

NOTA TÉCNICA N. 2/2015

Assunto: atribuições do Ministério Público na tutela dos interesses individuais indisponíveis na saúde pública

As solicitações de intervenção do Ministério Público para obtenção de medicamentos, exames, cirurgias e leitos no Sistema Único de Saúde aumentaram muito nos últimos anos. Hoje é constante, no cotidiano das Promotorias de Saúde Pública, o aporte de pessoas apresentando reclamações por negativas de atendimento e de dispensação de fármacos e insumos variados, demora na concessão de serviços ou precariedades variadas na assistência prestada.

Como as unidades ministeriais, em regra, não detêm recursos humanos e técnicos compatíveis com o volume e com a complexidade dos pleitos, a tutela de interesses individuais indisponíveis, inclusive por exigir atenção sanitária qualificada, pode tomar grande parte do tempo útil do Promotor de Justiça, por vezes, em detrimento da atenção preferencial merecida pelas tutelas dos interesses difusos e coletivos, também exigíveis em saúde pública.

A prática ministerial em todas as esferas sempre foi a de valorizar a tutela coletiva. Entretanto, o suposto raciocínio de que a tutela coletiva seja a única forma de intervenção legítima, na espécie, não resiste ao embate das necessidades sociais e às próprias especificidades individuais dramáticas da assistência terapêutica de parte dos pacientes, além de poder configurar, inclusive, afronta às nossas atribuições de ordem constitucional e legal.¹

Aliás, os próprios Tribunais Superiores reconhecem a legitimidade ministerial ativa para ações para compelir os entes federativos a prestações sanitárias em saúde para defesa de interesse individual indisponível.²

¹ Baseadas no art. 127, caput, da Constituição Federal, e disciplinadas na Lei Federal n. 8.625/93 (específica e expressamente nos artigos 25, IV, "a", 27, I, II e IV, parágrafo único, I a III, e 32) e na Lei Complementar Estadual n. 85/99, especialmente nos artigos 2º, IV, "a", 57, IV, "b", e V, "a" a "c, e 59, I, II, e V).

² Em que pese esteja pautado no STF julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral sobre legitimidade do MP para ações de medicamentos, as últimas decisões dessa Corte a admitem:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA. DEFESA DE DIREITOS SOCIAIS E INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. A Constituição do Brasil, em seu artigo 127, confere expressamente ao Ministério Público poderes para agir em defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis, como no caso de garantir o fornecimento de medicamentos a hipossuficiente. 2. Não há que se falar em usurpação de competência da defensoria pública ou da advocacia privada. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 554088 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 03/06/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-06 PP-01237 RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 90-91)

O Comitê Executivo do Fórum Nacional do Poder Judiciário para monitoramento e resolução das demandas judiciais de assistência à saúde no Paraná (instituído em 2011, por força da Portaria n. 91/2010, do Conselho Nacional de Justiça, visando a qualificar o julgamento das ações que versem sobre saúde), de idêntica maneira, identifica a legitimidade ministerial ativa para tutela individual de prestação sanitária. Isso se infere do conteúdo de sua Recomendação de n. 1/2011³, direcionada a todos os legitimados ativos para judicialização de demandas individuais de medicamentos, inclusive aos Promotores de Justiça.

Ademais, a limitação da atuação ministerial apenas à defesa dos interesses coletivos e difusos em saúde não se sustenta, como se disse, em face da outorga de dever constitucional. O art. 127 da CF estabelece o estrito dever funcional de proteger os interesses individuais indisponíveis ao

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIOS - LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - RECUSA NA ORIGEM - Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas. (RE 605533 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 01/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-09 PP-02040 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 243-246)

LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - FORNECIMENTO DE REMÉDIO PELO ESTADO. O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada. (RE 407902, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 26/05/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009 PUBLIC 28-08-2009 EMENT VOL-02371-04 PP-00816 RF v. 105, n. 405, 2009, p. 409-411)

E as duas Turmas de Direito Público do STJ também reconhecem nossa legitimidade:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS DESPROVIDO. 1. Conforme entendimento predominante neste Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público detém legitimidade ativa para propor ação objetivando a proteção do direito à saúde de pessoa hipossuficiente, por se tratar de direito fundamental e indisponível. 2. O reconhecimento de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal não acarreta o sobrestamento dos recursos em trâmite nesta Corte. 3. Agravo Regimental do ESTADO DE MINAS GERAIS desprovido. (AgRg no REsp 1327846/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/05/2015, DJe 09/06/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que o Ministério Público é parte legítima para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar direitos individuais indisponíveis, razão pela qual é parte legítima para ajuizar ação civil pública visando o fornecimento de medicamentos, a fim de tutelar o direito à saúde e à vida. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1443783/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 06/08/2014)

³ *Íntegra acessível em http://www.jfpr.jus.br/saude/recomendacoes_1.php, sobre a justificativa técnica fundamentada de prescrição de remédios, a instruir ações individuais de medicamentos*

lado dos interesses coletivos e difusos.⁴ Não pode haver omissões funcionais em nenhuma das hipóteses.⁵

Para além do exposto, o trato de uma questão individual pode permitir a identificação de lesão coletiva ou difusa. A adoção das providências de cunho administrativo ou, se necessário, judicial, para a prestação sanitária pendente, pode dar a conhecer a existência de um universo de usuários também credores da mesma assistência, que podem ser beneficiados pela intervenção ministerial.

O caso individual pode ser útil, pois, para sinalizar sobre a oportunidade e a conveniência para a investigação coletiva, com o detalhe de que o deferimento de providência liminar satisfativa poder até auxiliar, como elemento indutor, na eventual proposição de ação coletiva.

Observa-se, ainda, que o Poder Judiciário, estatisticamente, tem conferido reduzidíssimo acolhimento às ações coletivas em saúde. A experiência da judicialização individual nas ações de assistência farmacêutica patenteia que dificilmente se desacolhe o pedido para compelir o SUS à dispensação de droga não constante das listas oficiais ou nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDTs) a um paciente individualmente considerado, privilegiando a prescrição médica, não raro sem fundamento técnico adequado.

Essa mesma compreensão, porém, tende a não se reproduzir quando se busca em juízo favorecer o conjunto dos pacientes que careçam em seus tratamentos dos mesmos fármacos não incluídos nos PCDTs ou nas relações oficiais de medicamentos.

Quando a ação busca a dispensação do medicamento não “protocolizado” a todos aqueles em tratamento, invocam-se variados fundamentos, desde a “reserva do possível”, para fins de admitir suposto impacto financeiro que se geraria na concessão ao universo de usuários do SUS, até a inviolabilidade da “separação dos poderes”, no sentido de ser atribuição exclusiva do Poder Executivo a incorporação de tecnologias e a formulação de políticas públicas.⁶

⁴ *A legitimidade ministerial ativa para tutela judicial de interesses individuais indisponíveis na defesa da saúde, sobretudo de medicamentos, também já foi exposta no Informativo n. 54/2013, do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, Falimentares e de Liquidações Extrajudiciais: acessível em <http://www.civel.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=63>*

⁵ *Sobre a intervenção do Ministério Público em prol da integralidade no SUS, o Grupo Nacional de Direitos Humanos – GNDH, do Conselho Nacional de Procuradores Gerais de Justiça, através da Comissão Permanente de Defesa da Saúde – COPEDS/GNDH/CNPG, expediu em março de 2012 o Enunciado n° 1: “O Ministério Público deve priorizar sua atuação coletiva nas questões de saúde pública, sem prejuízo de sua atribuição para as demandas individuais, com fundamento no art. 127, caput, da CF/88”*

⁶ *É exemplo a ação civil pública proposta pelo MPPR em litisconsórcio ativo com o MPF contra a União e o Estado do Paraná, para assistência terapêutica integral a todos os usuários do SUS no Paraná portadores da doença pulmonar obstrutiva crônica (DPOC), requerendo a criação de PCDT e a dispensação de inúmeros insumos a esses pacientes, sobretudo o brometo de tiotrópio. A antecipação de tutela vigorou durante poucos meses até ser cassada pelo TRF/4ª Região, e a sentença julgou parcialmente procedente a ação, provocando apenas a criação do PCDT, sem a inclusão do brometo de tiotrópio (pendente de recursos de apelação dos autores). Em contrapartida, o tiotrópio foi o medicamento mais judicializado contra o Estado do Paraná em 2014, sendo um dos fármacos mais obtidos na via judicial de ações individuais. Ou seja: hoje os portadores de DPOC no Paraná somente conseguem obtê-lo do SUS pela judicialização individual, quer seja pelo Ministério Público, pela*

“Além das substanciais chances de sucesso do pleito singular, as ações civis públicas formais possuem um grau muito maior de escrutínio judicial e são menos bem sucedidas do que ações individuais, em grande parte por causa das reticências do Judiciário em acolher propostas que comumente não passam de, razoavelmente, detalhadas políticas públicas da parte do MP”⁷

Ainda que, *ad argumentantum*, o trato conferido pelo Poder Judiciário às ações coletivas fosse congruente com o das ações individuais, não poderia o Ministério Público, ainda assim, furtar-se do encargo da tutela administrativa ou judicial individual em favor daqueles que tenham injustificadamente seu tratamento obstado pelo SUS.

Por outro lado, nem todos os casos de pessoas que acorrem às Promotorias de Saúde, rogando intervenção para obtenção de fármacos negados pelo SUS, comporta atenção coletiva. Isto é: nem sempre a necessidade terapêutica do usuário representará uma necessidade de um grupo de pessoas com a mesma moléstia.

É que essa correlação (individual/coletivo) nunca pode ser automática, mormente na prescrição de fármacos. Não raro, o remédio não foi fornecido pelo SUS, não pela desatualização ou inexistência do PCDT, mas porque o quadro clínico do doente não permite o uso das drogas ali arroladas e disponibilizadas. O doente pode ter, v.g., intolerância ou alergia rara aos fármacos protocolizados, ou não possa usá-los por fundados riscos de interações com outros medicamentos que já use, inclusive para outras doenças.

A variabilidade de todas as reações individuais não pode ser abarcada pelos PCDTs, cuja definição legal é *“documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”* (art. 19-N, II, da Lei n. 8080/90).

Portanto, abster-se o MP de adotar as providências indispensáveis em favor desses necessitados de prestação sanitária, na via cabível, para compelir o SUS ao fornecimento de elemento material ou serviço de saúde devido, é se afastar da missão outorgada pelo *caput* do art. 127 da Constituição Federal, no que respeita ao dever de velar pelos interesses individuais indisponíveis, dentre os quais, classicamente estão previstos a saúde e a vida do ser humano.

Trata-se de verdadeiro desafio imposto, hoje, às instituições legitimadas para ações individuais e coletivas de saúde pública.

Os caminhos mais razoáveis para o cumprimento de ambos os deveres direcionam-se para a adoção de iniciativas ministeriais que

Defensoria Pública ou por advogados.

⁷ (HOFFMANN, Florian F. et al. *A Litigância Judicial dos Direitos Sociais no Brasil*. Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2008. p. 383-416p. 391)

busquem a melhor organização do SUS. Investir nas demandas administrativas ou parajudiciais para provocar as gestões a otimizarem seus serviços de regulação e acesso também podem ser úteis para se evitar que o Ministério Público e o Poder Judiciário se constituam porta de entrada para fornecimento de ações e serviços públicos de saúde.

Perseguir-se o avanço e o cumprimento das políticas públicas de saúde dar-se-á sem exclusões de direitos fundamentais, por meio de um conjunto de ações das instituições legitimadas (sobretudo do Ministério Público)⁸ e da própria sociedade, que parametrizem jurídica e eticamente a satisfação equilibrada de necessidades de saúde e de sobrevivência da pessoa e do grupo social.

ANDREIA CRISTINA BAGATIN
Promotora de Justiça

MICHELLE RIBEIRO MORRONE FONTANA
Promotora de Justiça

MARCO ANTONIO TEIXEIRA
Procurador de Justiça

FERNANDA NAGL GARCEZ
Promotora de Justiça

⁸ *Várias delas são sempre sugeridas pelo CAO em ofícios-circulares aos membros com atribuição em saúde pública (inclusive com fornecimento de modelos de peças), como, por exemplo, de expedições de recomendações administrativas para funcionamento de ouvidorias, para fornecimento de certidões em não concessão de ações ou serviços de saúde, para que as prescrições de medicamentos no SUS usem como norte os PCDTs e RENAME e para que as indicações de fármacos não protocolizados não se limitem a transcrever prescrições médicas de tratamentos anteriores efetuados na iniciativa privada.*