e 195 da Constituição Federal, se extrai que a Seguridade Social é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade como um todo, destinada a assegurar os direitos relativos “à saúde”, previdência e à assistência social, organizadas com base nos princípios da universalidade de cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência (dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais); seletividade e distributividade (na prestação dos benefícios e serviços); irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados e por fim “financiadas” por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes

dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e contribuições sociais.

Destarte, na forma do art. 198 da CRFB, tais ações e serviços públicos de saúde, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um **sistema único**, organizado de acordo com as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; com **atendimento integral**, com prioridade para as atividades preventivas, **sem prejuízo dos serviços assistenciais**; e participação da comunidade. Havendo ainda que se afirmar que, na forma do § 1º do mesmo dispositivo, o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições e que assegurem **acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação**.

4 – Do participação complementar no Sistema Único de Saúde

Para tanto, o § 1º do art. 199 da Constituição Federal estabelece que as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

A lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que dispõe dentre outros, sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, como não poderia deixar de ser, corrobora com tal entendimento na redação do § 2º do art. 4º, ao exarar que a **iniciativa privada** poderá participar do Sistema Único de Saúde em caráter complementar.

Concomitante, o art. 7º institui que as ações e serviços públicos de saúde e dos **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, dentre outros,

aos princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; 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; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

É indubitável que, diante da afetação pública de tais serviços, quer sejam esses prestados pelo estado diretamente ou por entidades privadas e conveniadas, encontram-se os mesmos açambarcados todos os princípios basilares à administração pública, no respectivo exercício das ações que caracterizem a proteção a saúde.

Em razão disso o comando normativo emanado do inciso XI do art. 15 onde consta a que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão em seu âmbito administrativo a elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública.

E não seria do contrário, já que a delegação de atribuições públicas não é uma exceção, haja vista a impossibilidade de onipresença da máquina estatal, origem da previsão emanada do art. 24, onde encontra se positivado que quando as disponibilidades estatais forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial á população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Diante de toda proposição arrolada, se o paciente é atendido por uma dessas entidades conveniadas que por óbvio detêm a justa contraprestação pelo atendimento e tratamento através desse vínculo jurídico mantido com o Estado, quer seja por contrato ou por convênio, não é crível que o poder

público que o financiou, se abstenha de fornecer o medicamento a esse mesmo paciente necessitado do benefício. Isso seria de plano, irrazoável, ou seja, dá-lhe com uma mão e retira-lhe com a outra.

Assim, resta manifestamente irrefutável que deve o Sistema Único de Saúde, na condição de instituição oriunda de um conjunto de ações governamentais, cujos princípios compreendem dentre outros o acesso universal e igualitário, com a participação da iniciativa privada, aceitar os atestados e receituários para o fornecimento de medicamentos gratuitos, oriundos dos profissionais no exercício da medicina em instituições de saúde contratadas e conveniadas, sempre com observância da prevalência dos critérios clínicos pertinentes as enfermidades que acometem o paciente, bem como os subjetivos, relativos à sua condição social e econômica. Não há dúvida quanto a isso.

Entretanto, há ainda que se analisar a questão quanto à aceitação dos receituários emitidos por médicos particulares. Nesse diapasão, o deslinde do questionamento deve percorrer critérios de cunho clínico e subjetivos, principalmente com relação à enfermidade que acomete o paciente e sua condição de suficiência econômica social, sem olvidar a boa aplicação dos princípios jurídicos.

Diz-se isto uma vez que a regra vigente no país, como já visto, é o acesso universal e igualitário, tanto que no Título III, que trata dos **Serviços Privados de Assistência à Saúde**, especificamente no § 1º do art. 23, consta que em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema único de Saúde(SUS) submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados, excetuando-se unicamente o disposto no § 2º do mesmo dispositivo, com relação aos serviços de saúde mantidos, sem finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, ONDE NÃO HAJA QUALQUER ÔNUS PARA A SEGURIDADE SOCIAL.

Ora, sendo o programa de fornecimento gratuito de medicamentos uma das ações que compõem o Sistema Único de Saúde, não poderia sua execução estar vinculada inflexivelmente ao atendimento na rede pública ou conveniada, sob o risco de se mitigar ou relativizar a aplicação de tais princípios, inclusive os constitucionais que guarnecem a proteção à saúde.

Se o Estado assim procedesse, estaria a presumir que, pelo fato do paciente ter sido atendido por um médico particular, teria condições para custear o tratamento clínico. Nada obstante a esse entendimento e como já dito, a questão por envolver critérios objetivos e subjetivos, pertinentes às condições de saúde do paciente, sua condição social e capacidade econômica, custo dos medicamentos, merece uma análise mais acurada, divorciada por certo desse excessivo simplismo.

Em assim sendo, negando o Estado o fornecimento solicitado, estaria, sem razões, afastando o cumprimento da garantia do acesso universal e igualitário a saúde, como visto de cunho constitucional, podendo ocasionar ao cidadão severas seqüelas em função da ausência de tratamento. Isso não pode ser admitido como conduta pública.

A presunção que deve adotar é da referida legalidade de tal documento, que comprova o atendimento ao paciente por profissional qualificado, mesmo que particular, garantindo-se assim o acesso a uma das ações que integram o Sistema Único de Saúde.

Até porque, não bastassem às vedações capitaneadas no Código de Ética Profissional dos Médicos, instituídos especificamente nos art. 42, 110 e seguintes na forma do art. 52 da Lei 8.080/89, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

E mais, não seria lúcido submeter, tanto o paciente a uma *via crucis*, agendando outra consulta para obter uma nova receita, quanto sobrecarregar desnecessariamente o Sistema Único de Saúde, já acometido de tantas mazelas, com o encargo de emitir novo documento, haja vista que a prescrição do medicamento se deu por profissional médico, cuja atividade é exaustivamente regulamentada e fiscalizada por seu Conselho Profissional e como visto sujeito às devidas sanções.

Isso, não corresponderia a escorreita aplicação do Princípio da Razoabilidade, cujo fundamento se extrai do comentário do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹ *in verbis*: “*Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício da discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer, pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada*”

Afastada estaria concomitante, a observância do Princípio da Eficiência, onde, na esteira dos ensinamentos da Professora Maria Silvia Zanella Di Pietro², consta predito que “O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar,

¹ Curso de Direito Administrativo, 19ª Edição, Editora Malheiros, pág. 97

² Direito Administrativo, 18ª Edição, Editora Atlas, pág. 84

estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

É dever invocar ainda aplicabilidade do conceito do Interesse Público, onde na lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello³, se destaca: *“É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.”*

Consoante a aplicação de tais princípios, haveria ainda qualquer argumento que justificasse à Administração Pública, resguardada a devida gradação de conceitos clínicos médicos, deixar de fornecer medicamentos a um paciente acometido de uma enfermidade, tão somente pelo fato do mesmo ter sido atendido por um médico particular? No mínimo, diante de cada caso, caberia ao órgão de saúde formular o devido instrumento administrativo declaratório de hipossuficiência para afastar qualquer questionamento, a exemplo do que é feito com o acesso ao judiciário, outra garantia constitucional.

Diante de todo o exposto, consoante a presente fundamentação exortada oriunda tanto do texto constitucional quanto da remansosa jurisprudência colacionada, há que se ter como indiscutível que é obrigação do Estado promover o fornecimento de medicamentos de forma gratuita aqueles pacientes atendidos por profissionais que atuem em seara privada, quer sejam contratados, conveniados ou não. Todavia, face o princípio da RAZOABILIDADE, da EFICIÊNCIA e SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, todos basilares da Administração Pública, e na forma da

³ Curso de Direito Administrativo, 19ª Edição, Editora Malheiros, pág. 50

jurisprudência cotejada, há que se afirmar que essa prerrogativa tem como diretriz a prioridade estabelecida pelas características do medicamento, a condição sócio-econômica do paciente, e mormente a natureza da enfermidade a ser tratada.

Portanto, detectada a irregularidade, e devidamente provida de instrução documental pertinente aos fatos constitutivos do direito pleiteado, entende-se viável em caso de descumprimento dessa função estatal precípua, o legítimo exercício de ação por parte do paciente hipossuficiente, com a pretensão de manter em juízo o fornecimento gratuito de medicamentos, quer seja atendido pelo SUS ou não.

Cuida salientar que a pretensão poderá se dar por intermédio de ação de conhecimento por rito ordinário, mandado de segurança, e ação civil pública movida pelo Ministério Público, objetivando invalidar o *modus operandi* da atual política de saúde na forma como vem sendo aplicada.

Tudo, como bem esposado, sem prejuízo de uma análise mais acurada, diante de um caso concreto, onde serão sopesadas todas as circunstâncias que embasam a questão a ser objeto da lide no judiciário local.

No que colocamo-nos a disposição para quaisquer outros esclarecimentos.

Marco Antônio Bilibio Carvalho

OAB/DF 5.980

Luiz Felipe Buaiz Andrade

OAB/DF nº 24.775