

MANDADO DE SEGURANÇA - SUS - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO - SECRETARIA DE SAÚDE - RECUSA - LEGALIDADE - DESPESA PÚBLICA - DISPONIBILIDADE ECONÔMICA - TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL - ORÇAMENTO - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - CONTROLE JUDICIAL - LIMITE - ESTADO - LEGITIMIDADE PASSIVA - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - DENEGAÇÃO DA ORDEM - VOTO VENCIDO

Ementa: Mandado de segurança. Fornecimento de medicamento. Prova do direito líquido e certo. Legitimidade passiva do Estado. Ausência de ilegalidade ou abuso de poder.

- Dentre as condições de ação mandamental estão a liquidez e a certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória.

- O Estado é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades básicas de saúde do impetrante.

- Seja pela observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, não há ilegalidade ou abuso da autoridade coatora que não forneça medicamento prescrito ao impetrante que não esteja relacionado na lista de fármacos da rede pública.

- A competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes.

Preliminares rejeitadas. Denegar a segurança.

MANDADO DE SEGURANÇA N° 1.0000.06.443869-0/000 - Comarca de Belo Horizonte - Impetrante: Jorge de Araújo Rodrigues - Autoridade coatora: Secretário de Estado da Saúde do Estado de Minas Gerais - Relatora: Des.^a ALBERGARIA COSTA

Acórdão

Vistos etc., acorda o 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM NÃO CONHECER DA PRIMEIRA PRELIMINAR, VENCIDA A RELATORA, PRIMEIRO E SEGUNDO VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A SEGUNDA PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

Belo Horizonte, 2 de maio de 2007. -
Albergaria Costa - Relatora.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo impetrante o Dr. Régis Guimarães Guerra.

A Sr.^a Des.^a Albergaria Costa - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge

de Araújo Rodrigues contra ato do Secretário de Estado da Saúde do Estado de Minas Gerais, que lhe negou o fornecimento do medicamento "Aripiprazol 20 mg", denominado "Ability", indicado para o tratamento de "transtorno esquizofrênico tipo misto", CID - F. 25.2, do qual é portador.

Alegou que a utilização do retrocitado medicamento seria indispensável à sobrevivência do impetrante, razão por que pleiteou o deferimento, *in limine*, do pedido, a fim de que a autoridade coatora desde já o disponibilize.

Com a inicial vieram os documentos de f. 15/27-TJ.

A liminar requerida foi deferida, às f. 33/34-TJ.

A autoridade coatora prestou informações, de f. 49/62-TJ, argüindo, preliminar-

mente, a ausência de direito líquido e certo, bem como sua ilegitimidade passiva *ad causam*.

No mérito, aduziu que a própria Constituição Federal conferiu às entidades governamentais a prerrogativa de estabelecer políticas visando à padronização, acesso universal e mais igualitário das ações e serviços de saúde, razão por que seria inviável o fornecimento dos medicamentos solicitados pelo impetrante, pois não estariam incluídos na Portaria GM 1.318/2002 do Ministério da Saúde.

Além disso, alegou não ter havido prova da hipossuficiência financeira do impetrante.

Juntou documentos de f. 63/76-TJ.

Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, às f. 81/89-TJ, opinando pela concessão da ordem.

É o relatório.

Questão preliminar.

1. Da ausência de direito líquido e certo.

Extrai-se das informações prestadas pela autoridade coatora a preliminar de carência da ação, por ausência de prova pré-constituída da eficácia terapêutica diferenciada do medicamento solicitado pelo impetrante.

É sabido que o mandado de segurança exige prova hábil, indiscutível e transparente da situação e dos fatos que embasam o direito invocado pelo impetrante.

Com efeito, dentre as condições de ação mandamental, está a liquidez e a certeza do direito, que devem ser demonstradas de plano, com a inicial, pois o procedimento não admite instrução probatória.

Nesse sentido:

Mandado de segurança é instrumento para tutela do direito líquido e certo, ameaçado ou

violado por ato de autoridade. O direito nasce do fato (*ex facto oritur jus*). Certeza e liquidez são requisitos que dizem respeito ao fato jurídico de que decorre o direito. Portanto, só há direito líquido e certo quando o fato jurídico que lhe dá origem está demonstrado por prova pré-constituída... (STJ - 1ª Turma - REsp 605848/PE - Rel. Min. Teori Albino Zavascki - DJ de 18.04.2005).

No caso em apreço, a evidência dos fatos que fundamentam o pretense direito do impetrante de receber o medicamento "Aripiprazol 20 mg", denominado "Ability", indicado para o tratamento de "transtorno esquizofrênico tipo misto", CID - F. 25.2, do qual é portador, encontra-se na documentação junta-da à petição inicial, especialmente o diagnóstico médico de f. 19/24-TJ, demonstrando, assim, o preenchimento dessa condição específica da ação.

Saliente-se, igualmente, que a ausência de recusa em sede administrativa não induz à decretação da carência da ação, pois não é necessário exaurir um procedimento administrativo - opção para a parte, e não uma imposição - para que se reconheça determinado direito previsto em lei.

Isso porque se aplica, *in casu*, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, positivado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Rejeito, pois, a preliminar.

2. Da ilegitimidade passiva *ad causam*.

Igualmente suscitou a autoridade coatora sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois o serviço pretendido pelo impetrante se refere à atribuição no âmbito estritamente da União.

Todavia, o Sistema Único de Saúde - SUS está alicerçado no princípio da co-gestão, pela participação simultânea dos entes estatais dos três níveis, devendo os serviços públicos de saúde integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo, cabendo ao Estado, no seu âmbito de atuação, garantir a todos o direito à saúde.

Logo, não subsiste a alegação de ilegitimidade passiva *ad causam*, pois que a Lei nº 8.080, de 19.09.90, que regula, em todo o País, as ações e os serviços de saúde, instituiu o Sistema Único de Saúde - SUS, em estrito cumprimento ao disposto no art. 200 da CR/88, e estabeleceu o campo de atuação do SUS e a competência das várias entidades, União, Estados e Municípios.

Dessa forma, o Estado é também parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, uma vez que a ele pode ser imputada a responsabilidade pelo atendimento das necessidades do impetrante.

Assim, rejeito essa preliminar.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Audebert Delage - Também rejeito as preliminares.

O Sr. Des. Manuel Saramago - Sr. Presidente.

Quanto à primeira preliminar, ausência de direito líquido e certo, não conheço, pois essa matéria vai ser examinada junto com o mérito. Quanto à segunda, rejeito.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente. Acompanho o Des. Manuel Saramago. Também não conheço da primeira preliminar por se tratar de mérito. Quanto à segunda, rejeito.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi Mendes - Sr. Presidente. *Data venia*, também não conheço da primeira preliminar, por entender que é matéria de mérito. Quanto à segunda, ponho-me de acordo com a eminente Relatora e rejeito.

O Sr. Des. Dídimo Inocência de Paula - Sr. Presidente. Com respeitosa vênua da ilustrada Relatora, sempre entendi que, em sede de mandado de segurança, a ausência de direito líquido e certo é matéria de mérito, razão pela

qual também não conheço da primeira preliminar e rejeito a segunda.

A Sr.^a Des.^a Albergaria Costa - Questões de mérito.

Partindo para a análise do mérito e reportando à natureza da ordem impetrada, verifica-se que o impetrante invoca o art. 196 da CF/88 para afirmar o seu direito líquido e certo de receber do ente público estatal o medicamento específico que lhe foi prescrito.

Muito embora me tenha pronunciado em reiterados julgados no sentido de caber ao Estado a prestação de assistência médico-hospitalar em favor dos indivíduos que comprovem sua necessidade - inclusive fornecendo medicamentos não relacionados na lista de fármacos disponibilizados pela rede pública -, refleti bastante a respeito da questão, considerando o vultoso número de ações propostas em juízo que demonstram a complexidade do tema, notadamente quando a pretensão é veiculada pela via estreita do mandado de segurança, que não comporta dilação probatória.

Saliento que, em 1988, a saúde foi, pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico pátrio, agasalhada pelo texto constitucional, que a consagrou não apenas como um bem jurídico digno de tutela formalmente constitucional como também a tratou como direito fundamental da pessoa humana e um dever de prestação pelo Estado.

Foi prevista expressamente de forma genérica, no seu art. 6º, e, de forma específica, nos arts. 196 a 200, mas encontra escopo jurídico também nos pactos internacionais ratificados e incorporados ao nosso ordenamento jurídico, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a Convenção Americana dos Direitos Humanos (1969).

O art. 196 da CR/88, ao dispor solenemente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, destacou uma obrigação precípua

do Poder Público para com a efetivação desse direito.

Está implícita nesse dever a ultimação, pelo Estado, de prestações positivas, a começar pela adoção de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito para o cidadão, até a realização de providência indispensável para a concretização desse direito ao indivíduo.

Por implicar a realização de prestações condicionadas pelo volume de recursos disponíveis pelo Poder Público, é evidente que se trata de um direito cuja aplicação encontra inegáveis obstáculos, tanto na seara jurídica, quanto na política, pois depende de uma legislação integradora da opção do constituinte para que possa gerar seus efeitos plenamente.

Nem por isso o direito social à saúde chega a ser considerado uma norma programática. Exatamente por essa razão, recorre-se ao reforço de normatividade da norma principiológica do § 1º do art. 5º da CR/88 (“§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), que dispõe sobre o chamado princípio da maximização da eficácia e efetividade de todos os direitos fundamentais.

De acordo com esse princípio, os direitos e garantias fundamentais não podem ser considerados meros enunciados sem força normativa, mas devem ser otimizados para que tenham a máxima eficácia e efetividade possível.

No entanto, ainda considerando a força e imperatividade desse princípio, não há como impedir a relativização ou a graduação de eficácia de determinados direitos sociais, como a saúde, cuja aplicação envolve uma diversidade de circunstâncias complexas e peculiares.

Como qualquer outro direito fundamental, o direito à saúde não é absoluto ou ilimitado. Ele encontra limites nos direitos igualmente consagrados pela Constituição, e sua eficácia e efetividade, quando atendem à realização da justiça em um plano concreto, não podem repercutir de forma negativa no âmbito da apli-

cação dos demais direitos sociais que interessam à sociedade.

Sobre o tema, a melhor doutrina refere-se ao princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas:

... quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Apontando a relatividade dos direitos fundamentais, Quiroga Lavié afirma que os direitos fundamentais nascem para reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito (MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 59).

A primeira dificuldade que a aplicação desse direito social apresenta se justifica pelo fato de a Constituição não definir o objeto do direito à saúde.

Não obstante as disposições constitucionais genéricas, vagas e imprecisas acerca da matéria, não ficou elucidado se tal direito abrangeria todo e qualquer tipo de prestação afeta à saúde humana ou se estaria limitado a prestações básicas e vitais.

Nesse contexto, a definição acabou ficando a cargo do legislador infraconstitucional federal, estadual e/ou municipal, outorgando-lhe uma margem de discricionariedade a fim de selecionar aqueles mais adequados ao interesse da sociedade, consoante a repartição da competência prevista na própria Constituição.

A segunda objeção esbarra no reconhecimento da efetiva disponibilidade, pelo Estado, de recursos materiais e humanos para serem alocados na área da saúde em detrimento dos

demais direitos sociais prestacionais - tais como a educação, a moradia, a assistência social -, o que se apresenta como limite fático relevante submetido ao que se denominou "reserva do possível".

Além disso, por se tratar de recursos públicos, estariam eles submetidos a uma "reserva parlamentar em matéria orçamentária", donde se extrai que a competência para decidir sobre a alocação desses recursos cabe exclusivamente ao Poder Legislativo, sem possibilidade de ingerência do Judiciário, por respeito aos princípios constitucionais da democracia e da separação dos Poderes.

O ilustre professor e doutor em Direito pela Universidade de Munique, Ingo Wolfgang Sarlet, elucida com propriedade o tema:

Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implica certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente - em se cuidando da saúde - da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em juízo.

(...)

Cabe lembrar, nesse contexto, que, nessa linha de entendimento, um direito subjetivo a prestações não poderá abranger - em face dos limites já referidos - toda e qualquer prestação possível e imaginável, restringindo-se, onde não houver previsão legal, às prestações elementares e básicas.

Nesse sentido, cumpre ferir paradigmática formulação enunciada pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao lembrar que o particular poderá reclamar do Estado apenas algo que seja razoável. Assim, por exemplo,

não parece razoável compelir o Estado a pagar tratamento dentário de cunho não imprescindível, ou mesmo fornecer determinado medicamento, quando existe outro similar em eficácia, mas de custo menor.

A solução, portanto, está em buscar, à luz do caso concreto e tendo em conta os direitos e princípios conflitantes, uma compatibilização e harmonização dos bens em jogo, processo este que inevitavelmente passa por uma interpretação sistemática, pautada pela já referida necessidade de hierarquização dos princípios e regras constitucionais em rota de colisão, fazendo prevalecer, quando e na medida do necessário, os bens mais relevantes e observando os parâmetros do princípio da proporcionalidade (SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>).

As lições do constitucionalista citado contribuem com uma séria reflexão de que o Poder Judiciário, quando acionado para decidir um caso concreto e se debruça sobre uma microjustiça, está na verdade criando uma situação que repercutirá em esferas muito maiores da sociedade, por implicar ingerência nos recursos públicos.

Por isso, deve-se responsabilizar sobretudo pela efetivação de uma macrojustiça - a verdadeira *mens legis* -, que não pode ser outra senão aquela que possa ser assegurada a todos os cidadãos que estão ou possam vir a estar em situação similar. Afinal, esse é o escopo do princípio soberano da isonomia.

Segundo Gilmar Mendes,

a lesão ao princípio da isonomia oferece problemas, sobretudo quando se tem a chamada 'exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade', que ocorre quando se concedem vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas (MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo*

Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 10, janeiro 2002).

Sob esse prisma, caberá ao Poder Público compatibilizar a necessidade da população com os recursos de que dispõe para esse fim, segundo uma ordem de prioridade determinada pelos governantes eleitos, o que não significa omissão de prestação de assistência à saúde.

Nessa mesma linha de pensamento, J. J. Gomes Canotilho propõe a garantia de um núcleo essencial mínimo de direitos sociais:

Relativamente aos direitos, liberdades e garantias, a Constituição portuguesa garante e protege um núcleo essencial destes direitos contra leis restritivas (núcleo essencial como reduto último de defesa). Coloca-se também o problema de saber se os direitos econômicos, sociais e culturais exigem a garantia de um núcleo essencial como condição do mínimo de existência (núcleo essencial como *standard* mínimo). Das várias normas sociais, econômicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem econômico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (*minimum core of economic and social rights*), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o 'rendimento mínimo garantido', as 'prestações de assistência social básica', o 'subsídio de desemprego' são verdadeiros direitos sociais originariamente derivados da Constituição sempre que eles constituam o *standard* mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 518).

De acordo com essa concepção, os direitos fundamentais que envolvam prestações positivas seriam satisfeitos quando atendessem à dignidade da pessoa humana, como é o caso da realização do direito à formação escolar e profissional, à assistência social mínima à gestante, à família, à criança e ao adolescente, a um salário que proporcione uma vivência digna, enfim, a um padrão mínimo de atendimento na

área da saúde que garanta a sobrevivência do cidadão. Assim, o Poder Público deverá definir suas prioridades de acordo com o fundamento do Estado Democrático de Direito definido na Constituição Federal - dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) - que inclui os demais direitos sociais igualmente fundamentais.

Sobre o assunto, confira-se Luiz Roberto Barroso:

Partindo da premissa (...) de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que, no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, esse núcleo é representado pelo mínimo existencial. Embora haja visões mais ambiciosas do alcance elementar do princípio, há razoável consenso de que ele inclui os direitos à renda mínima, saúde básica, educação fundamental e acesso à justiça (*Temas de direito constitucional*. Renovar, 2005, Tomo III, p. 52).

Devido a essa estreita dependência entre a efetividade dos direitos sociais - que impliquem prestações onerosas ao Estado - e as circunstâncias econômicas e orçamentárias do Poder Público, é que se passou a caracterizar o mínimo existencial exigível como "reserva do possível", que, de acordo com Gustavo Amaral, significa que:

... a concreção pela via jurisdicional de tais direitos demandará uma escolha desproporcional, imoderada ou não razoável por parte do Estado. Em termos práticos, teria o Estado que demonstrar, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Judiciário competiria apenas ver da razoabilidade e da faticidade dessas razões, mas sendo-lhe defeso entrar no mérito da escolha, se reconhecida a razoabilidade (AMARAL, Gustavo. *Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre os poderes*. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 116-119).

Conclui o doutrinador:

A postura de 'máxima eficácia' de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no con-

teúdo do direito a ser dada a eficácia, implica negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular, e não na tutela paternalista dos sábios (AMARAL, Gustavo. Ob. cit.).

A propósito dessa criação doutrinária, o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se manifestar. No julgamento da ADPF nº 45/DF, o eminente Ministro Celso de Mello afirmou estar a cláusula da reserva do possível subordinada à presença cumulativa de dois requisitos:

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (STF, ADPF nº 45/DF, j. em 29.04.2004).

Não será lícito, portanto, que o magistrado - a quem é conferido um papel de co-participação no processo de criação do Direito -, mediante indevida ingerência na atividade política e financeira do Estado, imlemente precipitadamente um gasto extraordinário em favor da saúde de um único cidadão, quando não seja realmente indispensável à sua sobrevivência.

De fato, cabe às Cortes de Justiça serem "extremamente cuidadosas para não extrapolar suas funções institucionais", pelo que "os juízes devem interferir somente quando o núcleo do direito à saúde estiver em risco ou quando o Executivo e o Legislativo não souberem utilizar o poder discricionário dado a eles e passarem a atuar de forma abusiva" (MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 237, p. 208, jul./set. 2004).

Dessa mesma forma foi a decisão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC, em que o Relator, Ministro Nilson Naves, reconhecendo a importância da política pública de distribuição de medicamentos, entendeu que:

... o Juízo de 1º grau, ao impor tal obrigação em sede de tutela antecipada - fornecimento de medicamento a qualquer pessoa, independentemente da listagem oficial da Rename -, incurcionou por seara exclusiva da Administração, afetando, em consequência, a saúde pública, visto que, como afirmado acima, a escolha dos medicamentos a serem adotados na Política Nacional de Medicamentos segue procedimentos baseados em critérios técnico-científicos.

Igual posição é a de Fábio Konder Comparato, no sentido de ser "claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente a todos os que o demandem um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade e outras prestações dessa natureza" (O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, nº 40, p. 73, jul./dez.).

Esse mesmo autor lembra que as verbas vinculadas à realização dos programas de ação social devem ser discriminadas, a fim de possibilitar o controle desse dever constitucional, sendo que a própria Constituição impõe a vinculação de percentuais da receita pública ao atendimento de despesas com serviços públicos destinados, como, por exemplo, à saúde (arts. 198 e 77 do ADCT) (idem, p. 81).

Assim é que, na defesa do direito social à saúde, não se podem olvidar as políticas públicas, a escassez de recursos e, inclusive, o princípio da isonomia, pois determinar uma medida que não seja realmente exigível ou necessária ao mínimo existencial, havendo meio alternativo menos gravoso para se chegar ao mesmo resultado, fere o princípio da razoabilidade e prejudica, ainda que indiretamente, outros indivíduos que igualmente dependem

dos recursos públicos para a satisfação de seus direitos.

Ao lado da cláusula da reserva do possível, que serve como norte para a configuração das prestações positivas essenciais à saúde do cidadão, não se pode deixar de aplicar os princípios orientadores da “Seguridade Social”, dentro da qual se insere o conjunto das ações estatais destinadas à saúde, à assistência e à previdência social (art. 194 da CR/88). (“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”).

De acordo com Fábio Zambitte Ibrahim, seguridade social pode ser conceituada

como a rede protetiva formada pelo Estado e por particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações positivas no sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida (*Curso de direito previdenciário*. 5. ed. Niterói: Editora Impetus, 2005, p. 6).

A universalidade, princípio que rege a Seguridade Social, é uma faceta do princípio da igualdade e sugere que todas as necessidades sociais sejam acobertadas. No entanto, a realidade econômica do Estado é um limite à efetivação dessa universalidade de atendimento e de cobertura, razão pela qual a própria Constituição orienta a otimização dos recursos escassos, através da seleção e melhor distribuição das prestações.

A par disso, o parágrafo único do art. 194, ao dispor sobre a organização da seguridade social, estabelece como objetivo, dentre outros, a “seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços” (inciso III).

E, se a idéia do princípio da seletividade é a de selecionar aquelas prestações que melhor atendam aos objetivos da Seguridade Social, pode-se dizer que, no âmbito da saúde,

cumprido ao legislador infraconstitucional implementar as ações de saúde que minimamente garantam a sobrevivência digna da universalidade dos cidadãos.

João Batista Lazzari afirma que o princípio da seletividade “pressupõe que os benefícios são concedidos a quem deles efetivamente necessite, razão pela qual a Seguridade Social deve apontar os requisitos para a sua concessão de benefícios e serviços” (LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de direito previdenciário*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003).

Já o princípio da distributividade, que diz respeito às pessoas que deverão ser protegidas prioritariamente pela seguridade social, “é de ser interpretado em seu sentido de distribuição de renda e bem-estar, ou seja, pela concessão de benefícios e serviços, visa ao bem-estar e à justiça social (art. 193 da Carta Magna)”, segundo o mesmo autor.

Vale ressaltar que não se está a defender a estagnação da assistência à saúde, até mesmo porque os direitos fundamentais estão sujeitos ao princípio da vedação ao retrocesso.

O posicionamento que passo a firmar propõe, na verdade, o abandono da postura extremamente conservadora de impor aos entes públicos os mais variados ônus financeiros para a realização de tratamento da saúde de um cidadão, ressalvados os casos considerados realmente essenciais para a sua sobrevivência.

Afinal, estar-se-ia colocando em xeque a própria realização dos objetivos fundamentais da República, que são a justiça social e a redução das desigualdades sociais (art. 3º, I e III, da CR/88).

Cumprido, por fim, citar a advertência muito bem colocada por Marcelene Carvalho da Silva Ramos, acerca do posicionamento que vem sendo diluído em nossos tribunais pátrios:

... tal imposição indiscriminada de ônus financeiros de altíssima monta - consistente na dis-

pensa de medicamentos caros, no fornecimento de próteses com similares de menor custo ou tratamentos no exterior -, não raras vezes sem comprovação de eficácia terapêutica, com a conseqüente redução de recursos financeiros para a execução de políticas públicas de saúde mais amplas e indispensáveis, estava levando as administrações públicas a sofrerem a inversão do risco de lesão à saúde e à ordem pública, na medida em que os recursos públicos são finitos e as receitas e despesas públicas estão previamente orientadas pelas leis orçamentárias respectivas, sem olvidar a incidência do princípio da legalidade restrita a que se subordinam os administradores públicos (O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, ano 5, nº 22, p. 160-161, out./dez. 2005).

Sendo assim, sob qualquer ângulo que se analise a questão, seja observância das cláusulas da reserva do possível e da reserva em matéria orçamentária, seja pelos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade, seja ainda pela realização dos objetivos da República Federativa do Brasil, de justiça social e redução das desigualdades sociais, outra não pode ser a conclusão senão a de que não há ilegalidade ou abuso da autoridade coatora em não fornecer o medicamento Aripiprazol 20 mg (Ability) ao impetrante.

Isso porque não há comprovação da lesão a direito líquido e certo de receber referido fármaco em detrimento dos outros fornecidos regularmente pela Secretaria de Estado da Saúde para o tratamento da mesma doença que acomete o impetrante.

Dessarte, denego a segurança e revogo a liminar concedida às f. 33/34-TJ.

Sem honorários, a teor da Súmula nº 512 do STF.

Custas, pelo impetrante, suspensa a exigibilidade da cobrança, nos termos do art. 12 da Lei nº 1.060/50.

É como voto.

O Sr. Des. Célio César Paduani - Devo admitir que não elaborei voto escrito, notadamente no que diz respeito à extensão e erudição do voto proferido pela eminente Des.^a Albergaria Costa, Relatora deste processo.

Não obstante, registro que, nesses sete anos e quatro meses em que exerço a judicatura neste Tribunal, e nos oito anos no ex-Tribunal de Alçada, sempre entendi que, em casos como o deste processo, impunha-se a concessão da segurança, tendo em vista o segundo bem maior do indivíduo. O primeiro, bem jurídico tutelado pela Constituição Federal e mesmo pelo Direito Penal, é o direito à vida. A saúde, de igual sorte, é tutelada constitucionalmente.

Ousando divergir da eminente Relatora, concedo a ordem.

O Sr. Des. Audebert Delage - Sr. Presidente. Ouvi, atentamente, o substancioso voto da ilustre Colega, Des.^a Albergaria Costa, por quem tenho admiração, minha Colega de concurso de ingresso na Magistratura; todavia, tenho adotado um posicionamento que diverge de S. Ex.^a e, tendo elaborado voto escrito, passo à sua leitura.

Jorge Araújo dos Santos impetra mandado de segurança contra ato do Secretário de Estado da Saúde de Minas Gerais consubstanciado na recusa em lhe fornecer o seguinte medicamento: Aripiprazol 20 mg, denominado Ability, do qual faz uso para tratamento da moléstia que o atinge - "transtorno esquizofrênico tipo misto".

A em. Relatora, Des.^a Albergaria Costa, denegou a ordem consignando que se apresenta legítima a negativa da Administração de fornecer medicamentos não elencados na lista de fármacos da rede pública, invocando as cláusulas da reserva do possível e da reserva da matéria orçamentária, além dos princípios da isonomia, da seletividade e da distributividade.

Data venia do ilustre posicionamento da Relatora, tenho que a segurança deve ser concedida.

A Constituição Federal, em seu art. 6º, estabelece que:

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

Dispõe, ainda, o mesmo diploma legal, em seu art. 196:

A saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença para a sua promoção, proteção e recuperação.

Além dos arts. 23, II, e 196 da CF/88, que atribuem ao Estado, nele compreendido o Estado Federado, o dever de propiciar ao cidadão o exercício de seu direito à saúde, seu cumprimento atende a um dos pilares da República Federativa do Brasil, qual seja a dignidade da pessoa humana, constante no art. 1º, III.

Ademais, o material probatório trazido aos autos atesta que o impetrante tem direito líquido e certo a amparar o pedido de fornecimento do referido medicamento às custas do Estado, tendo em vista que padece de “transtorno esquizofrênico tipo misto” - CID F. 25.2 e necessita de tratamento, conforme documentos acostados às f. 19/25.

O fato de o medicamento não constar da Portaria nº 1.318/03 não pode ser óbice ao fornecimento pleiteado, pois que a garantia à saúde e, em última análise, à vida é ampla e irrestrita, não cabendo à Administração erguer barreiras burocráticas ensejando obstaculizar ou mesmo impedir o tratamento adequado, notadamente na hipótese de o cidadão ser portador de moléstia grave, sendo estritamente necessário o uso do medicamento prescrito.

Além disso, sem razão o impetrado no que diz respeito à alegação de existência de medicamentos semelhantes ao pleiteado. Isso porque somente aos médicos cabe avaliar a troca de um remédio por outro, não sendo pos-

sível ao Poder Judiciário analisar a possibilidade de substituição de um tipo de medicamento por qualquer outro eventualmente sugerido pelo Estado de Minas Gerais.

Ante tais considerações, reiterando pedido de devida vênia à ilustre Relatora, concedo a segurança.

Custas, *ex lege*.

O Sr. Des. Manuel Saramago - Sr. Presidente, eminentes Pares.

Ouvi, atentamente, o voto da ilustrada Relatora e quero participar aos meus Colegas que, especificamente, nessa matéria, não tenho compromisso com a coerência.

No que diz a ela respeito, tenho votos negando e outros concedendo, pois, para mim, cada caso é um caso.

O voto da eminente Relatora é brilhante, merece publicação, mas tenho receio de que vire paradigma, porque a questão da reserva do possível pode virar regra no Estado; quem nada está podendo nada paga, não paga precatório, não respeita o direito adquirido.

Vou pedir vista, mas vou deixar claro que o voto da Des.^a Albergaria merece todo o nosso elogio, merece ser estudado com profundidade, porque, repito, é brilhante; contudo, quanto à medicação que está sendo negada no voto da Relatora, sei, por conhecer pessoas que dela fazem uso, que, realmente, é o único remédio eficaz para o tratamento.

O Sr. Des. Moreira Diniz - Sr. Presidente. Vou pedir vênias e desculpas aos Colegas, principalmente, ao Des. Manuel Saramago, mas vou pleitear o direito de adiantar meu posicionamento, porque, durante a leitura do voto da eminente Relatora, desenvolvi um raciocínio e temo que, se for esperar um mês ou mais, ficará confuso externá-lo.

No nosso dia-a-dia, quando saímos de casa em direção, por exemplo, ao Tribunal,

sempre nos habituamos a trilhar o mesmo caminho e chegamos, aqui, todos os dias, religiosamente, a princípio, sem problemas, sem percalços. Por isso, se tornar um hábito, nunca nos preocuparemos em procurar uma alternativa, um caminho mais rápido, ou mais seguro, ou mais apropriado, até que um dia um amigo nos indique um caminho alternativo, demonstre-nos que a sua opção é a melhor e, até, que aquele nosso hábito não era adequado, apropriado e poderia ser perigoso para a nossa segurança.

Mutatis mutandis, a situação é quase a mesma. Desde que cheguei a este Tribunal e comecei a participar de julgamentos, seja na 4ª Câmara Cível, seja neste Grupo de Câmaras, habituei-me a apreciar esses pedidos de fornecimento de medicamentos de tratamento de saúde, que muito me impressionavam, com resistência a sua concessão. Contudo, certa vez, conversando com o Prof. Fernando Jaime, que era da PUC/São Gabriel e, hoje, é da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, inclusive, quando estava participando de um seminário promovido pelos alunos daquela unidade, fui alertado da função da Justiça no século XXI e da necessidade de nós, juízes, intérpretes do Direito, compreendermos e interpretarmos melhor a Constituição Federal, e, a partir daí, firmei posicionamento no sentido de conceder a segurança, salvo casos excepcionais, por entender que o direito à saúde e à vida está consagrado na Constituição Federal, como direito essencial do cidadão. E, como direito essencial que é, não está sujeito a restrições ou regulamentações e, muito menos, à boa vontade ou à má vontade do administrador público. O Estado não existe em função do administrador nem em função de si próprio; o Estado existe em função do cidadão. Se o Estado não cumpre a sua finalidade, que é atender ao cidadão, de propiciar uma vida normal, perde a sua razão de ser, e, ainda que por situações diversas, estaríamos diante de um caos, que seria a autonegação do Estado.

Norberto Bobbio sempre discorria sobre esse tema, chamando a atenção para que tudo

existe em função do cidadão, não da sua individualidade sobrepondo-se à coletividade, mas, embora se respeitando a coletividade, há que se preservar o direito de sua célula, que é cada um dos cidadãos que a integram.

Por isso é que sempre concedi a segurança. Recentemente, alertado pelo Des. Manuel Saramago e, também, pela Des.^a Albergaria Costa, passei a meditar um pouco mais e a olhar com um pouco mais de profundidade cada um dos casos a nós apresentados, e, hoje, fico alentado pelo voto da Des.^a Albergaria Costa, que nos trouxe “sangue novo”, que nos trouxe idéias novas e que nos obriga a mais reflexão, porque, realmente, é preciso tomar cuidado com essas situações envolvendo a coisa pública, envolvendo finanças públicas, envolvendo atos administrativos.

Entretanto, sinto reserva quanto a essa cláusula de reserva do possível, porque, se formos seguir esse parâmetro, essa teoria, no Brasil, tudo será impossível para o cidadão, porque o Estado pode tudo e o cidadão nada pode. Como é que vamos exigir que o cidadão espere que o administrador coloque no orçamento a disponibilidade financeira para esse atendimento de saúde, tal como determinado pela Constituição Federal, se já presenciamos, já testemunhamos que isso nunca ocorre?

Todos nós sentimos na carne, diariamente, as conseqüências da criação da chamada CPMF, que, antigamente, se chamava contribuição provisória sobre movimentação financeira e que, hoje, até poderia mudar de nome, porque é contribuição definitiva sobre movimentação financeira.

O que causa mais perplexidade é que essa contribuição foi criada por inspiração do Ministro da Saúde da época, o Dr. Jatene, médico, conhecedor dos problemas e da realidade social. Essa contribuição foi criada com o motivo e com o pretexto de permitir à Administração Pública a arrecadação de meios para a melhoria do sistema de saúde do nosso País. E o que nós vimos? Lamentavelmente, ao que parece, nenhum centavo foi canalizado

para a assistência de saúde, e, se foi, não demonstraram, porque já admitiram, depois disso, que esse dinheiro se destina a outras necessidades do Estado.

Não discuto que o Estado tem que fazer caixa, como Poder Público que é, para as suas diversas necessidades, mas, a partir do momento em que se cria um tributo, com uma destinação específica, em um País já tão sobrecarregado de tributos, é necessário cumprir a sua destinação, e não se cumpre.

A saúde continua do mesmo jeito, o Governo Federal, que criou essa contribuição, transferiu para os Estados e, principalmente, para os Municípios toda a responsabilidade pelo atendimento de saúde do cidadão, com a criação do SUS, e vou aqui fazer um parêntese para dizer que, pelo menos, aqui, em Belo Horizonte, o SUS tem funcionado, porque, em qualquer posto de saúde de nossa Capital, qualquer pessoa que lá compareça é muito bem atendida, na medida de suas necessidades; contudo, às vezes, vejo pela imprensa críticas a esse atendimento. Acho que o SUS faz o possível, mas não pode fazer milagre. Os Municípios ficaram sobrecarregados, porque a CPMF, que foi criada pelo Governo Federal para aplicação na saúde, e não é mais nela aplicada, tornou-se, de provisória, definitiva, e, principalmente, os Municípios é que estão prestando assistência de saúde e, numa parcela razoável, os Estados.

Então, não me impressiona essa cláusula de reserva do possível, porque já percebemos que, se o cidadão for esperar que o administrador público inclua no orçamento verba para tratamento de saúde, vai morrer, porque vírus, bactéria e germe não sabem ler, não votam, não conhecem Constituição e só se preocupam em infectar o corpo humano.

Vírus, bactéria e germe não conhecem o orçamento, não sabem o que é Lei de Responsabilidade Fiscal, e o cidadão doente tem que se entender é com essas três entidades.

Se formos ficar esperando, por causa dessa cláusula da reserva do possível, que

venha orçamento para essa necessidade, vamos deixar de fazer justiça; e a obrigação do magistrado é aplicar a Constituição na amplitude de sua finalidade, porque não adianta escrever na Carta Magna, como escreveram, no § 3º do art. 182, que os juros bancários estavam limitados a 12% ao ano e, depois, nós, do Judiciário, não aplicamos e ainda fomos dizer que a matéria carecia de regulamentação. Não sei o que precisa ser regulamentado num texto que diz que os juros estão limitados a 12% ao ano.

Aqui é a mesma coisa. O Estado tem que prestar assistência de saúde ao cidadão necessitado. Não tem outra opção, porque senão não adianta a Justiça, e nós temos concedido a servidores públicos direitos que incluem pagamentos de direitos que eles não recebem do Poder Público, sem nos preocuparmos em saber se está no orçamento. Se há direito, ele tem que ser pago, independentemente de estar no orçamento. O orçamento para cumprir uma decisão judicial vai sujeitar o recebimento ao precatório, porque ele vai entrar no orçamento do ano subsequente.

Então, não me impressiona isso. Não se trata de, indiscriminadamente, mandar que o Estado pague o que ele não pode, ou substituir o administrador público na prática do ato administrativo; trata-se de abrir os olhos e parar de pensar que não estamos vendo o que nós estamos vendo, porque já vêm de anos as decisões judiciais mandando dar assistência de saúde, e nem assim o administrador coloca no orçamento do ano seguinte previsão orçamentária para isso. Então, para que existe a Constituição? Para que existe a disposição constitucional? O cidadão não pode saber.

Coloque-se no lugar de um cidadão que está com câncer, em fase grave, avançada, com Aids, ou tem problemas mentais gravíssimos, a família desesperada, o cidadão precisando de medicamento, e nós, pensando no orçamento que nunca haverá. E nós, discutindo se aquele medicamento é o melhor ou não, o mais adequado ou não. Quem prescreve medicamento é o médico que assiste o cidadão. O Estado não tem direito de questionar medica-

mento ou prescrição médica. É um absurdo o que tenho visto nos mandados de segurança e em outras ações em que o Estado alega que aquele medicamento não é adequado para aquele paciente. Impressiona-me que as associações médicas ainda não tenham tomado uma providência mais rigorosa, inclusive, com a atuação do Ministério Público, para cobrar a responsabilidade do administrador público que está interferindo ou pretendendo interferir na sagrada relação médico-paciente.

É por isso que aqui não se pode falar em dilação probatória, porque, nem em mandado de segurança, nem em ação ordinária, podemos discutir, aqui, se aquele medicamento é o melhor ou não para aquele paciente. O médico diz que é e nós temos que acatar. A responsabilidade é do médico.

Imaginem, Vossas Excelências, se nós disséssemos que esse medicamento não é adequado, que não damos esse e mandamos dar outro, demonstrando-se depois que, de fato, era o indicado, e o cidadão morre, ou se agrava o seu problema, isso porque fomos questionar um tratamento de saúde. Isso não pode acontecer. É por isso que não se trata de dilação probatória.

Mas há condições para que se cumpra a Constituição. Eu confesso que estava, até, um pouco menos exigente, mas passei a ser mais, alertado pelo Des. Manuel Saramago e pela Des.^a Albergaria Costa, porque estou constatando que, em alguns casos, o cidadão nem prova que tem a incapacidade financeira de pagar. Se é verdade que a Constituição determina ao Estado que preste assistência de saúde ao cidadão, não é menos verdade que o que a Constituição quer dizer é que se preste essa assistência ao cidadão que dela necessite e que não possa com meios próprios dela usufruir. O incapacitado financeiramente tem direito, mas aquele que tem condição financeira não o tem, porque, senão, prejudicaremos quem verdadeiramente necessita, sobrecarregando os poucos recursos do Tesouro Público.

E não se confunda a pobreza para fins judiciais, que é aquela estabelecida por presunção, na Lei 1.060/50, que decorre da simples declaração do interessado de que é incapaz de arcar com a despesa de um processo, sem prejuízo do próprio sustento ou de seus familiares, com a pobreza que dá o direito à assistência de saúde preconizada pela Constituição Federal, sem contraprestação.

Nos autos, no caso do Dr. Jorge de Araújo Rodrigues, que é médico, não há prova de sua incapacitação. E o que é mais grave, a impetração menciona, à f. 4, no último parágrafo, que "... felizmente o impetrante sobrevive com seu trabalho", muito embora se afirme extremamente prejudicado pela doença. Ora, o impetrante admite que tem condições de sobreviver com seu trabalho. Na página seguinte, no primeiro parágrafo, o impetrante informa que, durante todo o tratamento, fez uso das medicações através de recursos próprios. Então, ele está confessando que tinha capacidade financeira e diz, agora, que só recorre à tutela jurisdicional devido à negativa da Secretaria Estadual de Saúde e por não mais possuir condições de arcar com o tratamento. Aqui, já passou a ser obrigação do impetrante provar que não tem mais condições financeiras. Não basta a simples alegação, porque, em juízo, salvo o caso excepcional das despesas judiciais de que trata a Lei 1.060/50, o cidadão não pode, simplesmente, declarar a sua incapacidade financeira, ele tem que prová-la; e ele admite que tinha, dizendo que, agora, não tem.

Nesse mesmo parágrafo, ele acrescenta outra informação que demonstra que não tem direito líquido e certo, porque ele fala que recorreu à Justiça, devido à negativa da Secretaria Estadual de Saúde.

Perdoe-me o impetrante, mas isso não corresponde à realidade, porque ele não juntou nenhum documento da Secretaria Estadual de Saúde respondendo negativamente à sua notificação, que está às f. 26/27. Ele impetrou a segurança no dia 13 de setembro, notificou o Estado no dia 24 de agosto, chegando ao extremo de dizer que daria o prazo até o dia 5

de setembro, sob pena de ser considerado em mora.

Ora, a ninguém é dado o direito desse tipo de notificação, qual seja a de compelir o administrador público a praticar determinado ato, estabelecendo prazo que a lei não estipula nem especifica claramente, sob pena de automática constituição em mora.

E, vou aqui, nesse ponto, pedir respeitosa vênia à eminente Des.^a Relatora para discordar de uma consideração feita por S. Ex.^a, em seu voto, quando afirma que não é necessário exaurir o procedimento administrativo, porque a parte pode entrar em juízo mesmo sem exauri-lo.

Em caso de mandado de segurança, sem que haja a prática de ato, ainda que omissivo, não se pode entrar com a impetração, porque não existe ato violador de direito líquido e certo. O Estado e o Município, através do SUS, têm procedimentos próprios, têm formulários a serem preenchidos e apresentados, acompanhados de documentação que é neles indicada para obtenção desses medicamentos. Nem isso o impetrante fez. Ele não apresentou qualquer requerimento formal à Secretaria Estadual de Saúde, simplesmente notificou, por ouvir dizer que haveria recusa, porque, segundo o que ele aqui afirma, funcionários vinculados à Secretaria Estadual de Saúde teriam respondido verbalmente que ele não conseguiria o fornecimento da medicação.

Onde está o ato impugnado?

Onde está o ato que poderia ser violador de direito adquirido do cidadão?

O cidadão não precisa esperar a resposta ou a decisão administrativa quando há a prática de um ato administrativo, ou quando ele requer ou recorre de alguma coisa em função daquele ato. Ele pode ir direto ao juízo, porque aquele ato administrativo, ativo ou omissivo, está prejudicando ou violando um direito seu. Mas, aqui, não há ato nenhum da Secretaria

Estadual de Saúde, porque ele não requereu formalmente o fornecimento do remédio.

É certo que ele notificou, mas onde há a resposta negativa?

No plantão do último recesso, despachei um mandado de segurança de uma senhora e indeferi liminarmente a petição inicial, exatamente porque requerera ela o fornecimento de um medicamento no dia anterior e, antes de completar vinte e quatro horas, e sem resposta negativa, já impetrou mandado de segurança dizendo que não ia receber a resposta positiva. Eu extingui o processo. O que fizeram os advogados? Sei porque acompanhei, depois, as publicações do plantão que sucedeu ao meu; foram à Administração Pública, requereram a resposta afirmativa ou negativa, receberam a resposta negativa documentada e impetraram outro mandado de segurança, e o Desembargador de plantão, nesse novo mandado de segurança, concedeu a liminar, porque, na segunda vez, havia ato da autoridade. Mas, repito, aqui, não há ato. Onde está a negativa?

Até admito que em julgamentos anteriores vínhamos aceitando que a resposta e as informações da autoridade resistindo à ordem consistiam na prova da recusa, mas estou refletindo sobre isso e penso ser essa situação inadmissível, porque não se pode impetrar mandado de segurança contra ato futuro. A recusa só ocorre depois da impetração.

Não posso julgar por presunção, e o que tenho visto neste processo é: “- Eu já sei que não vai ser fornecido o medicamento. O funcionário disse verbalmente”. Por que ele não exigiu que o funcionário que disse verbalmente o dissesse por escrito? Porque ele, lamentavelmente, não se preocupou com isso. O impetrante nem sequer requereu pelos caminhos adequados, com formulário próprio. E, quanto a isso, realmente, concordo com a Des.^a Albergaria Costa: o Judiciário não pode substituir o administrador público, fornecer por presunção, conceder por adiantamento ou por hipótese.

Então, no caso, denego a segurança, não pelas razões lançadas no brilhante voto da Des.^a Albergaria Costa, mas porque o impetrante não comprovou o estado de incapacidade para custear o seu tratamento. Não demonstrou na impetração ato violador de seu direito, porque não havia, até então, qualquer ato de recusa de fornecimento do medicamento.

É como voto.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDOS A RELATORA, O 1º E O 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, PEDIU VISTA O DES. MANUEL SARAMAGO, APÓS A RELATORA DENEGAR A SEGURANÇA E O 1º E 2º VOGAIS A CONCEDEREM. O DES. MOREIRA DINIZ (4º VOGAL), EM ANTECIPAÇÃO, DENE-GOU A ORDEM.

Notas taquigráficas

Assistiu ao julgamento pelo impetrante o Dr. Régis Guimarães Guerra.

O Sr. *Presidente* (Des. Almeida Melo) - O julgamento deste feito, após não conhecerem da 1ª preliminar, vencidos a Relatora, o 1º e 2º Vogais, que a rejeitavam, e de rejeitarem a 2ª preliminar, à unanimidade, foi adiado na sessão do dia 07.02.2007, a pedido do Des. Manuel Saramago, depois de votar a Relatora, denegando a segurança; o 1º e 2º Vogais, concedendo-a; e o Des. Moreira Diniz (4º Vogal), em antecipação, denegando a ordem.

Com a palavra o Des. Manuel Saramago.

O Sr. *Des. Manuel Saramago* - O impetrante aduziu na inicial que é portador de enfermidade mental denominada "transtorno esquizoafetivo do tipo misto (CID-F 25.1)", razão por que postulou que lhe fosse dispensada a medicação - Ability -, descrita nos receituários médicos de f. 19/24-TJ, da autoria do Dr. Carlos Alberto de Abreu Lima - CRM/MG 18.736.

Nas informações prestadas às f. 49/62-TJ, a douta autoridade apontada como coatora alegou que "não há nos autos a impreterível prova pré-constituída da ineficácia ou da inadequação de vários outros medicamentos similares disponíveis e aplicáveis à enfermidade do impetrante, regularmente fornecido pelo SUS" (f. 51-TJ).

Realmente, inexistem provas nos autos que me convençam, de imediato, de que a medicação fornecida pelo SUS para o mal do qual é acometido o impetrante é para este ineficaz ou inadequada. Os relatórios médicos que instruíram a inicial não se prestam para, de pronto, comprovar a liquidez e certeza do direito invocado na petição inicial.

Com efeito, *in casu*, a matéria expandida na inicial está a desafiar a produção de prova técnica para se saber se a medicação disponibilizada pelo SUS é ou não eficaz no tratamento da moléstia de que padece o impetrante, o que é incabível nos estreitos limites do mandado de segurança.

Sem embargo ao princípio constitucional da saúde, consagrado no art. 196 da Carta Magna, não se permite ao Poder Judiciário, sem o mínimo de prova necessária, imiscuir-se na função administrativa, determinando a distribuição indiscriminada de medicamentos, redobrada vênua.

Apenas para ilustrar, outra questão me causou estranheza e perplexidade: tanto no presente *mandamus* como também no de nº 1.0000.06.444.997-8/000, os quais pedi vista na sessão anterior deste Grupo, ocorrida no dia 07.02.2007, o médico e o advogado que representa os impetrantes e a natureza das moléstias de que falecem aqueles apresentam identidade.

Isso posto, hei por bem colocar-me de acordo com a ilustre Relatora, Des.^a Albergaria Costa, pedindo redobrada vênua aos doutos Vogais que me precederam no presente julgamento, para, também, denegar a segurança.

O Sr. Des. Dárcio Lopardi - Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jorge de Araújo Rodrigues contra ato do Secretário de Saúde do Estado de Minas Gerais, que negou o fornecimento de medicamentos que lhe foram indicados para tratamento do quadro de “transtorno esquizofrênico tipo misto”.

Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito recursal, pedindo vênua à ilustre Relatora para discordar de seu proficiente voto.

Segundo Alexandre de Moraes, temos 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 (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197) (*Direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 664-665).

Lado outro, não se olvida a relevância do respeito ao princípio constitucional da igualdade, segundo o qual, na dicção do doutrinador supracitado,

... o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito...

Percebe-se, pois, que, não obstante o sistema público de saúde deva fornecer a todos os cidadãos, de forma igualitária, medicamentos e tratamento médico, certo é que nem todas

as pessoas necessitam da mesma forma dos serviços e produtos que lhes são disponibilizados.

Lado outro, deve-se ressaltar que o Poder Público não pode se furtar ao dever de prestar efetiva assistência à saúde dos cidadãos sob o fraco argumento de que, ao ser condenado na Justiça a prestar atendimento a uma única pessoa, as demais que não ajuizaram ações perante o Poder Judiciário e que também necessitam de tratamento serão prejudicadas.

Isso porque todas as pessoas que necessitem de atendimento médico, ao menos em tese, fazem jus a ele, sendo que o magistrado, ao determinar que se preste o tratamento ao demandante, não fere o princípio da igualdade, mas apenas determina que a Administração Pública cumpra seu dever, que já deveria estar sendo cumprido em relação a todos os pacientes, e não somente àqueles que ajuízam demandas.

Observe-se que não está ao alcance do Poder Judiciário determinar que o Poder Público preste a assistência integral à saúde a todos aqueles que dele necessitam, indefinidamente, visto que, por força da imparcialidade, está sujeito à provocação da parte interessada para se manifestar. Todavia, submetido um caso a sua apreciação, deverá compelir o ente público a cumprir seu dever, o que já deveria estar sendo feito de forma voluntária e prioritária pela Administração Pública.

Acrescente-se, ainda, que o direito à saúde deve ser preservado prioritariamente pelos entes públicos, uma vez que não se trata apenas de fornecer medicamentos e atendimento aos pacientes. Trata-se, mais, de preservar a integridade física e moral do cidadão, a sua dignidade enquanto pessoa humana e, sobretudo, o bem maior protegido pelo ordenamento jurídico pátrio, qual seja a vida.

Portanto, o direito à saúde engloba toda uma trama de direitos fundamentais cuja proteção é priorizada pela Carta Magna de 1988,

não sendo razoável preterir o administrado de seu pleno gozo sob qualquer argumento.

Ademais, não se justifica a manutenção de uma Administração Pública incapaz de preservar a saúde e a vida de seus próprios cidadãos, visto que a gestão pública não é um fim em si mesma, mas se justifica no bem-estar e preservação da qualidade de vida dos administrados.

Assim, ainda que outras pessoas que também necessitam de tratamento médico e fornecimento de medicamentos estejam sofrendo com a desídia do Poder Público em atendê-las, somente se encontra ao alcance do Poder Judiciário decidir favoravelmente aos cidadãos que buscam em sua manifestação a proteção para seus direitos fundamentais, mormente quando urgente o pleito, na esperança de, com tal atitude, modificar a mentalidade do administrador público brasileiro, chamando sua atenção para a necessidade de prestar efetivamente a assistência à saúde de seus administrados.

Nesse sentido, a atividade judicante busca conseguir, ainda que a longo prazo, influenciar positivamente na solução das mazelas criadas na gestão pública da saúde no País, ressaltando seu caráter prioritário e urgente.

Não se obscurece para o surgimento de uma nova tendência na jurisprudência, no sentido de relativizar o dever do Poder Público de garantir a saúde dos cidadãos, amparada pelo argumento de que o objeto do direito à saúde seria de difícil definição, precisando ser apreciado cuidadosamente, assim como deveria ser considerada, em casos que tais, a disponibilidade de recursos materiais e pessoais do Estado para fazer frente a tal necessidade.

A saúde não é um conceito matemático, não havendo como se prever, entre casos graves, aqueles em que um medicamento pode representar a salvação da vida do paciente, ou aqueles em que o paciente sobreviverá, nem mesmo a utilização daquele tratamento indicado.

Por tal motivo, não se pode deixar os cidadãos carentes, que necessitam de tratamento, conforme regular pedido médico, à mercê da sorte, pois nem os profissionais da área médica, nem os juristas têm o poder de graduar as necessidades fisiológicas de cada paciente, decidindo em quais casos a prestação de assistência à saúde seria básica e vital.

Lembre-se que o paciente que recorre ao Poder Judiciário, munido de documentos que comprovam ser portador de certa doença grave e de indicação médica urgente para o uso de algum medicamento ou adoção de certa intervenção, não objetiva, em regra, qualquer vantagem pessoal ilícita. Sua atitude de recorrer ao Judiciário para buscar a satisfação de sua pretensão reflete apenas seu estado de necessidade de curar-se, paralisando o mal que o aflige, de forma a restabelecer sua integridade, sua saúde e, por fim, sua sobrevivência.

De fato, o juiz terá discricionariedade para definir em quais casos deverá conceder o direito ao tratamento médico ao paciente requerente. Contudo, na busca da justiça real, entendo que o magistrado não deverá olvidar-se para sua convicção íntima, formada pelos documentos trazidos pela parte, de que aquela pessoa que bate às portas do Poder Judiciário se encontra ávida pela recuperação de sua saúde, impondo-se a atuação do Estado para salvá-la daquela situação de desespero e fragilidade.

Árdua será a atividade do juiz, que deverá ter um *feeling* para perceber a imprescindibilidade dos pedidos de tratamento ou de assistência à saúde pleiteados pela parte. Contudo, constatada tal imprescindibilidade, outra não poderá ser sua decisão, que não a da concessão da pretensão, para tornar efetiva tão relevante garantia fundamental.

Por conseguinte, essa tendência moderna de relativização do direito à saúde, quando da apreciação de mandados de segurança pleiteando tratamento ou atendimento médico, deve ser observada com cautela, na medida em que, conforme já se salientou, o direito à saúde

repercute, em última instância, no próprio direito à vida, à integridade física e psíquica. Assim, não se estaria relativizando apenas um direito fundamental constitucionalmente garantido, mas vários deles, fato esse que representa clara afronta não somente ao texto constitucional, mas ao próprio Estado Democrático de Direito, em seus mais basilares princípios.

Também não se pode considerar que a falta de recursos do Estado seja um óbice à concretização da garantia constitucional à saúde, pois, sendo esse um dever estabelecido com prioridade pela Constituição da República de 1988, é completamente contraditório e inconcebível permitir que as pessoas sofram e até morram por falta de tratamento e atendimento médico adequados, enquanto a máquina do Estado trabalha empregando dinheiro público em tantas outras esferas, sendo até, muitas vezes, desviado para fins escusos, como lamentavelmente se tem notícia, de tempos em tempos, no País.

De nada vale a Administração Pública de um Estado se não consegue, sequer, conservar a saúde e a vida de seus cidadãos, pois o Estado não é um fim em si mesmo, devendo os gestores públicos atuar de forma a dar efetividade à Constituição Cidadã, de 1988, buscando concretizar os direitos fundamentais em relação a cada um dos indivíduos.

Não é razoável esperar que a pessoa contribua para os cofres públicos, pagando tributos que serão empregados nos mais diversos ramos da atividade administrativa, para ser deixada à míngua quando sua saúde falhar, por omissão do Estado. Quão frustrante para o cidadão a constatação de que os direitos fundamentais somente poderão ser efetivados em casos extremos, e somente quando o Estado possuir disponibilidade de recursos e pessoal para tanto.

Data venia, não é esse o papel do Poder Judiciário na sociedade, nem o objetivo da Justiça, pois o magistrado não pode desconsiderar o texto constitucional do qual emana, inclusive, a própria jurisdição que lhe é atribuída.

E não cabe entender que o direito à saúde deve ser relativizado, pois o Poder Público possui também outras prioridades, como a educação, a moradia, a assistência social, porque tais direitos não terão tamanha relevância no caso de o cidadão, destituído de sua saúde, ter que se conformar com a degradação física e emocional de seu organismo em prol da manutenção da educação escolar, da residência aos carentes, ou de qualquer outra atividade administrativa.

Não se olvida, por óbvio, a importância do direito à educação, à moradia, ou de qualquer outro direito social. Contudo, a Constituição da República não é excludente, no sentido de que, para um ser atendido, o outro deverá ser prejudicado. O que o legislador constituinte buscou foi definir alguns desses direitos como prioridades, no sentido de que, na falta de recursos para todos, deverá ser atendido o interesse valorado como prioritário.

Também não se deve permitir que as normas orçamentárias, apesar de seu relevante papel na Administração Pública, sejam um entrave para a efetivação de um direito fundamental considerado prioritário pela Constituição da República de 1988, pois, caso assim se entendesse, em nenhuma hipótese, nem mesmo naquelas em que o paciente estivesse à beira da morte, necessitando urgentemente de um medicamento não constante da rede pública de assistência à saúde, haveria meios de lhe proporcionar a cura.

Não se pode considerar que a imposição ao Ente Federado da obrigação de prestar assistência médica e material ao autor, demonstrada nos autos a necessidade, representaria um dano ao erário, pois, quanto mais gastar com saúde, em contrapartida, mais recursos receberá do Ministério da Saúde, não havendo, portanto, justificativa para se furtar a garantir o direito fundamental ora pleiteado.

A meu entender, recusando-se a efetivar, no caso concreto, o direito à saúde, o ente público estaria, na verdade, sendo omisso em relação ao seu dever de assistir aqueles que

necessitam de tratamento urgente, afastando a atuação administrativa dos princípios e obrigações básicas que a regem.

Isso posto, com a devida vênia, concedo a segurança, condenando o impetrado a fornecer os medicamentos indicados ao autor, da forma prescrita pelo profissional da área médica, enquanto necessitar do tratamento. Determino, ainda, seja fixada, a título de *astreintes*, multa diária de duzentos reais, por descumprimento da obrigação ora imposta. Por conseguinte, deixo de arbitrar honorários advocatícios, nos termos da Súmula nº 512 do STF. Custas processuais, *ex lege*.

O Sr. Des. Dídimio Inocêncio de Paula - Sr. Presidente. Cotejando o material fornecido, observo que se trata, uma vez mais, de mandado de segurança para fins de obtenção de fornecimento de medicamento.

Desde a primeira hora em que aportei neste Grupo de Câmaras, tenho afirmado a

minha dificuldade em aceitar o manejo da ação mandamental para efeito da busca de fornecimento de medicamento e isso, necessariamente, por entender que dificilmente se consegue fazer a prova pré-constituída, desde logo, no *mandamus*.

Anoto e entendo perfeitamente as posições divergentes na espécie; contudo, no caso específico, com respeitosa vênia das opiniões em contrário, e observando a agudez com que se houve a douta Relatora, Des.^a Albergaria Costa, peço-lhe vênia para subscrever na íntegra o seu judicioso voto.

Denego a segurança.

Súmula - NÃO CONHECERAM DA 1ª PRELIMINAR, VENCIDA A RELATORA, O 1º E 2º VOGAIS, QUE A REJEITAVAM. REJEITARAM A 2ª PRELIMINAR, À UNANIMIDADE. NO MÉRITO, DENEGARAM A SEGURANÇA, POR MAIORIA.

-:-