



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

EXMO. SR. DR. JUIZ FEDERAL DA \_\_\_<sup>a</sup> VARA FEDERAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DE JUIZ DE FORA – MG.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, vem, com fulcro no art. 134, da Constituição da República; no art. 4º, III, da Lei Complementar 80/94; e no art. 5º, II, da Lei nº. 7.347/85, ajuizar a presente

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **PARA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS DE ALTO** **CUSTO EM TRATAMENTO DE CÂNCER**

em face da UNIÃO FEDERAL, DO ESTADO DE MINAS GERAIS E DO MUNICÍPIO DE JUIZ DE FORA, pessoas jurídicas de direito público, representadas pelos seus procuradores, pelos fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

#### **1 – PRELIMINARES:**

##### **1.1 – Da Legitimidade ativa *ad causam* da defensoria pública**

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado por garantir o direito fundamental à orientação,



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

defesa e assistência jurídica integral e gratuita conforme assegura o art. 5º, LXXIV e XXXV da CF. Sua legitimidade à propositura da ação civil pública é conferida pelo art. 5º, inciso II, da Lei 7347/85 e sua pertinência temática e a harmonização da referida lei com o art. 134 da CF estão claramente demonstrados pelo objeto da presente inicial, haja vista pretender esta ação a dispensação de medicamentos de alto custo destinados ao tratamento de neoplasias às pessoas economicamente necessitadas.

A legitimidade ativa da defensoria pública configura-se não só quando há interesse **exclusivo** de hipossuficientes, pois em uma ação que visa o interesse de pessoas que não são individualmente identificadas, podem existir indivíduos que não se encaixam nesse quadro. Mas o cidadão de baixa renda não pode ter seu direito de ação condicionado à demonstração de que todos os atingidos pela decisão sejam hipossuficientes do ponto de vista econômico.

Desse modo, está demonstrada a legitimidade ativa da Defensoria Pública, sendo que na hipótese de entendimento diverso, não caberia ao julgador extinguir o processo sem julgamento de mérito, o que, além de ferir a representatividade adequada, feriria o **princípio da primazia do conhecimento do mérito do processo coletivo**, razão pela qual a atitude correta a ser tomada caso se entenda pela ilegitimidade desse órgão é remeter o processo ao legitimado que este julgador achar adequado para que atue no processo como substituto processual. Assim como ensina Fredie Didier:

Além disso, percebe-se a aplicação desse princípio no entendimento segundo o qual a ilegitimidade ativa no processo coletivo deve implicar *sucessão processual*, saindo a parte ilegítima e ingressando a parte legítima, em vez da extinção do processo sem exame de mérito, conforme será examinado no capítulo sobre a legitimidade *ad causam* na ação coletiva. Trata-se de aplicação analógica do que já dispõem os art. 5º, §3º da



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

LACP e 9º da LAP. É por isso que se pode afirmar a existência do princípio do interesse jurisdicional no *conhecimento do mérito do processo coletivo*. (DIDER; ZANETI Jr., 2009. Processo Coletivo). Grigos no original.

### 1.2 – Do Interesse na Tutela Coletiva:

O fornecimento de medicamentos para tratamento de câncer é frequentemente indeferido pelos órgãos públicos de saúde mesmo diante da necessidade e da urgência na sua dispensação. Dessa forma, ações individuais com o fim de compelir o Estado a fornecer os medicamentos prescritos pelos médicos credenciados do SUS são propostas rotineiramente. A importância do direito à vida demonstra o “interesse público” envolvido pela presente ação, que, com o fim de realizar os objetivos constitucionais.

**Atráves da tutela coletiva, a Defensoria Pública Federal pretende ver garantido o acesso ao tratamento de saúde a inúmeros portadores de câncer sem ter que propor uma ação para cada assistido e assim reduzir o número de ações e a possibilidade de julgamentos díspares, conferindo maior efetividade ao direito fundamental à saúde e segurança jurídica, donde se extrai sua necessidade.**

**Além de necessária, a ação coletiva é a mais adequada para a tutela do direito coletivo à saúde por conter o procedimento que atende mais satisfatoriamente à efetivação do direito material objeto da presente ação.**

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

**Há tutela adequada quando, para determinado caso concreto, há procedimento que pode ser dito adequado, porque hábil para atender determinada situação concreta, que é peculiar ou não a uma situação de direito material.** (ARENHART;



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

MARINONI. Manual do Processo de Conhecimento, 2005. pág. 97)

Como poderá ser constatado, a presente ação pretende o fornecimento de medicamentos que não estejam nas listas do Ministério da Saúde, e assim, a política pública elaborada pela administração não atende às necessidades individuais, o que torna a Ação Civil Pública ainda mais adequada, por pôr fim à micro justiça que causa situações jurídicas desiguais. Esta adequação da ação civil pública está muito bem delineada nas palavras de **Luiz Roberto Barroso**, que demonstra o porquê desta via ser considerada a mais adequada:

**O único problema é que esta política pública elaborada pela Administração muitas vezes pode não atender a determinadas necessidades individuais, ou pode não atender às necessidades de um determinado grupo, de um determinado segmento. Pois bem. Penso - e essa é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade.**

**Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.**

(disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf). Data do acesso: 11/06/2010).

A presente demanda caso acolhida, evitará a propositura de um sem-número de ações individuais, sendo esta a medida adequada para a efetivação do acesso à justiça e economia processual, evitando-se julgamentos díspares por parte do Poder Judiciário em matéria tão relevante de forma a garantir a segurança jurídica por todos esperada.

### **2 – DOS FATOS**

O tratamento das várias espécies de neoplasias, sobretudo quando nos estágios mais avançados, exige a dispensação de drogas que, apesar do alto custo, são mais eficazes no tratamento da doença do que as drogas convencionais de custo mais baixo.

Cumprindo com o dever de informar aos pacientes sobre os medicamentos mais eficazes e de dispensar a eles o melhor tratamento existente, os médicos oncologistas do SUS frequentemente prescrevem ERLOTINIB (TARCEVA), BORTEZOMIBE (VELCADE), CETUXIMABE (ERBITUX), RITUXIMAB (MABTHERA), TEMOZOLOMIDA (TEMODAL), BEVACIZUMABE (AVASTIN), [TOSILATO DE SORAFENIBE](#) (NEXAVAR), [MALATO DE SUNITINIBE](#) (SUTENT) e [TRASTUZUMAB](#) (HERCEPTIN), dentre outros, quando os tratamentos convencionais não se revelaram



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

satisfatórios e estes fármacos são os únicos capazes de prolongar a sobrevida dos pacientes e diminuir-lhes o sofrimento.

**Os medicamentos acima são os mais solicitados em ações individuais propostas pela Defensoria Pública Federal perante a Subseção Judiciária Federal de Juiz de Fora.**

Entretanto, o Estado e os hospitais credenciados no SUS se recusam a fornecer estes medicamentos administrativamente diante da alegação de que eles não estão presentes nas listas emitidas pelo Ministério da Saúde.

Assim, em 2008, a DPF enviou ofícios aos hospitais credenciados em Juiz de Fora como CACON ou UNACON requisitando esclarecimentos sobre a recusa de fornecimento dos medicamentos prescritos pelos próprios médicos de seus quadros de funcionários. As respostas enviadas à Defensoria foram pela impossibilidade de fornecimento dos fármacos pela ausência dos medicamentos nas listas emitidas pelo Ministério da Saúde.

Como não houve alteração desse quadro fático até o momento, diversas pessoas procuram esta defensoria diariamente, **que propõe inúmeras ações individuais visando compelir a União, o Estado de Minas Gerais e o Município de Juiz de Fora a fornecerem os medicamentos indicados pelos médicos, mesmo que não façam parte das referidas listas.**

Além da resistência na concessão dos medicamentos administrativamente, o Poder Público também oferece resistência nas ações individuais através das contestações, interposição de agravos de instrumento, apelações e pedidos de suspensão da tutela antecipada, dentre outros atos processuais que visem desobrigá-lo ao fornecimento dos fármacos.



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**Os argumentos utilizados pelo Poder Público são, além da ausência dos medicamentos nos protocolos, basicamente os seguintes: ausência de solidariedade entre os três entes da federação, a intervenção indevida do judiciário na discricionariedade da administração pública, a reserva do financeiramente possível, a não comprovação da eficácia do remédio.**

Embora a maioria dos juízes de primeira instância concedam tutelas de emergência a contento, este entendimento não é uniforme.

Além disso, o elevado número de demandas individuais sobrecarrega a todos, Defensores Públicos, Juízes e Advogados Públicos, além de exigir a mobilização de inúmeros outros profissionais, como peritos, servidores da Administração ré e do Poder Judiciário, gerando custos periféricos desnecessários.

Assim, para evitar julgamentos díspares e o aumento das ações individuais, tendo em vista a jurisprudência da Suprema Corte, que entende ser desnecessária a previsão de medicamentos nos protocolos do SUS, faz-se necessária a proposição da presente ACP como forma de efetivar o direito constitucional à saúde.

### **2.1 – Da Descentralização do SUS**

A política governamental para o tratamento de câncer instituiu os chamados UNACON's - Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia e CACONS - Centros de Alta Complexidade em Oncologia, representados, no município de Juiz de Fora pela Ascomcer, pelo Instituto Oncológico e pelo Hospital Dr. João Felício, os quais executam a política pública na área de oncologia.



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

Segundo consta no **site do INCA – Instituto Nacional do Câncer**, estes centros se diferenciam pelos seguintes elementos:

*As Unidades de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) são hospitais terciários estruturados para tratar, no mínimo, os cânceres mais prevalentes no país (mama, próstata, colo do útero, estômago, cólon e reto), menos pulmão. O câncer de pele não-melanoma pode ser tratado em serviços não-especializados. Os Centros de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon) são hospitais terciários estruturados para tratar todos os tipos de cânceres, em todas as modalidades assistenciais. (disponível em: [http://www.inca.gov.br/situacao/arquivos/acoes\\_tratamento\\_cancer\\_sus.pdf](http://www.inca.gov.br/situacao/arquivos/acoes_tratamento_cancer_sus.pdf)).*

Estes **hospitais** fazem a intermediação entre os pacientes e o Poder Público, pois **seus médicos, credenciados pelo SUS, diagnosticam e prescrevem o medicamento mais eficaz para o tratamento.**

Em seguida, fazem o requerimento de autorização de procedimento de alto custo (**APAC – ONCO**) à Administração, que delibera sobre a demanda administrativa, sendo que somente após o tratamento, o Ministério da Saúde remunera os hospitais credenciados com um valor fixo predeterminado em tabela elaborada pelo Poder Público.

Esses valores fixos, que não são atualizados pelo Poder Público há mais de uma década, não cobrem, via de regra, os valores dos medicamentos prescritos pelos médicos assistentes do SUS, razão pela qual os hospitais não os fornecem aos pacientes.

O Poder Público, todavia, entende que o dever de fornecer os medicamentos é dos UNACONS e dos CACONS, pois, embora os valores pagos pelas APAC-ONCO, não sejam suficientes para o tratamento de determinado paciente especificamente considerado, esta diferença acaba sendo compensada por outros valores pagos para o tratamento de outros pacientes, cujos medicamentos ministrados seriam mais baratos, gerando sobra de recursos para os hospitais.





## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

Vê-se, portanto, que há uma completa desordem na política pública de saúde, pois em alguns casos os valores repassados aos hospitais pelo Poder Público são superiores aos valores dos medicamentos a que se referem (segundo a Administração) e, em outros, não são suficientes para a aquisição dos medicamentos prescritos pelos médicos do SUS, de forma que o poder público não tem controle efetivo sobre os valores empregados pelos hospitais na compra de medicamentos.

Além dessa desordem nos valores repassados aos CACON's/UNACON's, outro argumento utilizado, tanto pelos hospitais, quanto pelo Estado é a ausência dos medicamentos nas listas emitidas pelo Ministério da Saúde.

Todavia, estas listas não são atualizadas há mais de 10 anos, e assim, não acompanham o avanço da medicina, existindo medicamentos capazes de aumentar significativamente a qualidade de vida e a sobrevivência dos portadores de neoplasias que não são contemplados pela atual Política Pública. Também não há atualização dos valores pagos aos hospitais para custear os tratamentos dos pacientes, o que inviabiliza o fornecimento dos medicamentos por estas entidades que operacionalizam a política de tratamento do câncer no país.

Entretanto, havendo medicamento com eficácia comprovada e que pode salvar a vida ou ao menos aumentar sua expectativa e reduzir o sofrimento, não pode o indivíduo ficar desamparado devido à omissão administrativa, mas é o que vem acontecendo na prática, pois a desatualização dos protocolos do SUS e o sistema de valores fixos, têm provocado desamparo e prejuízo à saúde da população.

**A forma como o SUS vem procedendo em relação ao câncer significa colocar um limite, não previsto na Constituição Federal, ao direito à saúde na área oncológica. O direito à Saúde dos cidadãos está sendo lesado pelo Poder Público em decorrência do procedimento atual**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**no âmbito da saúde pública, que prevê a liberação da Autorização de Procedimento de Alto Custo, – APAC – ONCO, em valores monetários insuficientes para custear os medicamentos necessários ao tratamento do câncer prescritos pelos médicos assistentes, que são credenciados pelo próprio SUS.**

**Como os remédios prescritos pelos médicos assistentes não podem ser adquiridos com os valores repassados pelo Poder Público aos CACON's / UNACON's, na prática, os hospitais deixam de fornecê-los aos doentes atendidos pela rede pública de saúde, que acabam por recorrer ao Poder Judiciário para resguardar seu direito à saúde e, em última instância, à vida.**

Nas palavras de José Getúlio Segalla, presidente da Associação Brasileira de Oncologia:

**“O presidente da sociedade ainda contesta os valores pagos pelo SUS para cada ciclo de tratamento de diferentes neoplasias. “É de extrema importância que, devido ao atraso de uma década, exista uma atualização de emergência para as tabelas e que novas incorporações em quimio e radioterapia sejam urgentemente realizadas, além de cuidados paliativos e procedimentos de básica e média complexidade”.**

Disponível

em:[http://www.inca.gov.br/situacao/arquivos/acoes\\_tratamento\\_cancer\\_sus.pdf](http://www.inca.gov.br/situacao/arquivos/acoes_tratamento_cancer_sus.pdf)).

Segundo **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza** (então **Procurador-Geral Da República**) na audiência pública de saúde realizada no STF em meados do ano de 2009:

*As regras do SUS submetem-se aos princípios estabelecidos pela Constituição Federal, tanto no art. 194, que trata da seguridade social, quanto do art. 198, que trata do Sistema Único de Saúde, entre os quais não há hierarquia. Assim, ao ver do Ministério Público Federal, sob o pretexto de dar cumprimento à*



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

***descentralização (art.198, I), não pode o Estado negar a integridade (art. 198, II), ou a universalidade do acesso da cobertura e do atendimento (art. 194, parágrafo único, I). A descentralização não pode ser invocada para negar o direito do cidadão.***

Assim, percebe-se que a maneira como o SUS foi descentralizado (CACON's / ANACON's), aliado à sistemática de custeio dos tratamentos, cria entraves burocráticos que inviabilizam o acesso da população aos medicamentos oncológicos de que precisa para garantir sua vida, ou pelo menos uma sobrevida, com o mínimo de dor e sofrimento.

### **3 – DO DIREITO À SAÚDE**

A **Constituição** de 1988 em seu **artigo 6º** dispôs que:

*“são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho (...)”*

Como também no **artigo 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”.***

A saúde é concebida pela Constituição como direito de todos e dever do Estado, que a deve **garantir efetivamente**, e não apenas nominalmente, mediante simples enunciação de políticas sociais.

Visando efetivar este direito nos moldes constitucionais, foi criado o **Sistema Único de Saúde**, o qual visa concretizar ações e serviços de saúde, sendo regulamentado pela **Lei 8080/90**. O sistema único de saúde, integrado a uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

comunidade (Cf. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 10<sup>a</sup> ed. p.762).

A referida lei determina que o acesso à saúde se rege pelos **princípios da UNIVERSALIDADE, INTEGRALIDADE e IGUALDADE**, sem condicionar o tratamento a quaisquer custos. Assim, em seu art. 6º, a lei determina que o SUS deve atuar na assistência terapêutica integral em todos os níveis de complexidade (art. 7º), inclusive farmacêutica, bem como formular a política de medicamentos:

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

(...)

**d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;**

*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:*

*I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;*

**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;**

Assim, temos no ordenamento jurídico brasileiro normas constitucionais que foram devidamente regulamentadas por lei que impõem ao Estado o dever jurídico de prestar efetiva assistência à saúde.

### **3.1 – Da Audiência Pública Realizada no STF e da Jurisprudência da Corte Quanto à Dispensação de Medicamentos e Tratamentos médicos.**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

Neste contexto de omissão administrativa, o judiciário tem exercido um papel de suma importância, e assim, diante das inúmeras ações que possuem por objeto o direito à saúde, o STF realizou uma audiência pública sobre a matéria em abril de 2009 na qual se constatou a ineficiência da execução do sistema de saúde, especialmente no que se refere aos tratamentos de alta complexidade, como no caso do tratamento oncológico.

Como resultado da audiência pública, ficou assentado no âmbito do **Supremo Tribunal Federal** que os **direitos fundamentais na sua aceção positiva** implicam não somente em abstenção estatal, uma proibição de intervenção, como também um **dever de proteção**, não bastando a proibição de excesso, mas também a **proibição de proteção e implementação insuficientes**. É o que se pode auferir do trecho abaixo transcrito da **Suspensão de segurança - SS nº 3691, publicado no DJE, em 28/04/09** :

“As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). **Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)** (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts*, JuS, 1989, p. 161.).

**Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**(Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.**

Na **Suspensão de Tutela Antecipada - STA nº 175**, a presidência do **Supremo Tribunal Federal** afirmou que **o direito à saúde é um direito público subjetivo advindo da força normativa da Constituição, que gera uma relação jurídica obrigacional entre o sujeito e o Estado:**

***“Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva.”***

Na audiência pública também foram discutidos diversos argumentos que são utilizados pelos entes da federação para justificar o não fornecimento de medicamentos, **a ausência dos medicamentos nos protocolos do SUS (o que, na visão do poder público, seria uma presunção de ineficácia do remédio), ausência de solidariedade passiva, a intervenção do judiciário no administrativo, reserva do financeiramente possível e a não comprovação da eficácia do remédio.**

Entretanto, todos estes argumentos foram afastados pelo STF, a começar pela ausência dos remédios nas listas do SUS, o que não pode



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

servir como óbice à efetivação do direito à saúde, pois ficou devidamente demonstrado que o Ministério da Saúde não atualiza seus protocolos com o fim de neles incluir medicamentos com eficácia já comprovada pela sociedade médica, razão pela qual o Estado tem o dever de fornecê-los desde que não sejam medicamentos experimentais e que estejam registrados na ANVISA, tais como os medicamentos de que trata esta ação.

Nenhum dos medicamentos citados nesta inicial, por exemplo, ERLOTINIB (TARCEVA), BORTEZOMIBE (VELCADE), CETUXIMABE (ERBITUX), RITUXIMAB (MABTHERA), TEMOZOLOMIDA (TEMODAL), BEVACIZUMABE (AVASTIN), [TOSILATO DE SORAFENIBE](#) (NEXAVAR), [MALATO DE SUNTINIBE](#) (SUTENT) e [TRASTUZUMAB](#) (HERCEPTIN, são considerados EXPERIMENTAIS, pois não se encontram em fase de testes em universidades ou centros de pesquisas médicas, uma vez que são encontrados no mercado interno nacional ou internacional e estão à disposição dos consumidores que puderem pagar pelo seu elevado custo, possuindo eficácia reconhecida pela sociedade médica e pela ANVISA, apenas não foram inseridos nos protocolos do SUS por desídia do Poder Público.

Na STA Nº 175, cujo Julgamento se deu em 18/09/2009, a presidência do Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre a matéria em apreço:

“Os TRATAMENTOS EXPERIMENTAIS (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

**Quanto aos NOVOS TRATAMENTOS (ainda não incorporados pelo SUS)**, é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente acompanhável pela burocracia administrativa.”

*Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, **por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas.** (pág. 24 da STA).*

O entendimento de que o direito à saúde é um direito público subjetivo de primeira grandeza levou a presidência do Supremo Tribunal Federal, na **STA nº 175**, já multicitada, a concluir até mesmo pela **dispensa do registro do medicamento da ANVISA, desde que excepcionalmente** e nos termos da lei:

**“O registro de medicamento, como lembrado pelo Procurador-Geral da República, é uma garantia à saúde pública.** E, como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, segurança e qualidade do produto e conceder o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando





## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

**Por tudo isso, o registro na ANVISA mostra-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo a primeira condição para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.**

**Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA.** A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que a Agência dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.”

Com relação ao argumento de **ilegitimidade passiva**, já é **entendimento reiterado que a responsabilidade pela dispensação dos medicamentos é solidária**, razão pela qual todos os entes da federação são legitimados passivos. Assim ficou entendido na **Suspensão de Tutela Antecipada, STA Nº 175:**

*Também tramita nesta corte a **Proposta de Súmula Vinculante n.º4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde.** Referida PSV teve a tramitação sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie, Presidente da Comissão de Jurisprudência, e está no aguardo da apreciação do mérito do referido RE 566.471 (DJe 26.8.09). (pág. 29).*

Ademais, a tão propalada **Cláusula de Reserva Do Possível**, empregada como matéria de defesa pelo Poder Público **não procede, uma vez que restringe o direito à saúde e à vida dos cidadãos, sem que o Estado demonstre a insuficiência de recursos para a saúde, como frisado pela**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

Presidência do STF na **STA Nº 175**, cujo Julgamento se deu em **18/09/2009**:

*Ressalte-se, ainda, que **o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.** (pág. 03)*

Na decisão da Presidência do Supremo Tribunal Federal, na STA nº 175, e que retrata o posicionamento atual daquela excelsa corte, o argumento da **Reserva do Possível** foi superado diante da impostergável necessidade de serem efetivados os direitos à saúde e à vida dos cidadãos e tendo em vista a singeleza dos argumentos lançados pelo Poder público, sem qualquer base empírica.

Por fim, a **alegação de intervenção indevida do poder judiciário na Administração Pública também não vingou no STF**, que não entende ser a determinação judicial de fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico uma intervenção indevida do Judiciário em assunto afeto ao poder legislativo ou executivo.

**Pelo contrário**, o Supremo Tribunal Federal tem evidenciado que a maioria das ações judiciais requer do Poder Judiciário somente a expedição de ordem para o cumprimento de políticas públicas já elaboradas pelos Poderes Executivo e Legislativo, não significando a criação dessas políticas pelo judiciário. É o que se pode extrair do trecho abaixo, da **Suspensão de Liminar - SL nº 228-7, da lavra da Presidência do STF, publicada no DJ Nr. 199 do dia 21/10/2008**:

**“A Constituição indica de forma clara os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação**



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público.**

**Ademais, a decisão impugnada está em consonância com a jurisprudência desta Corte, a qual firmou entendimento, em casos como o presente, de que se impõe ao Estado a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, a efetiva proteção de direitos constitucionalmente assegurados.**

Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados: RE 271.286/RS, Rel. Min. Celso de Mello; AI 238.328-0, Rel. Min. Marco Aurélio).

**Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPFMC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004:**

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘**RESERVA DO POSSÍVEL**’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘**MÍNIMO EXISTENCIAL**’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Conclui-se, portanto, que a União, os Estados Federados, o Distrito Federal e os Municípios, têm o dever de fornecer os medicamentos prescritos pelo médico assistente, sobretudo quando se trata de médico credenciado do SUS, **mesmo que o remédio não esteja presente nos protocolos emitidos pelo Ministério da Saúde**, os quais se prestam, na prática, a inviabilizar o pleno exercício do direito público subjetivo à saúde,



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

frisando-se que até mesmo o registro na ANVISA pode ser flexibilizado, nos casos excepcionais previstos na lei 9782/99.

E mais, que caso o Estado não cumpra com esta obrigação, é legítima a determinação judicial para tanto, pois trata-se do direito à vida, bem jurídico de maior importância do ordenamento, o qual deve sucumbir diante de qualquer alegação de ausência de recursos financeiros.

### **4 – TUTELA ANTECIPADA / MEDIDA LIMINAR**

Ao monopolizar o exercício jurisdicional, o Estado, simultaneamente, conferiu ao indivíduo o direito à tutela jurisdicional efetiva, assumindo o dever de prestar a adequada tutela jurisdicional, o que significa que a esta deve ser **adequada, tempestiva e efetiva**.

Englobado pelo conceito de tutela adequada está, além da adequação do procedimento, a **tempestividade e efetividade**, e por isto, o constituinte derivado positivou o princípio da **duração razoável do processo e o legislador permitiu que a tutela fosse concedida antecipada e efetivamente**, o que se extrai da conjugação dos art. 273 do CPC com o art. 84 do CDC, este tratando especificamente de ações coletivas. Dessa forma, ao jurisdicionado é dado de forma antecipada, uma vez preenchidos seus requisitos, o bem da vida que somente seria concedido ao final do processo.

**“Art. 273.** O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

.....

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, **o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.**”

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

.....

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º **O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.**

§ 5º Para a **tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias**, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

Perceba-se que, ao poder impor multa, o juiz realmente pode efetivar o direito material do autor, realizando concretamente os direitos, donde advém a importância da imposição das astreintes, pois o mandamento judicial muitas vezes precisa deste elemento de coação para ser concretizado.

Assim, através do art. 461 do CPC e o art. 84 do CDC, o legislador permitiu ao julgador que, **utilizando-se de seu poder geral de cautela, conceda a TUTELA ESPECÍFICA e EFETIVA DO DIREITO ou o RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE**, caso constate, no caso concreto,



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

que a tutela requerida não é a mais adequada aos fins almejados com a propositura da ação.

Significa, na verdade, uma exceção ao art. 460, que determina a limitação da sentença ao que foi pedido pelo autor, pois é diante do caso concreto que o julgador irá constatar a tutela mais adequada e que efetiva o direito material do autor ou substituído, no caso da tutela coletiva, pois o processo deve ser entendido como instrumento de efetivação do direito material.

Ambos os dispositivos legais consagram a idéia de que a tutela jurisdicional deve ser adequada a satisfação do direito material, buscando sempre a tutela específica.

Assim, o §1º do art. 84 do CDC determina a conversão em perdas e danos somente quando a tutela específica não é possível, pois impedir que o direito seja lesado ou determinar sua reparação na medida da lesão, é mais satisfatório do que simplesmente determinar sua conversão em perdas e danos.

### Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

Reconhece-se, ainda, em ambos os dispositivos, o poder de o juiz, de ofício, ordenar sob pena de multa ou determinar as denominadas “medidas necessárias”, para que seja obtida a tutela específica ou o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Se o autor postulou uma sentença executiva, o juiz pode proferir sentença mandamental, uma vez que ele pode, sem requerimento do autor, ordenar sob pena de multa.

No presente caso, a tutela deve ser antecipada, já que todos os requisitos estão presentes, ela significa a tutela jurisdicional adequada no âmbito efetividade e tempestividade, pois tratando-se de câncer, a probabilidade da ação perder o objeto é grande, sendo



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

impossível posteriormente a concessão da tutela específica, objeto primordial do processo moderno, conforme exposto acima, de nada adiantando a conversão em perdas e danos em caso de indeferimento, pois nada repara a perda da própria vida, sendo imprescindível a incidência do art. 84 do CDC e do art. 273 do CPC.

Além disso, **há nos autos prova inequívoca das diversas ações individuais em que é demonstrada a urgência do fornecimento do medicamento, em razão da natureza dos medicamentos requeridos nos autos, sendo as alegações verossímeis.**

Ainda, pode-se constatar no presente caso, um **abuso de direito de defesa do poder público** que, unicamente com fim protelatório resiste às ações individuais, como ficou demonstrado com as alegações acima e com os documentos anexos, que contêm contestações, agravos e apelações **pois, se a jurisprudência já está consolidada no sentido de ser o fornecimento de medicamento e tratamento de saúde direito subjetivo do indivíduo, está caracterizado o abuso de direito de defesa do poder público, que vai às últimas instâncias com argumentos repetitivos e que já forma reiteradamente não acolhidos pelo jurisprudência até da Suprema Corte.** Segundo Marinoni, configura abuso de direito previsto na hipótese do inciso II do art. 273 quando:

*É por isto que as duas técnicas antes referidas, exigindo evidência do direito e defesa infundada que requer instrução dilatória, são baseadas no art. 273, II, **já que ambas partem do pressuposto que o réu abusa de seu direito de defesa quando, protelando o processo para a verificação de uma defesa infundada, retarda a satisfação de um direito evidente.**(pág. 229/230).*



## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

Não se pode olvidar, por outro lado, que o art. 12 da lei 7347/85, regramento básico da ação civil pública, admite a concessão da medida liminar pleiteada.

Diante do exposto, estando preenchidos os requisitos legais: verossimilhança da alegação, perigo de dano irreparável, e ainda o abuso de defesa, fica evidente o direito à antecipação de tutela/ medida liminar na presente ação, sob pena de perecimento de seu bem mais importante, a vida.

### **5- AÇÃO SIMILAR PROPOSTA NO ESTADO DA PARAÍBA**

Segue anexa petição inicial de recente ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, bem como a decisão judicial respectiva, onde o juízo deferiu tutela liminar para determinar o fornecimento por parte do Estado dos medicamentos arrolados na petição inicial, para efetiva tutela do direito à saúde do cidadão.

### **6- DOS PEDIDOS**

Ante o exposto, requer a V. Exa.:

A – Sejam antecipados **LIMINARMENTE** os efeitos da tutela para que se determine aos réus que forneçam os medicamentos **ERLOTINIB (TARCEVA), BORTEZOMIBE (VELCADE), CETUXIMABE (ERBITUX), RITUXIMAB (MABTHERA), TEMOZOLOMIDA (TEMODAL), BEVACIZUMABE (AVASTIN), TOSILATO DE SORAFENIBE (NEXAVAR), MALATO DE SUNITINIBE (SUTENT) e TRASTUZUMAB (HERCEPTIN), àqueles que demonstrem necessidade, através da comprovação da renda familiar e da devida prescrição médica emitida pelo médico assistente, pertencente ao SUS,**





## DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA

**ou a ele credenciado** sob pena de multa diária, ou outra providência apta a garantir a eficácia específica do provimento jurisdicional, na forma do art. 84, § 5 do CDC c/c art. 12, da lei 7347/85, dentro das hipóteses admitidas pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

B – A citação dos réus e intimação para que prestem informações que se fizerem necessárias ao juízo e apresentem resposta à ação, nos termos da legislação pertinente;

C – A confirmação da liminar / tutela antecipada para que se condene os réus a Fornecerem os medicamentos **ERLOTINIB (TARCEVA), BORTEZOMIBE (VELCADE), CETUXIMABE (ERBITUX), RITUXIMAB (MABTHERA), TEMOZOLOMIDA (TEMODAL), BEVACIZUMABE (AVASTIN), TOSILATO DE SORAFENIBE (NEXAVAR), MALATO DE SUNITINIBE (SUTENT) e TRASTUZUMAB (HERCEPTIN), àqueles que demonstrarem necessidade, através da comprovação da renda familiar e da devida prescrição médica emitida pelo médico assistente, pertencente ao SUS, ou a ele credenciado** sob pena de multa diária, ou outra providência apta a garantir a eficácia específica do provimento jurisdicional, na forma do art. 84, § 5 do CDC c/c art. 12, da lei 7347/85, dentro das hipóteses admitidas pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal;

D – A intimação pessoal da Defensoria Pública da União, nos moldes do art. 44. inc. I da LC Nº. 80/94, c/c o art. 5º, § 5º da Lei 1.060/50, com suas modificações subseqüentes e o respeito á prerrogativa do prazo em dobro ;



## **DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO DE JUIZ DE FORA**

E – A intimação do Ministério Público Federal, na forma do art. 5, § 1º da Lei nº. 7.434/1985.

A autora pretende provar os fatos alegados através de prova testemunhal, documental, depoimento pessoal dos réus e pericial.

Dá à causa, para fins meramente fiscais o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Juiz de Fora, 02 de novembro de 2010.

**JOÃO ROBERTO DE TOLEDO**  
**Defensor Público Federal**