

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA BERNARDI BUSATO

**O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS
DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTO**

CURITIBA
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MARIANA BERNARDI BUSATO

**O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS
DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTO**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, do curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Clayton
Albuquerque Maranhão.

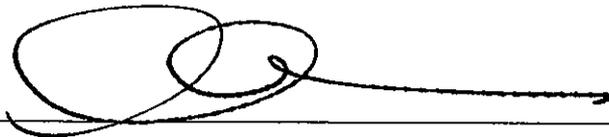
CURITIBA
2012

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA BERNARDI BUSATÓ

O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NAS DEMANDAS JUDICIAIS POR MEDICAMENTO

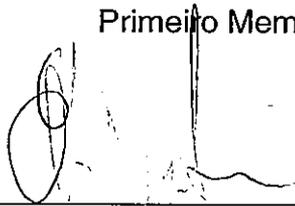
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CLAYTON ALBUQUERQUE MARANHÃO
Orientador



ALCIDES ALBERTO MUNHOZ DA CUNHA
Direito Civil e Processual Civil
Primeiro Membro



ELTON VENTURI
Segundo Membro

Aos meus amados pais, Luiz e Cecilia,
que são a base de toda
minha luta e conquistas.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pelos dons da vida e do discernimento, sem os quais, certamente, este trabalho não teria sido possível. Ainda, agradeço a Ele pelas oportunidades que me foram dadas ao longo da vida, principalmente pelos pais aos quais fui confiada e pelos momentos difíceis passados juntos, os quais foram matéria-prima do meu aprendizado.

Reitero os meus mais sinceros agradecimentos aos meus amados pais, Luiz e Cecília, por todo amor e educação a mim dedicados, por terem fornecido condições de me tornar a pessoa que sou hoje, muitas vezes abrindo mão dos seus sonhos em prol dos meus.

Aos meus amados irmãos, Luiz Henrique e Marina pelo carinho e atenção. Em especial, a minha irmã Marina, cuja paciência e ajuda foram fundamentais no decorrer de todo o curso.

Agradeço, ainda, ao meu namorado, Kelsons, pela compreensão e pelo companheirismo. Principalmente, agradeço pela incrível capacidade de me trazer paz e tranquilidade nos momentos mais turbulentos ao longo da confecção da monografia.

Ao meu querido orientador, professor Clayton Albuquerque Maranhão, pelos ensinamentos compartilhados e pela paciência com a correção deste trabalho.

À querida Ana Lúcia Pretto Pereira, amizade conquistada graças a este trabalho, que pronta e gentilmente me ajudou quando precisei.

Enfim, agradeço a todos os meus familiares, amigos e professores que, cada um ao seu modo, me incentivaram e me apoiaram sempre.

"Na vida, não vale tanto o
que temos, nem tanto importa
o que somos.

Vale o que realizamos com aquilo que
possuímos e, acima de tudo,
importa o que fazemos de nós!"

(Chico Xavier)

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que, considerando o conceito de direito à saúde, a finalidade do mandado de segurança, a definição de direito líquido e certo, o mandado de segurança não se mostra como o meio processual mais adequado à tutela ao direito fundamental à saúde. Mais especificadamente, no que concerne às demandas pelo custeio de tratamento médico pelo Poder Público. Ademais, conclui-se pela imprópria utilização deste remédio constitucional contra ato judicial para defesa do direito à assistência à saúde em virtude da ameaça a diversos princípios constitucionais, como o da igualdade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: direito fundamental à saúde; mandado de segurança; direito líquido e certo; medicamentos; cerceamento de defesa; prova pericial.

ABSTRACT

The purpose of this work is to demonstrate that; considering the concept to the right to health, the goal of the injunction, the definition of clear and legal right, the injunction does not appear to be the most appropriate remedy to guardianship law fundamental to health. More specifically, in relation to the demands to claims medical treatment costs from the Government. Furthermore, it is concluded that there is an improper use of this constitutional remedy against the judicial act in defense of the right to health care because of the threat to various constitutional principles; such as equality, due process, legal defense and contradiction.

Keywords: fundamental right to health; injunction; clear and legal right; drugs; denial of due process; expert evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – DIREITO À SAÚDE: APONTAMENTOS PRELIMINARES	12
1.1 Definições	12
1.2 O direito à saúde e as demandas judiciais por custeio de medicamento pelo estado	17
CAPÍTULO II – O MANDADO DE SEGURANÇA	22
2.1 Histórico	22
2.2 Conceito e finalidade	23
2.3 Direito líquido e certo	25
2.4 A inexistência de direito líquido e certo no que tange ao direito à saúde	28
CAPÍTULO III – O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO: ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES	31
3.1 A inadequação do mandado de segurança com a tutela do direito subjetivo à saúde nas demandas por custeio de medicamento	31
3.2. Do cerceamento de defesa do poder público e de seu direito à prova	35
3.3 A indispensabilidade da prova pericial	39
3.4 A orientação jurisprudencial pátria	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

Antes de apresentar o objetivo do presente trabalho, cumpre esclarecer que este não abordará o mérito em si das ações em que o paciente busca que o Estado arque com os custos de tratamentos médicos.

Ainda, não se pretende aqui buscar solucionar o problema nuclear da saúde, tampouco os entraves periféricos quanto a sua eficácia, efetividade, aspectos médicos e jurídicos.

A finalidade deste trabalho é tão somente a de analisar, sob o comando predominantemente processual, a adequação do mandado de segurança à tutela do direito fundamental à saúde nas demandas pelo custeio de medicamentos por parte do Poder Público.

Este trabalho visa demonstrar as complexidades inerentes à tutela do direito à saúde e as dificuldades que envolvem a tentativa de proteção deste direito por meio do mandado de segurança. Em especial, no que concerne às demandas judiciais em que o usuário do sistema público de saúde objetiva, através da impetração de mandado de segurança, o custeio de tratamento médico pelo Estado. Busca-se esclarecer que o mandado de segurança, apesar de sua eficácia e de ser amplamente utilizado, não se mostra o remédio processual mais adequado a este fim, ameaçando lesionar os princípios da igualdade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Primeiramente, traz-se o conceito de direito à saúde, desde as primeiras tentativas de definição até a consolidação do entendimento de que o direito à saúde é direito público subjetivo e fundamental, reconhecido e previsto no ordenamento constitucional pátrio em seu artigo 196. Classificado por alguns doutrinadores como direito fundamental de 2^o geração, está lançado no rol dos direitos sociais, culturais e econômicos, perante os quais o Estado possui função promocional, visando assegurar a justiça social.

Trazendo à análise do direito à saúde para as controvérsias que envolvem o custeio de tratamento médico pelo Poder Público, constata-se que, em que pese o artigo 196 da Carta Magna assegurar o direito à saúde a todos, indistintamente, há uma imensa dificuldade de se atender a todos os pacientes.

Verifica-se, ainda, que o direito a saúde é “direito alternativo”, no que se refere às prestações, haja vista que o seu exercício depende da existência de políticas públicas criadas previamente pelo Estado no intuito de atender o maior número de pessoas possível. E que é o médico, por meio das políticas públicas existentes, quem escolhe qual a alternativa mais indicada à solução do paciente.

Na sequência, faz-se um apanhado histórico traçando o surgimento do mandado de segurança no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu conceito na atualidade e a sua finalidade. Verifica-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 restringe as possibilidades de utilização do *mandamus* ao estabelecer, em seu artigo 5º, incisos LXIX e LXX, que a concessão desta medida somente é possível nos casos em que o direito a ser tutelado não esteja amparado nas hipóteses de cabimento da *habeas corpus* ou *habeas data*.

O texto constitucional ainda dispõe que mera afronta a direito líquido e certo não assegura a impetração de mandado de segurança, sendo necessário que o responsável pelo ato ilegal ou pelo abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Prossegue-se, utilizando do conceito de alguns doutrinadores na tentativa de estabelecer uma definição para o que seria *direito líquido e certo*. O entendimento majoritário da doutrina brasileira considera *direito líquido e certo* como sendo aquele que pode ser demonstrado de plano, por meio de prova pré-constituída, pronto a ser exercido no momento da impetração do *writ*.

Após, demonstra-se a inexistência de direito líquido e certo no que concerne à tutela do direito à saúde, dada a alternatividade dos aspectos previstos em sua norma de incidência.

Explica-se que a iliquidez do direito à saúde, nos casos de custeio de medicamento, decorre, ainda, da inexistência de autoridade coatora digna desta designação, da ausência de ordem “*manifestamente*” ilegal e da inexistência de um procedimento executivo próprio, na Lei nº 12.016/2009.

A utilização muitas vezes inadequada do mandado de segurança com o intuito de tutelar o direito à saúde nas demandas pelo custeio de tratamento médico pelo Estado acarreta inevitável cerceamento de defesa por parte do Poder Público, bem como impossibilita o exercício do seu direito à produção de provas. Ressalta-se a importância e a indispensabilidade da produção de prova pericial para

configuração do direito à saúde, bem como alerta-se para o baixo valor probante dos atestados e das prescrições médicas.

Ainda, aponta-se algumas decisões proferidas pelos principais Tribunais de Justiça do país em que a via processual escolhida pelo autor foi a ação ordinária de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada para buscar o custeio de tratamento médico ou medicamento pelo Estado.

Encerra-se o presente trabalho com uma síntese das conclusões alcançadas ao longo do texto.

CAPÍTULO I – DIREITO À SAÚDE: APONTAMENTOS PRELIMINARES

1.1 Definições

Antes de adentrar na delimitação do direito a saúde, faz-se necessário delinear primeiramente um conceito de saúde, pois este conceito modificou-se por inúmeras vezes no decorrer dos séculos.

Consoante ensina GERMANO SCHWARTZ (2001, p. 35), o conceito de “saúde” sofreu diversas alterações ao longo dos anos, até que, em 1946, o preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU (Organização das Nações Unidas), estabeleceu um conceito principiológico básico para harmonizar as relações e a segurança de todos os povos: *“saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”*.¹

Este conceito foi alvo de várias críticas em virtude de ser pouco operacional, pois depende de escalas decisórias que não permitem a implementação de suas diretrizes. Isso porque, a partir do momento em que o Estado assume o papel central no âmbito da saúde, a vontade política se torna instrumento de inaplicabilidade do conceito elaborado pela OMS, haja vista que as verbas públicas nem sempre são suficientes à garantia do “bem-estar” físico, social e mental. Desta forma, constata-se que a aplicação efetiva do referido conceito encontra óbice nos limites sociais, culturais e, principalmente, econômicos de cada país. (SCHWARTZ, 2001, p. 36)

No Brasil, o conceito de saúde somente encontrou proteção jurídica com a promulgação do texto constitucional de 1988, ocupando lugar de direito fundamental. Estabelece, em seu artigo 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, apontando ainda que a saúde deve ser possibilitada a todos os cidadãos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país. Ainda, a Magna Carta vai mais além e dispõe que o direito à assistência à saúde deve ser garantido pelo Estado mediante a promoção de políticas sociais e econômicas.

¹ Percebe-se que a OMS alargou o conceito de saúde anteriormente limitado aos aspectos “curativos” e “preventivos”. Ocorre aqui a “promoção” da saúde ao estabelecer que a saúde não é apenas a ausência de doenças, mas sim um completo bem-estar físico, mental e/ou social.

É sabido que, num Estado Democrático de Direito, como se diz ser o brasileiro, assume-se o compromisso de efetivar programas de justiça social e de qualidade de vida, incluindo-se aqui a saúde. Sendo assim, no que tange ao direito à saúde, necessário ressaltar que o Estado Democrático de Direito impõe a todos os seus componentes o dever de almejar mudanças na realidade que se apresenta, por contrariar diversos princípios constitucionais. O Brasil, portanto, fica obrigado a buscar transformações sociais, culturais e econômicas para que a saúde seja um efetivo instrumento de justiça social.

Neste contexto, mostra-se evidente que o Estado Democrático de Direito supera o império da legalidade, característico ao Estado de Direito, e passa a ser uma modalidade estatal que visa à mutação da realidade, na qual a lei se torna instrumento basilar de mudança.

O Estado Democrático de Direito nada mais é do que a tentativa de se conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não com a imposição de conceitos, mas antes com conteúdo próprio, preocupado com as garantias jurídicas e a política social no anseio pela transformação do *status quo*. (SCHWARTZ, 2001, p. 50)

No que se refere ao direito à saúde, o Estado Democrático de Direito impõe a todos que dele fazem parte, o dever de se buscar a transformação social da realidade em virtude de esta contraria diversos dos seus princípios. Assim, a saúde se torna real instrumento de justiça social.

Consoante nos mostra INGO WOLFGANG SARLET (2011, p. 209-210), em que pese a Magna Carta de 1988 não ter feito menção direta ao princípio da universalidade e a despeito de ter considerado como titular dos direitos e garantias fundamentais os brasileiros e estrangeiros aqui residentes, o princípio da universalidade encontrou abrigo no direito constitucional brasileiro, sempre vinculado ao princípio da igualdade. Dessa forma, conclui que os direitos fundamentais, como o direito à saúde, por revestirem-se de universalidade, podem possuir qualquer pessoa como sendo seu titular.

Verifica-se, assim, que os direitos fundamentais, a saúde, portanto, são dotados de caráter vinculativo, ou seja, estão estritamente relacionados ao poder público, ao legislador, aos órgãos administrativos, aos tribunais e também na esfera das relações jurídico-privadas. (SARLET, 2011, p. 209-210)

Quanto ao direito à saúde, o Estado fica obrigado juridicamente a exercer políticas públicas de saúde que objetivem a construção de uma nova ordem social, visando o bem-estar e a justiça sociais.

O artigo 6º do texto constitucional reconhece o direito à saúde, além de direito fundamental, como direito social. Assim sendo, constata-se que o direito à saúde enquadra-se nos chamados direitos de *segunda geração*. O que implica em afirmar que este passa a ser um direito que exige do Estado determinadas prestações positivas a fim de garantir a efetividade e a eficácia da saúde.

Sob esta visão “*coletivizante*” da realidade social, fundada no denominado “Estado de Bem-Estar Social”, a saúde passa a ser encarada não mais como apenas a impossibilidade da busca pela cura, mas inteiramente relacionada à atividade prestadora do Estado, vigorando como um direito a sua prestação, independente das possibilidades individuais. (SCHWARTZ, 2001, p. 53)

Ademais, não se pode negar que a saúde é direito difuso, vez que inexistente determinação exata de quem são seus titulares, além de o bem jurídico tutelado – a saúde – ser indivisível. Como reflexo disso, ninguém pode avocar sua propriedade.

Outrossim, de acordo com a interpretação sistemática da Constituição realizada e, conforme o nosso ordenamento jurídico, pode-se classificar a saúde como sendo direito público subjetivo, consoante estabelece a própria Carta Magna ao referir-se ao direito à saúde como direito público subjetivo exigível contra o Estado. (SCHWARTZ, 2001, p. 55)

Prossegue SCHWARTZ (2001), afirmando que:

“[...] a complexa classificação do direito à saúde implica diretamente no âmbito de sua efetivação. Apesar de nem todos os direitos sociais possuírem essa característica *público-subjetiva*, a saúde é direito oponível contra o Estado e o obriga a determinadas prestações independentemente de legislação prévia e, portanto, passível de reclamação via administrativa ou judicial pelo titular do direito”. (SCHWARTZ, 2001, p. 56)

Inobstante, não se pode deixar de considerar o caráter individual do direito à saúde, haja vista que é o indivíduo quem efetivamente o coloca em prática. O que confere ao direito à saúde a natureza de direito público subjetivo é a sua estrutura que, uma vez acionada, estabelece as condições necessárias ao cidadão exigir a prestação estatal.

Deste modo, pode-se afirmar que inexistente confronto em se considerar o direito à saúde como sendo direito social prestacional e direito público subjetivo, face, ainda, a sua excepcionalidade.

Neste contexto,

“(…) não há como desconsiderar a natureza excepcional dos direitos fundamentais originários a prestações sob o aspecto de direitos subjetivos definitivos, isto é, dotados de plena vinculatividade e que implicam a possibilidade de impor ao Estado, inclusive mediante recurso à via judicial, a realização de determinada prestação assegurada por norma de direito fundamental, sem que com isto se esteja colocando em cheque a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais de cunho prestacional”. (SARLET, 2011, p. 350)

Todos os direitos fundamentais, sociais ou não, possuem dimensão específica no que concerne à prestação pecuniária. Sendo assim, evidencia-se a existência de uma condicionante ao exercício de referidos direitos, qual seja, a previsibilidade orçamentária. Todavia, no que se refere ao direito à saúde, o seu objeto final é a prestação sanitária e não a prestação pecuniária propriamente dita.

Para SARLET (2011), o reconhecimento do direito público subjetivo da saúde decorre da estrutura constitucional brasileira:

“(…) no caso do direito à saúde, o reconhecimento a um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”. (SARLET, 2011, p. 325)

Destarte, tem-se que o direito público subjetivo da saúde poderá sofrer a incidência da tutela judicial ou administrativa quando o Estado não desempenhar seu papel garantidor do direito à saúde.

O direito público subjetivo da saúde origina um vínculo jurídico entre o “Estado-devedor” e o “cidadão-credor”, criando determinada obrigação estatal positiva e negativa em relação às prestações sanitárias, o que também abre brecha à atuação do Poder Judiciário e da Administração Pública. (SCHWARTZ, 2001, p. 79)

Fato é que o exercício do direito à saúde não está previamente condicionado à previsão orçamentária e institucional. Além do mais, o Poder Executivo possui

diversos mecanismos de arrecadação de verbas para suprir o gasto com a saúde pública, não tendo, assim, desculpa para se eximir do seu dever.

A despeito de os recursos econômicos serem limitados em face de necessidades ilimitadas, não se pode cogitar que o poder público esteja carente de numerário para fazer frente às expectativas básicas da população, expressamente garantidas na Carta Constitucional.

Acerca do assunto, ensina SARLET (2011):

"Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor - além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada - os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana". (SARLET, 2011, p. 325)

Todavia, há que se reconhecer a dificuldade prática, cotidiana, de efetivação do direito à assistência à saúde, haja vista a sua complexidade e os diversos fatores que se relacionam diretamente à saúde.

Assim sendo, a melhor solução ao problema da eficácia do direito à saúde, é buscar sua maior aplicabilidade e efetividade possíveis, atendendo ao disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Imperioso afirmar, portanto, que não há como se garantir a plena eficácia dos direitos sociais. A busca pela maximização do direito à saúde deve observar as peculiaridades do caso concreto. (SCHWARTZ, 2001, p. 82)

Se a vida é o objetivo maior da sociedade brasileira, no contexto da nossa Constituição, é correto que se estabeleça que o Estado deve agir sempre que o princípio da preservação da vida e da dignidade estejam ameaçados.

Comunga do mesmo pensamento SARLET (2011) ao afirmar que:

Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como o da separação dos poderes e demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão somente um direito subjetivo *prima facie*, já que - nesta

seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada. (SARLET, 2011, p. 349)

Assim, considerando a saúde como um direito público subjetivo e fundamental, verifica-se que o seu maior problema – a existência de possibilidade fática em exigí-lo caso o ente estatal não cumpra com seu dever – é superado diante da observância do caso concreto, alcançando, assim, maior efetividade.

1.2 O direito à saúde e as demandas judiciais por custeio de medicamento pelo estado

Trazendo a análise do direito à saúde para o estudo das demandas judiciais em que se pleiteia o custeio de medicamento por parte do Poder Público, constata-se que a disposição do artigo 196 do texto constitucional retrata a dificuldade de se atender a todos os pacientes.

A Constituição garante que toda a população do país deve ser atendida ao mencionar que “a saúde é direito de todos”. Todavia, apesar de a Carta Magna assegurar os direitos sociais a todos, independentemente de sua condição social, verifica-se que o princípio da universalidade *per se* acarreta a consequência de que é inevitável a ocorrência de falhas no atendimento. Da mesma forma, a integralidade, na medida em que atrita frontalmente com o princípio da igualdade.

O resultado da judicialização da saúde, deste modo, aponta que o Estado tem gasto mais com tratamentos de saúde, mas isto não tem diminuído a diferença social entre ricos e pobres. Além disso, constata-se que as demandas judiciais têm inflado os gastos públicos com a saúde, tornando-os ainda mais ineficientes. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 30)

Este é um reflexo do direito a saúde ser garantido mediante políticas públicas. O mérito administrativo é que decide, discricionariamente, acerca da conveniência, oportunidade e justiça do ato. Portanto, quem decide a forma do tratamento do paciente é o ente público enquanto gestor das políticas públicas de saúde, e não o paciente.

Aqui se encontra mais uma razão pela qual os critérios que o julgador deverá utilizar a fim de dirimir eventuais conflitos envolvendo o exercício do direito à saúde deverão basear-se principalmente no devido processo legal, atendendo, ainda, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 34)

Além disso, o direito à saúde possui a característica notória de ser um dever e não uma obrigação. Assim, quando o artigo 196 da Constituição dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, confirma-se a correlação entre o direito e o dever, o que, de forma alguma, gera obrigação para o ente público.

Deste modo, antes de tudo, importante frisar aqui a diferença entre dever de obrigação e débito, haja vista que a relação que se estabelece entre o indivíduo e o ente estatal na defesa do direito à saúde não possui natureza econômica e não se enquadra nos parâmetros de uma obrigação, conforme estabelece o Direito Civil.²

Assim, evidente que as obrigações têm sempre um caráter patrimonial, não podendo ser confundidas com os deveres jurídicos, os quais, por sua vez, são marcados pela extrapatrimonialidade.

É sabido que o dever de o Estado prestar tratamento não é um dever familiar, é antes um dever estatal que corresponde a um direito fundamental, qual seja, o direito à saúde. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 36)

Ademais, o dever de o Estado prestar tratamento à saúde não admite quitação, pois o Estado não se exonera com a realização do tratamento pleiteado. Sendo assim, resta claro não se tratar de obrigação, haja vista a impossibilidade de conversão em indenização.

Isto fica ainda mais evidente quando se reconhece a iliquidez do direito à saúde, conforme será demonstrado adiante. Justamente em razão de suas características material e pessoal, quantitativo, temporal e espacial serem indeterminadas, isto é, não é possível converter o direito à saúde em pecúnia ou solucionar o seu descumprimento com indenização.

² O Direito das Obrigações “é o conjunto de normas e princípios jurídicos reguladores das relações patrimoniais entre credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir; espontaneamente ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer”. (GOMES, 2000, p. 3)

Neste sentido, WILSON MAINGUÉ NETO (2011) esclarece que:

“O direito do usuário não é receber os valores financeiros do Poder Público e utilizar os valores para compra do tratamento que pleiteia no mercado [...]. Por isto é equivocada a ideia de obrigar o ente público a fazer um depósito na conta bancária aberta pelo juízo para que o usuário saque o valor, pague o tratamento e preste contas. [...] E o grande problema desta prática é que o Poder Público não tem nenhum controle dos valores gastos pelo usuário, que pode comprar nos lugares mais caros seus tratamentos sem fazer qualquer pesquisa de preços”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 37-38)

Assim, dada a inexistência de obrigação entre o particular e o Estado, não se pode falar em “débito” do ente estatal e “crédito” do indivíduo, pois estes, como visto acima, são elementos do Direito das Obrigações.

Outrossim, por ser um direito cujo conteúdo é determinado pelo Poder Público com a criação de políticas públicas³, a saúde possui o caráter da heteronomia que exime a responsabilidade do ente estatal de seguir os anseios dos particulares.

Desta forma, nota-se que os direitos fundamentais dependem de dotação orçamentária, cuja implementação está relacionada diretamente à atuação do poder público na criação de políticas públicas.

Como consequência desta heteronomia, o Poder Público coloca à disposição do usuário do sistema público de saúde tratamentos gratuitos para as suas enfermidades, motivo pelo qual o tratamento deve se dar conforme determinado previamente.

“É o Poder Público que define o modo de prestação do serviço. Isto é a heteronomia do direito à assistência à saúde que de resto aplica-se a todos os direitos fundamentais que tenham por objeto uma prestação positiva por parte do Ente Estatal”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 60)

³ “[...] com o surgimento do Estado Social e as novas formas de atuação na conformação da ordem econômica e social, o orçamento público abandona seu caráter de neutralidade e torna-se instrumento de administração pública, de forma a auxiliar o Estado nas várias etapas do processo administrativo: programação, execução e controle.

Tal transformação das características e da importância do orçamento público surge no exato momento em que os objetivos, metas e programas – agora constantes dos textos constitucionais – passam a ter sua implementação condicionada à adoção, pelo Estado, de políticas públicas que os concretizem. Portanto, a noção moderna de orçamento é diretamente relacionada à noção de políticas públicas. Afinal, é a partir do Estado social que surge, por meio de políticas públicas – e do orçamento – a intervenção positiva do Poder Público na ordem econômica e na ordem social.

Política pública é expressão polissêmica que compreende, em sentido amplo, todos os instrumentos de ação dos governos”. (MÂNICA, 2007, p. 169)

Tendo por base o fato de que quem deve decidir a política pública é o ente público, necessário ainda analisar a discricionariedade do administrador para criar essa política pública e a viabilidade de o poder judiciário interferir no ato do Poder Público.

Antes de qualquer coisa, impera aqui a necessidade de se verificar, de antemão, a peculiaridade do caso concreto. Se a controvérsia apresentada pelo paciente, quanto ao seu tratamento, admitir uma única solução, não há razão de se negar a possibilidade de atuação judiciária nas decisões administrativas, vez que não haveria a substituição da discricionariedade administrativa pela judiciária. Neste caso, o magistrado tão somente constataria a adequação da decisão administrativa ante os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em outro vértice, caso o administrador público tenha em mãos mais de uma solução ao tratamento de saúde do usuário do sistema público de saúde, haverá diversos fatores em conflito que dependem de análise subjetiva, como por exemplo, o custo, a quantidade, a qualidade, a eficácia, o número de pacientes, dentre outros. Assim, inevitável é que o administrador realize um juízo valorativo na aplicação concreta da política pública e, desta forma, nunca haverá uma solução única e justa. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 64)

Mesmo nos casos em que o administrador público analisa uma única política pública deve fazê-lo contrabalanceando a eficácia e os custos, pois se não o fizer comprometerá a eficácia do direito à saúde.

Conclui-se, deste modo, ser equivocado referir-se a uma única solução no que concerne às políticas públicas de saúde e na aplicação do artigo 196 do texto constitucional, haja vista que para se angariar a uma solução ao conflito do paciente é sempre indispensável a análise subjetiva por parte do administrador, ou seja, o exercício de juízo de valor, que varia de indivíduo para indivíduo, motivo pelo qual o judiciário não poderia adentrar no mérito da decisão administrativa.

Outrossim, a própria ideia de política pública exclui a possibilidade de existir uma solução única e perfeita para cada caso concreto, pois a política é ato abstrato, ou seja, não é instituída com o intuito de solucionar determinado problema de um usuário específico. Ao contrário, cada política pública criada tem a finalidade de atender a população de modo geral e igualitário, sendo praticamente atender a todos de forma eficaz.

LUIZ GUILHERME MARINONI (2003), coadunando com essa linha de raciocínio, assim se manifestou acerca da tutela inibitória em caso de omissão do Poder Público, *in verbis*:

“É claro que, diante da maioria das situações, no confronto da atuação administrativa com as peculiaridades do caso concreto, não se poderá dizer com certeza qual é a solução de aplicação ideal, e se nestes casos a solução adotada pelo administrador encontrar-se como razoável e admissível, o Judiciário não poderá revisá-la. Aí ter-se-á, realmente, uma decisão de mérito, porque comportada abstratamente pela norma e aceitável no caso concreto.” (MARINONI, 2003, p. 106-107)

Tem-se, assim, de um lado o administrador que cria a política pública de saúde de modo abstrato e, de outro, o magistrado que atua conforme a sua jurisdição, analisando o pleito com base no caso concreto.

Essa é a razão de existir uma forte tendência de as ações em face do Poder Público ser julgadas procedentes, vez que dificilmente os juízes se atentam às políticas públicas, voltando a sua preocupação com o usuário do sistema público de saúde e do seu problema de saúde. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 65)

Em suma, conclui-se que, de fato, sempre há mais de uma alternativa à solução do paciente que pode ser adotada pelo ente público na tutela do direito à saúde e que, em virtude disso, referido direito – dependente da existência prévia de políticas públicas formuladas pelo Poder Público de forma abstrata na tentativa de atender o maior número possível de usuários – é um “direito alternativo” no que tange às prestações e, além disso, é direito ilíquido, conforme se verá adiante.

CAPÍTULO II – O MANDADO DE SEGURANÇA

2.1 Histórico

No Brasil colonial preponderava o entendimento de que os atos praticados pela Administração Pública jamais poderiam ser revistos pelo Poder Judiciário. Não era permitido a um particular insurgir-se contra qualquer ato da Administração, seja em virtude da ausência de medidas cabíveis para tanto, seja porque ainda não imperava a noção de separação de poderes idealizada por Montesquieu.

Em 1894, através da Lei nº 221, institucionalizou-se o controle dos atos da Administração Pública pelo Judiciário por meio da ação sumária especial. Nas palavras de Carlos EDUARDO NICOLETTI CAMILLO, ainda que essa Lei ao tenha obtido sucesso, representou um dos primeiros passos para a defesa dos direitos do particular contra os atos ilegais praticados pela administração. (CAMILLO, 2001, p. 61)

Conforme explica MAURO LUÍS ROCHA LOPES (2009, p. 1-2), a Constituição de 1891 previa, em seu artigo 72, § 22, a figura do *habeas corpus*, porém não mencionava a prisão e o constrangimento físico, permitindo, assim, a proteção das liberdades individuais em geral contra a administração pública através do *habeas corpus*.

Ainda, na busca por outros meios que tutelassem os direitos em face da Administração, RUI BARBOSA, em 1892, através de uma petição pleiteando a soltura de presos políticos, amplia a abrangência da figura do *habeas corpus*.

Isto, contudo, somente foi possível até o advento da Emenda Constitucional de 1926, que restringiu as hipóteses de incidência de referido remédio à esfera penal.

O mandado de segurança é então incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição de 1934, objetivando a proteção de direito certo e incontestável.

Com a Constituição de 1937, oriunda do Estado Novo, extinguiu-se o instituto do mandado de segurança que somente volta a figurar no ordenamento

pátrio com a promulgação da Constituição de 1946, substituindo-se a expressão “*direito certo e incontestável*” por “*direito líquido e certo*”. (LOPES, 2009, p. 2)

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 01 de 1969, mantiveram o mandado de segurança como garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a Constituição em vigência atualmente, promulgada em 1988, tendo esta inovado somente ao estabelecer um novo tipo de mandado de segurança: o coletivo (artigo 5º, incisos LXIX e LXX).

Sob a vigência da Constituição de 1946, editou-se a Lei 1.533/1951 que regeu o procedimento específico do mandado de segurança até o advento da Lei nº 12.016/2009 que, alterando o tratamento normativo a ele dado, vige no Brasil até os dias de hoje.

2.2 Conceito e finalidade

O mandado de segurança é ação civil pública de rito sumário especial destinado a coibir lesão ou ameaça de lesão a direito subjetivo individual ou coletivo, através de ordem corretiva ou preventiva de ilegalidade ou abuso de poder cometidos por autoridade pública ou quem representá-la ou a ela se equiparar.⁴

Nas palavras de DE PLÁCIDO E SILVA (2004, p. 878), o mandado de segurança é a ação que se destina a garantir direito certo e incontestável, violado ou ameaçado por ato de autoridade ilegal ou inconstitucional. Possui como fim, anular o referido ato ou impedir a ameaça de lesão ao direito.

“É o meio constitucional colocado à disposição de toda pessoa física ou jurídica [...] para proteção de direito individual ou coletivo, líquido e certo [...] lesado ou ameaçado de lesão, por ato de autoridade [...]”. (MORAES, 2000, p.153)

O mandado de segurança é o instrumento que objetiva proteger os indivíduos de atos ilegais ou que representem abuso de poder, praticados por autoridade competente, que afrontem um direito constituído.

⁴ Sendo ação civil de rito especial, o mandado de segurança é regido pela Lei nº 12.016/2009 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, no que não confrontar com a norma especial ou com a essência jurídica do instrumento. (LOPES, 2009, p. 2).

Trata-se de remédio jurídico de previsão constitucional que tem sua função voltada à tutela dos cidadãos frente suas relações com o aparato estatal. Os administrados, pessoas físicas e jurídicas, desta forma obtêm por meio deste recurso o resguardo de seus direitos individuais e coletivos líquidos e certos frente aos atos abusivos de autoridades administrativas, desde que estes não possam ser protegidos por *habeas data* ou *habeas corpus*.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, incisos LXIX e LXX, estabelece que a concessão do mandado de segurança somente é possível se o direito a ser protegido não esteja amparado nas hipóteses de cabimento da *habeas corpus* ou *habeas data*. Ainda, dispõe que o simples desrespeito a direito líquido e certo não assegura a postulação do *mandamus*, sendo necessário que o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder seja autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público competente, *in verbis*:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por "habeas-corpus" ou "habeas-data", quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;
LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:
a) partido político com representação no Congresso Nacional;
b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

A existência de tal recurso configura-se forma de proteção utilizável pelos cidadãos como consequência lógica do Estado Democrático de Direito, visto que instrumentaliza uma resposta a atos indevidamente arbitrários por parte do aparato estatal, viabilizando maior efetividade do caráter normativo da Constituição Federal.

Assim, o objetivo do mandado de segurança é coibir atos coatores por serem manifestadamente ilegais e representarem ameaça a direito líquido e certo, comprovado mediante de prova documental.

Em síntese, a finalidade do mandado de segurança é impedir dano ou ameaça de dano aos interesses particulares dos indivíduos protegidos pela atividade e administração estatal, sendo esta a base do Estado Democrático de direito galgado nas liberdades políticas e civis, assegurando-se, deste modo, a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivas através do livre acesso ao judiciário.

2.3 Direito líquido e certo

Nas palavras de PEDRO LENZA (2007, p. 757), o direito líquido e certo é aquele que pode ser demonstrado de plano, através de prova pré-constituída, sem a necessidade de dilação probatória. Trata-se de direito “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de sua impetração”.

Ressalta o estudioso a correção feita pela doutrina em relação à terminologia empregada pela Constituição, na medida em que todo o direito, se existente, já é líquido e certo. Os fatos é que deverão ser líquidos e certos para cabimento do *writ*. (LENZA, 2007, p. 757)

CELSO AGRÍCOLA BARBI (1980, p. 79), após a edição da Constituição de 1934, informa que as primeiras tentativas de definição consideravam direito certo e incontestável como “aquele contra o qual somente seriam opostas meras alegações de procedência clamorosa e que dispensavam exame mais detalhado pelo juiz”.

O autor prossegue criticando esta definição ao afirmar que o problema do sentido dado à expressão é que somente as questões de simples apuração é que poderiam ser objeto do mandado de segurança, reduzindo, assim, o campo de aplicação desta ação, haja vista que mesmo a questão complexa obriga o magistrado a sentenciar. (BARBI, 1980, p. 80)

Surge então a explicação dada por COSTA MANSO, Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1933, segundo a qual a expressão *direito* significa direito subjetivo, defendido pelo impetrante, senso, portanto, *certo e incontestável* o direito subjetivo e não o direito na sua acepção objetiva. Esclarece ainda, que a lei era sempre certa e que, sendo assim, deveria o juiz decidir pela complexidade jurídica do caso *sub judice*, cabendo ao magistrado interpretar a lei e extrair dela o seu conteúdo necessário à resolução da controvérsia. (BARBI, 1980, p. 80-81)

Posteriormente, com o advento do texto constitucional de 1946, a Constituição foi alterada para fazer constar a expressão *direito líquido e certo*, suprimindo-se o conceito de “manifesta ilegalidade”.

Assim, consolidou-se que o conceito de *direito líquido e certo* é de ordem processual, cuja característica é atribuída “se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto só se dá quando a

prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos”. (BARBI, 1980, p. 85)

Na mesma linha, HELY LOPES MEIRELLES (2007, p. 38), aponta o entendimento de que direito líquido⁵ e certo é o que apresenta “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração. [...] É direito comprovado de plano”. Em outras palavras, o direito passível de tutela pelo remédio constitucional do mandando de segurança será aquele amparado em fatos concretos, mediante prova pré-constituída, já que o rito especial previsto pela Lei nº 12.016/2009, não prevê a hipótese de dilação probatória.

Quando a lei faz alusão a *direito líquido e certo*, há a necessidade de que este direito apresente todos os requisitos indispensáveis ao seu reconhecimento e exercício no ato de impetração. (MEIRELLES, 2007, p. 38)

Contrariando a doutrina majoritária, AFREDO BUZOID (*In Revista Forense*. v. 164, p. 11-12) sustenta que o conceito de *direito líquido e certo* deveria ser relacionado com a noção de direito material e não apenas processual, ou seja, relacionado com a incontestabilidade do direito. Deste modo, a autoridade coatora não poderia opor argumentos válidos a uma afirmação jurídica do autor, tendo em vista que praticou ato de abuso de poder ou ilegal.

Já, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (1997, p. 511), que adere à maior parte da doutrina pátria, somente quando puder ser comprovado de pronto é que o direito será líquido e certo. Prossegue, afirmando que deve “certeza jurídica”, isto é, o direito deve ser consequência de norma legal expressa, não sendo possível se reconhecer o direito baseado em analogia, equidade ou princípios como direito líquido e certo, exceto que se trate de princípios implícitos no texto constitucional.

Acrescenta a autora que o direito não deve ser mero interesse da parte impetrante, mas sim verdadeiro direito, objeto determinado, haja vista que o mandado de segurança não é o remédio constitucional adequado para o pleito de questões genéricas ou alternativas. Continua, afirmando que a real finalidade do *mandamus* “é o exercício de um direito determinado e não a sua reparação econômica”. (DI PIETRO, 1997, p. 511)

⁵ A legislação anterior, criadora do mandado de segurança, utilizava a expressão *direito certo e incontestável*, expressão esta substituída pela atual expressão *direito líquido e certo*. Necessário se faz destacar que o direito sempre será líquido e certo, o que podem variar são os fatos, os quais exigem comprovação para que o Direito seja aplicado. (MEIRELLES, 2007, p. 38)

A administrativista encerra seu raciocínio citando a Súmula nº 269 do Supremo Tribunal Federal que proíbe expressamente a utilização do mandado de segurança na forma de ação de cobrança (“*O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança.*”).

Assim sendo, ainda que a autora não mencione isto expressamente, pode-se extrair do seu entendimento que o mandado de segurança não deve ser empregado contra simples ato de autoridade, mas antes, de ato vinculado.

Por fim, cabe trazer à baila o conceito de *direito líquido e certo* para o professor SÉRGIO FERRAZ (2006, p. 34), segundo o qual, é aquele que se apresenta com plausibilidade e admissibilidade que se apresenta configurado de plano, documentalmente, sem a possibilidade de dilação probatória.

Afirma ainda, que além de o direito líquido e certo ser condição para o cabimento do mandado de segurança, este é seu mérito, propriamente dito. O próprio fim da ação se realiza com a prolação da sentença afirmando ou negando o direito líquido e certo. Logo, o seu conceito pode ser afirmado como puramente processual, pois num primeiro momento, o direito líquido e certo é utilizado pelo juiz na decisão pela admissão ou não do processamento do pedido pela via do *writ* processual. E, num segundo plano, para que o magistrado decida se de fato há ou não o direito líquido e certo afirmado, definindo o mérito da ação. (FERRAZ, 2006, p. 34 e ss.)

MAINGUÉ NETO (2011), por sua vez, busca esclarecer o que é direito líquido e certo partindo do pressuposto de que existem direitos *ilíquidos* e *incertificáveis*. Explica:

“Aqueles são os direitos que exigirem para sua efetivação mais do que o simples cumprimento de uma ordem, carecendo de um procedimento executivo judicial ou administrativo. Estes são os direitos que exigirem para sua prova e contraprova meios de prova diversos da prova documental”. (MAINGUE, 2011, p. 226-227)

Prossegue o autor afirmando que um direito pode ser *ilíquido* devido a sua norma de incidência permitir ampla alternatividade no conteúdo em alguns dos aspectos deste direito. Tal fato ocorre quando o ato impugnado for discricionário e o dever da autoridade não estiver previamente determinado em lei, situação na qual, caberá à autoridade definir o mérito administrativo. Enquanto não houver esta

definição, o direito será ilíquido, ainda que, em tese, liquidável. Uma vez definido o direito com a deliberação pela autoridade, será possível verificar se é ou não liquidável. Somente será liquidável se, para a efetivação do direito não for necessário um procedimento judicial ou administrativo. (MAINGUÉ, 2011, p. 227)

Portanto, sempre será ilíquidável o direito que necessite de um procedimento judicial ou administrativo para sua concretização. Este procedimento só será necessário quando for indispensável a realização de mais de um ato jurídico ou fático para a efetivação do direito. Isto ocorre quando o responsável pelo ato impugnado não possui os meios materiais necessários à efetivação da ordem.

Ademais, quanto ao direito incerto, elucida MAINGUÉ NETO (2011, p. 228) que este poderá se tornar certo por meio da obtenção de prova documental. Interessante notar que, a nova lei do Mandado de Segurança – Lei nº 12.016/2009 – prevê, em seu artigo 6º, § 1º, a possibilidade de aquisição de documento que não esteja com o impetrante com o auxílio do juízo, trazendo ainda a novidade de que a exibição de documento não é cabível apenas contra o ente público, e sim contra qualquer que seja o terceiro.

Conclui-se, portanto, que de acordo com o entendimento majoritário da doutrina brasileira, o ato ilegal cometido pela autoridade coatora, que confirma a concretude do *direito líquido e certo* necessário à impetração do mandado de segurança, é aquele que pode ser comprovado de plano, por meio de prova documental pré-constituída e que o *mandamus* tutela tão somente o direito evidente.

2.4 A inexistência de direito líquido e certo no que tange ao direito à saúde

Primeiramente, antes de adentrar na questão da inadequação do mandado de segurança para a tutela do direito à saúde no que se refere às demandas por medicamento, especificadamente, mister é esclarecer que o direito à saúde não pode ser considerado como direito líquido e certo. Explica-se.

Conforme os ensinamentos de MAINGUÉ NETO (2011, p. 235), ainda que se adote o conceito de direito líquido e certo como aquele que o autor demonstrará uma única vez, de plano e fundado em prova documental pré-constituída, de fato, nem o juiz possuirá as condições necessárias à análise do mérito do direito sem

possibilitar a realização de perícia, tampouco o autor conseguirá comprovar o fato constitutivo do seu direito sem a produção de prova pericial.

Da mesma forma, o réu necessitará de perícia para demonstrar a existência de tratamento alternativo ao autor e comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor para a denegação da segurança. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 235)

Ademais, acresce o autor, o que o direito à saúde não pode prescindir de uma divisão de atos no caso concreto e na esfera jurídica para sua efetivação, haja vista a natureza dos meios materiais indispensáveis à assistência à saúde, como vacinas, medicamentos, consultas médicas, exames, entre outros mecanismos necessários ao atendimento de qualidade ao usuário do sistema público de saúde. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 235)

Esclarece que, assim sendo, é impensável que a efetivação do direito à saúde se dê por meio do cumprimento de uma ordem judicial, sem um prévio procedimento administrativo, o que, por si só, já comprova a iliquidez do direito à saúde. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 236)

Ora, deste modo, para a efetivação do direito à saúde, seria necessário um procedimento administrativo ou um procedimento executivo judicial, vez que a natureza do mandado de segurança não permite um prolongamento executivo em que a autoridade se justifique pelo não cumprimento da ordem judicial. Ainda, não bastassem as inúmeras dificuldades na execução da ordem judicial, a própria natureza do direito à saúde e sua incidência admitem vasta alternatividade, sendo que quem decide a forma de sua aplicação é a autoridade pública.

Corroborando este entendimento, MAINGUÉ NETO (2011, p. 237) afirma que quando não houver ordem manifestadamente ilegal o direito será ilíquido, não podendo ser tutelado pelo mandado de segurança. Ainda, em virtude de o direito à saúde admitir prestações indeterminadas, infungíveis, genéricas e, principalmente, alternativas, não há como se considerar o ato administrativo de cumprimento do dever de prestar tratamento como ato vinculado. Há ampla área de atuação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao longo da execução deste dever. Daí, conclui o autor, que o ato administrativo que origina um dever de prestação à autoridade pública da saúde é sempre um ato discricionário. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 237)

Diante de todo o exposto, conclui-se que o direito à saúde, dada a sua ampla hipótese de incidência, em razão da sua alternatividade, deve ser visto como direito ilíquido e incerto no que se refere à finalidade do mandado de segurança, não sendo, portanto, referido remédio constitucional o meio mais adequado à tutela deste direito fundamental.

CAPÍTULO III – O MANDADO DE SEGURANÇA E O DIREITO À SAÚDE EM JUÍZO: ALGUMAS PROBLEMATIZAÇÕES

3.1 A inadequação do mandado de segurança com a tutela do direito subjetivo à saúde nas demandas por custeio de medicamentos

Consoante já afirmado no tópico anterior e conforme será reiterado adiante, o propósito do mandado de segurança, em que pese as diversas demandas em que se elege o *mandamus* como meio processual, não é o remédio mais apropriado à tutela ao direito à saúde nas ações em que se busca que o Estado custeie medicamentos.

Primeiramente, constata-se a impossibilidade de conversão do direito à saúde em pecúnia. Além disso, o direito à saúde é direito ilíquido e incerto e possui a finalidade de dirimir controvérsias entre particulares e autoridades públicas.

Assim sendo, verifica-se que o mandado de segurança não se mostra como o remédio processual mais adequado às demandas que envolvem a proteção ao direito à saúde.

Segundo os ensinamentos de MAINGUÉ NETO (2011, p. 144-145), o mandado de segurança não serve para casos em que a intenção do pleito seja a indenização do indivíduo em face da violação de seu direito fundamental à saúde, haja vista que, além de este direito não ser conversível em pecúnia, o *mandamus* não pode ser utilizado como ação de cobrança (Súmula 269 do Supremo Tribunal Federal).

O autor prossegue afirmando que outra incompatibilidade do mandado de segurança no amparo ao direito à saúde diz respeito à delimitação da competência, tendo em vista que esta se define por meio da autoridade coatora. A finalidade do mandado de segurança é questionar um ato coator de determinada autoridade. Sendo assim, ao se buscar o questionamento de políticas públicas – violação de ato administrativo – através da impetração de mandado de segurança, se pretende que o ente público demonstre a adequação do seu projeto ao caso concreto, sendo indispensável, nesta situação, a dilação probatória, o que somente é possível no processamento pelo rito ordinário. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 145-146)

Ademais, as políticas públicas que dão concretude à norma prevista no artigo 196 da Magna Carta são fundadas em atos administrativos infralegais – portarias, resoluções, instruções normativas – atos estes que, nas palavras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (2006, p. 410-411), “são discricionários, razão pela qual há vinculação tão somente da competência e da finalidade do ato, sendo que sua forma, motivo e objeto ficam a critério da livre escolha da Administração Pública, ou seja, sujeitos à conveniência e a oportunidade”.

Esta discricionariedade do direito à saúde decorre justamente da alternatividade que possui, tendo em vista os diversos meios cabíveis à promoção da saúde que nem sempre utilizam de medicamentos e, inclusive, de médicos. Este leque de escolhas decorre da diversidade dos meios de assistência ante a diversidade da própria demanda o que corrobora a afirmação de que o direito à saúde é posto em prática através de atos administrativos discricionários do poder público.

Deste modo, arremata MAIGUÉ NETO (2011, p. 183) que, por não estar previamente definido o conteúdo do dever a que se sujeita a autoridade de saúde, é que a norma reguladora do direito fundamental à saúde não possui todos os seus aspectos determinados, o que confirma a discricionariedade do ato administrativo considerado como supostamente ilegal e, por consequência, a iliquidez do direito à saúde, do que se conclui ser, de fato, incabível a sua tutela através da impetração de mandado de segurança.

Outrossim, verifica-se a inadequação do *mandamus* na proteção do direito à saúde, no que tange ao pleito por medicamentos, visto que ausente a autoridade coatora digna de tal denominação.

Isto porque, o ato da autoridade pública que nega determinado tratamento de saúde, seja em razão de inexistir política pública aquela doença, seja em virtude de o usuário pretender tratamento diverso do ofertado pelo sistema público de saúde, não é, de modo algum, “ato coator”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 184-185)

Explica o autor que a criação de políticas públicas de saúde está no âmbito administrativo e que não é possível estabelecer políticas públicas para todos os tipos de doenças que existem na sociedade, sendo, portanto, a omissão perfeitamente plausível. Além disso, prossegue afirmando que os tratamentos de saúde quase sempre possuem alternatividade, podendo um ser substituído pelo outro, sem prejuízo algum ao usuário que jamais é coagido a aceitar um e não outro. Muito pelo

contrário, lhe são ofertadas as possibilidades e é ele mesmo que, na maior parte das vezes escolhe o tratamento. Desta forma, quando o indeferimento de determinado tratamento decorre do deferimento de outro semelhante, “não há coação, mas sim formulação de políticas públicas, ato de soberania estatal”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 185)

Diante de tal fato, verifica-se a inadequação do mandado de segurança contra ato de autoridade quanto à escolha do tratamento. A autoridade o faz não em razão pessoal, pelo contrário. A atitude é impessoal e legal, interferindo na relação jurídica entre o usuário do sistema público de saúde e o estado e não entre o primeiro e a autoridade, a qual não possui qualquer interesse em beneficiar-se pessoalmente de tal ato.

Destarte, tendo em vista que o cabimento do *mandamus* é sempre em face de ato de autoridade pública e não do ente público de que faz parte, constata-se não ser este o meio mais adequado nas demandas pelo custeio de medicamentos por parte do Estado, pois o réu será sempre o ente público e não a autoridade em si. “Nestes casos, o que cabe é ação ordinária de obrigação de fazer em face do ente público”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 185)

Por mais esta razão, não se mostra como mais acertada a escolha pelo mandado de segurança para garantir a tutela do direito à saúde nas ações em que se pretende que o estado custeie tratamento médico, haja vista que somente pode ser considerado líquido o direito oposto contra autoridade que possui dever certo, determinado, com previsão legal.

Além do exposto, ainda há a questão de que o ato omissivo ou comissivo da autoridade da saúde, tido como “coator” não é manifestadamente ilegal, confirmando não se mostrar o mandado de segurança como o meio mais adequado no amparo do direito à saúde.

Ora, tais atos derivam da impossibilidade ou da deliberação sobre o mérito administrativo, observadas a conveniência e oportunidade, sendo que as decisões são sempre impessoais e legais e não objetivam satisfazer qualquer interesse pessoal da autoridade pública.

A função da autoridade de saúde é definir qual política pública será adotada ao caso concreto e colocá-la em prática, sendo tal ato revestido de plena legalidade. Ao agir dentro dos ditames da lei, a Administração Pública ao decidir vincula o ente público e não a própria autoridade. Assim, não se pode confirmar a existência de

ordem manifestamente ilegal no ato omissivo ou comissivo da autoridade de saúde, pois inexistente qualquer relação jurídica entre esta e o usuário do sistema público de saúde. O que há é relação jurídica entre o ente público e o cidadão, não sendo possível que a autoridade denominada erroneamente de coatora, nestes casos, figure como ré no processo de mandado de segurança. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 186)

Desta forma, em face também da ausência de ordem ilegal manifesta, no que se refere ao direito à assistência à saúde, não há direito líquido e certo a ser tutelado pelo mandado de segurança em face da negativa de fornecimento de tratamento médico pelo Estado.

Ainda, importante mencionar que a Lei nº 12.016/2009 – Lei do mandado de segurança – não prevê um procedimento de execução para a ordem concedida. Isto porque, o legislador entendeu que se o direito a ser tutelado pelo *writ* processual é líquido e certo, dispensável será um processo de execução.

No mandado de segurança ao conceder a segurança, o que se espera é que o ato coator seja anulado, com a emissão de ato legal, conforme a ordem e, caso necessário, a prática de ato concreto na realidade fática em cumprimento da ordem emitida. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 187)

Todavia, se o procedimento administrativo for necessário, a ação será demasiadamente prolongada o que acarretaria a perda de uma das características fundamentais do mandado de segurança que potencializa a sua eficácia: sua celeridade.

Da mesma forma, se for necessário lançar mão de um longo procedimento judicial de execução, o direito à saúde pleiteado se tornará ilíquido e, assim sendo, incabível a sua proteção através do mandado de segurança.

Ainda, há a questão de que a parte passiva nestes casos em que se busca o custeio de medicamentos é a Fazenda Pública e de forma alguma a autoridade que decidiu pela negativa prestacional, de modo que, a ação adequada seria uma ação ordinária, possibilitando à parte autora requerer a antecipação da tutela, e se for o caso, a indenização por eventuais danos morais por ela sofridos. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 190)

Portanto, não será líquido e certo o direito que necessite de processo de execução ou de vários atos administrativos para ser efetivado, não sendo o

ajuizamento de mandado de segurança o meio mais edequado para sua proteção, haja vista que, para tanto, basta o simples cumprimento de uma ordem judicial.

3.2 Do cerceamento de defesa do poder público e de seu direito à prova

É decorrência do princípio do devido processo legal a garantia dos direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao processamento e julgamento do feito por agente público legal e regularmente investido para tal *munus*. Isto como garantias constitucionais mínimas para que qualquer pessoa seja processada na esfera administrativa ou judicial.

As garantias ao contraditório e à ampla defesa são dadas para que o acusado possa se defender plenamente, demonstrando sua inocência. E somente será considerado efetivamente exercido o direito de defesa quando se lhe permite o conhecimento pleno das infrações que lhe são imputadas, o acesso a todas as informações necessárias, a oportunidade para se contrapor a todas as alegações feitas pela autoridade.

Segundo ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO (1998, p. 218) o “*contraditório é a necessária informação dos atos do processo às partes e a possível reação destas aos atos desfavoráveis. Informação necessária, reação possível*”. Essa é a ideia que deveria nortear todos os procedimentos desenvolvidos tanto na esfera judicial quanto administrativa.

A Carta Política de 1988, nesse sentido, dispõe:

“Art. 5º.
(...)
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
(...)”.

Neste caudal, seguiram-se, na Carta Magna, as garantias de legalidade, ampla defesa e contraditório. Assim dispõe os artigos 5º, inciso LV, e 37, *caput*, ambos do texto constitucional, comandando que:

"Art. 5º [...]

LV - aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes;

[...]

"Art. 37. A Administração Pública direta, e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

No que concerne à tutela do direito à saúde nas demandas em que se busca o custeio de tratamento médico por parte do Poder Público, constata-se que a opção pelo ajuizamento do mandado de segurança, ao invés de ação ordinária de ação de obrigação de fazer, acaba por cercear o direito de defesa do ente público, haja vista que este patrocinará o medicamento exigido pela parte e não poderá comprovar, por intermédio de perícia, a existência de medicamento similar mais barato e igualmente eficaz.

Afirma MAINGUÉ NETO (2011, p. 190) que o recebimento do remédio heroico nestes casos em vez de sua extinção, viola o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em manifesta afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Se concedida a segurança é porque o ente público não conseguiu provar em juízo a existência de alternativa ao pleito da parte impetrante, restando evidente o cerceamento de sua defesa, haja vista que o julgamento da lide com base no ônus da prova é regra incompatível com a natureza do *mandamus* e com a ampla defesa do ente público.

Ademais, de acordo com o princípio da proporcionalidade, em casos de conflito entre princípios de mesmo valor esculpidos no texto constitucional, deve-se fazer um sopesamento entre eles para não permitir que ninguém fique desprotegido. No conflito entre princípios, ao contrário do que ocorre no conflito entre normas, não há exclusão de um pelo outro, sendo que ambos permanecem no sistema. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 190)

Neste sentido, FREDIE DIDIER JÚNIOR (2006, p. 35-36) afirma que um princípio terá sua eficácia reduzida e outro terá sua eficácia aumentada, mas não o suficiente para que o conflito seja extinto. Sob este contexto, existindo atrito entre a

efetividade do direito à saúde e o contraditório e a ampla defesa, faz-se necessário solucioná-lo com respaldo no princípio da proporcionalidade. Para resolver esta questão, o autor esclarece que é necessário permitir a redução da ampla defesa ou, ainda, conceder a tutela antecipada pleiteada e a conversão do feito em ação ordinária de obrigação de fazer.

Isto porque, três diretrizes do princípio da proporcionalidade devem ser observadas: necessidade, mínima restrição e reserva do núcleo fundamental do valor restringido. O primeiro, referente à necessidade, consigna que somente será restringido um princípio se realmente for preciso. A mínima restrição ocorrerá na medida do necessário, a fim de se preservar algum outro princípio. E a preservação do núcleo essencial, por sua vez, faz menção à impossibilidade de desconsideração total de um princípio, devendo seu núcleo ser mantido. (DIDIER JÚNIOR, 2006, p. 53-54)

Sabe-se que o direito ao contraditório e a ampla defesa são princípios protegidos previstos pelo texto constitucional de 1988, ambos consagrados pelo princípio do devido processo legal. Da mesma forma, é sabido que a conceituação moderna de contraditório não se resume à possibilidade de ambas as partes serem ouvidas pelo juiz, mas também na capacidade de influenciar a resolução da lide, o que acontece não apenas por meio da apresentação de argumentos sustentáveis, podendo as partes apresentar fatos que influenciem diretamente no julgamento através da produção de provas.

Acerca do tema, MARINONI (1999, p. 258-259) posiciona-se, o direito à produção de prova inclui o direito à oportunidade de requerer a sua produção, bem como o direito de participar da sua realização e de expressar seus resultados.

Ainda, sobre o assunto, explica JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (1984, p. 231-232) que o entendimento mais adequado do princípio do contraditório é aquele que oportuniza o direito à produção de provas a ambas as partes. Ademais, para o mesmo autor, este princípio é basilar à garantia do princípio da verdade real e da isonomia.

Nesta linha de raciocínio, no que tange ao direito à saúde, não se aplica o princípio da verdade formal, haja vista que o direito à saúde é direito material e indisponível, sendo que, ao pleitear a proteção de seu direito em face do ente público, a parte busca um tratamento de saúde adequado ao seu caso e não qualquer tratamento aleatório, motivo pelo qual se deve permitir a produção de

provas para que o julgamento não seja baseado em meras presunções. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 193)

Sob este aspecto, procedimentos que não garantam a isonomia entre as partes devem ser considerados como sendo inadmissíveis:

“A garantia ao contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes se hão de conceber iguais oportunidades de *pleitear* a produção de provas; seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se” (MOREIRA, 1984, p. 232)

Desta feita, se a existência do direito alegado pela parte autora somente poderá ser comprovado mediante prova pericial, esta tem o direito de realizar a perícia, pedido este que não pode ser negado pelo magistrado, tampouco pela parte contrária.

Neste sentido, MAINGUÉ NETO (2011, p. 195) estabelece duas alternativas para os casos em que o usuário do sistema público de saúde pretende, por meio do mandado de segurança, pleitear a tutela de direito incerto: “a extinção do feito ou a sua conversão em ação de obrigação de fazer pelo rito ordinário, possibilitando-se, assim, ao réu defender-se adequadamente com a produção, inclusive, de prova pericial [...]”.

O mandado de segurança é medida que não permite a defesa do poder Público através da produção de prova técnica. Assim, nas demandas em que se pleitear o pagamento de tratamento médico por meio da impetração desse remédio, o feito deverá ser convertido em ação de obrigação de fazer, cuja tramitação se dará pelo procedimento ordinário, haja vista que esta seria a única forma de se evitar o cerceamento de defesa do ente público.

Ressalte-se que se há alternativa quanto ao ajuizamento de ação de obrigação de fazer, pelo rito ordinário, ao invés de mandado de segurança a fim de se evitar o cerceamento de defesa para o Poder Público, isto é medida que se impõe, haja vista que, do contrário, este arcará com o ônus do tratamento através do custeio do medicamento necessário ao paciente e não poderá comprovar, com o auxílio da perícia técnica, a existência de medicação mais barata e igualmente eficiente.

Assevera MAINGUÉ NETO (2011):

“[...] a parte somente pode escolher o rito do mandado de segurança quando autorizada por lei. E a lei exige direito certo para o mandado de segurança, ou seja, direito provável por documentos. Contudo, os fatos alegados no direito à assistência à saúde – que o impetrante está doente – somente podem ser provados com exame clínico do paciente. E exame não é documento, é ato realizado pelo perito em perícia”. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 195)

Conclui-se, deste modo, que nos casos em que se pleiteia tratamento médico, a parte titular do direito não pode se utilizar do mandado de segurança para assegurar a proteção do seu direito, sob pena de violação direta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (Artigo 5º, inciso LV).

Ademais, constata-se ainda, que a utilização da via do mandado de segurança, viola o requisito constitucional do direito líquido e certo à impetração do *mandamus* (artigo, 5º, inciso LXIX). Ora, o direito do impetrante à medicação pleiteada exige dilação probatória, não sendo possível a sua comprovação de plano. Assim sendo, o mandado de segurança não se mostra como sendo o meio processual mais adequado, seja porque ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, seja porque o direito arguido é ilíquido e incerto.

3.3 A indispensabilidade da prova pericial

De acordo com o artigo 334 do Código de Processo Civil, não dependem de prova os fatos notórios, afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária, admitidos no processo como incontroversos e em cujo favor milita presunção legal da existência ou veracidade.

O artigo 212 do Código Civil, por sua vez, dispõe que as provas poderão ser constituídas mediante: confissão, documentos públicos e particulares, testemunhas, presunção e/ou perícia.

Ainda, o artigo 420 do Código de Processo Civil estabelece que, caso entenda o magistrado, poderá dispensar a perícia técnica por entendê-la desnecessária.

Trazendo a aplicação do referido artigo para a discussão acerca das demandas através das quais o usuário do sistema público de saúde pleiteia que o Estado custeie a sua medicação, torna-se evidente a indispensabilidade da prova pericial.

Primeiramente porque sempre é necessário saber se o indivíduo realmente está doente; se a doença é efetivamente aquela relatada pelo médico em seu parecer; se o tratamento prescrito pelo médico é realmente adequado ao paciente e se não existiria tratamento alternativo mais barato e com a mesma eficácia que o pleiteado pelo usuário.

Todavia, em razão de o pleito do paciente estar sempre embasado em receita médica, em parecer médico, se aposta na verossimilhança das alegações e não se busca confirmá-las por meio de provas periciais, haja vista a credibilidade do conhecimento técnico do médico.

Neste contexto, MOACYR AMARAL SANTOS (1980), aponta para a necessidade de perícia nos casos em que há discussão sobre a sanidade de um indivíduo:

“Fatos há, com efeito, que impõem prova por meio de perícia. Assim, as condições de segurança de um edifício, a natureza e o valor das riquezas do sub-solo, o estado de sanidade de uma pessoa. A verificação de tais fatos depende necessariamente de conhecimentos técnicos”. (Santos, 1980, p. 154)

Sendo assim, se é indispensável a perícia para comprovar se um indivíduo está doente, evidente a sua necessidade para atestar uma prescrição médica e a possibilidade de substituição de tratamento, sendo praticamente impossível o magistrado decidir sem a prova pericial.

Além disso, o conhecimento médico não faz parte da cultura do magistrado, sendo, portanto, indispensável a perícia técnica nos casos em que se discute a tutela ao direito à saúde.

Ora, a perícia auxilia o juiz contribuindo com o esclarecimento de informações técnicas e científicas, muitas vezes específicas demais, bem como colabora com elementos para a interpretação de tais informações, dada a sua complexidade.

Outrossim, há casos em que a perícia técnica é obrigatória, inclusive, com previsão legal como, por exemplo, na arguição de falsidade, na interdição, bem

como nos casos de insalubridade e de periculosidade, recorrentes no âmbito do Direito do Trabalho.

Quanto ao direito à saúde, tendo em vista a ausência de disposição legal específica determinando a obrigatoriedade da realização de perícia, nas lides envolvendo a discussão a respeito do custeio de medicamentos, a questão deve ser enquadrada em regras gerais sobre a prova pericial. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 198)

Mesmo nos casos em que o juiz detém de conhecimento técnico específico e suficiente para dirimir a questão, ainda assim ele não pode dispensar a prova pericial, pois se o fizer estaria violando o contraditório das partes e o direito à ampla defesa.

O que normalmente ocorre é que os magistrados costumam aceitar, de modo satisfatório a simples receita médica e o laudo explicativo da doença para considerarem verossimilhantes as alegações do impetrante e conceder-lhe a antecipação da tutela. Todavia, a receita e o laudo unilateralmente produzidos pelo autor não podem ser admitidos como suficientes para o julgamento do mérito. Antes é indispensável que tais documentos sejam sujeitos ao contraditório e, se o Poder Público questionar a forma de tratamento médico reivindicado pelo paciente, a perícia técnica não pode ser dispensada de forma alguma. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 199)

Ainda, quanto à prova documental, cabe destacar que os documentos não são meios suficientes para que o usuário do sistema público de saúde seja desincumbido de comprovar o seu direito por meio de fatos constitutivos. Igualmente, não devem ser utilizados para justificar a proibição do ente público em constituir contraprova com fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

Portanto, ainda que o magistrado possua conhecimento técnico suficiente para o julgamento do mérito da controvérsia, a confecção de prova pericial é indispensável, mesmo que o juiz entenda-a como desnecessária, haja vista que a negativa de produção de prova pericial representa manifesta afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório. (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 200)

Ademais, importante mencionar que a antecipação de tutela em ações nas quais se discute a tutela ao direito à saúde, faz-se necessária a existência de prova inequívoca do direito do autor.

Acerca do assunto, ressalta MAINGUÉ NETO (2011) “que a receita médica e o laudo médico não são provas inequívocas”. Prossegue o autor afirmando que:

“Costumam causar grande impacto receitas que dizem: “paciente X sofre da doença Y, deve tomar o medicamento Z. Caso contrário terá sérias complicações, no limite a morte, sendo que não é possível outro medicamento, pois todos já foram tentados.

Na verdade, uma receita assim não é prova inequívoca. É algo que mais confunde do que explica.

Primeiro, porque “no limite até a morte” significa que isto é uma das muitas complicações possíveis após o acúmulo de muitas complicações ao longo de muito tempo. Portanto, o paciente vai morrer algum dia, talvez realmente das complicações da doença que ele tem, mas não será daqui a quinze dias nem um ano, nem a chance disto acontecer é muito provável. Talvez de cada 1000 pacientes com aquela doença, 2 ou 3 venham a óbito pela falta do tratamento proposto, mas isto não é tão comum como pode parecer a primeira vista.

Segundo, porque “não é possível outro medicamento, pois todos já foram tentados” na verdade significa o seguinte: não há mais tratamento medicamentoso, mas pode haver cirurgia, fisioterapia, acupuntura, mudança do estilo de vida para um comportamento mais saudável e menos sedentário, tratamento psicológico, etc.

Ou pode significar que infelizmente nenhum dos medicamentos que normalmente se indicam deu resultado, daí o médico, desesperado, decidiu-se por um tratamento não convencional e receitou um medicamento que é na verdade uma experimentação.” (MAINGUÉ NETO, 2011, p. 78)

Assim, resta claro que o magistrado, o qual não detém conhecimento técnico tal como o médico, ocupa uma posição difícil ao lidar com tais questões que, muitas vezes, para ele, parecem prova inequívoca do direito do autor, mas que, para a comunidade médica, não passa de mera experimentação.

Ainda, no que tange à prova inequívoca, os ensinamentos de WILLIAM SANTOS FERREIRA (2000, p. 142) esclarecem que é prova inequívoca aquela “assentada em forte probabilidade, até porque do julgador só se pode exigir a palavra final na sentença (na acepção de decisão definitiva, já que é seu último momento)”. Explica o estudioso o que seria essa “*forte probabilidade*”:

"A forte probabilidade nada mais do que algo muito próximo à 'convicção' para o momento processual da concessão da tutela antecipada, com duas características:

a) a convicção do juiz para a concessão da tutela antecipada não tem a mesma carga da convicção do momento em julga definitivamente a ação, pois seria exigir do magistrado algo impossível, ante a primeira tratar-se de cognição parcial;

b) os elementos (argumentos e provas) que permitem ao julgador conceder a tutela antecipada (cognição parcial) não precisam, necessariamente, ser os mesmos que o habilitem a prolatar a sentença (cognição plena e

exauriente); mas, neste momento, não anteverá o julgador argumentos e provas que o levem a outra conclusão" (FERREIRA, 2000, p. 144).

Desta forma, uma vez analisado todo o conjunto de indícios e, se todos convergirem na mesma direção, está será um exemplo de prova inequívoca a qual somente poderá ser afastada por meio do processo de instrução.

No caso das ações em que se busca o custeio de tratamento médico pelo ente público, o magistrado, ao analisar tão somente a receita e o laudo médico, não possui elementos suficientes para avaliar se os fatos ali narrados são ou não verídicos, sendo indispensável a produção de prova técnica.

Além disso, conforme o magistério de MARINONI (2003), "o juiz ao analisar os fatos para decidir sobre a antecipação da tutela, deve analisá-los como um homem comum e o conhecimento técnico pode ser discutível", *in verbis*:

"Seria possível dizer que o juiz, em tais hipóteses, apoia-se em uma 'regra de experiência', que, de acordo com o art. 335 do CPC brasileiro, pode ser uma 'regra de experiência comum' ou uma 'regra de experiência técnica'. É claro que, tratando-se de regra de experiência técnica, esta deve ser aquela que é própria ao homem comum. Em outras palavras, se o juiz é formado em engenharia civil ou medicina, por exemplo, ele não pode pretender formular concatenações com base em seus conhecimentos técnicos pessoais. É de lembrar que o juiz que vai apreciar eventual recurso pode não ter este mesmo conhecimento e que um conhecimento técnico pode ser discutível, vale dizer, não estar consagrado". (MARINONI, 2003, p. 59)

Consoante já afirmado, verifica-se que a receita médica não é prova inequívoca, é apenas uma indicação de um dos possíveis modos de realização do tratamento, mas não pode ser considerada como única. Além disso, nem a receita médica e tampouco o atestado médico possuem presunção de veracidade, haja vista que o médico não tem fé pública e inexistente disposição legal que atribua a esses documentos este valor probante.

Corroborando o que foi dito nos capítulos anteriores, constata-se, ser incabível o mandado de segurança para tutelar o direito à saúde nas demandas judiciais pelo custeio de medicamentos por parte do Poder Público que, dado o seu procedimento célere, inadmita a produção de prova pericial.

3.4 A orientação jurisprudencial pátria

Compulsando a jurisprudência dos principais Tribunais de Justiça do país, verifica-se que, cada vez mais, se tem adotado o procedimento comum ordinário (artigo 461, do Código de Processo Civil) – ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela – nos casos em que se busca que o Estado custeie tratamento médico ou medicamentos.

Destaca-se, abaixo, a recente orientação jurisprudencial dos Tribunais de Justiça dos Estados do Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e São Paulo:

Ementa

DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso de apelação, nos termos do voto do Desembargador Relator. EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - **AÇÃO SUMÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PRECEITO COMINATÓRIO COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA** - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE LIBERAÇÃO DE TRATAMENTO SOB O ARGUMENTO DE ESTAR PREVISTO EM CLÁUSULA EXCLUDENTE DE COBERTURA SECURITÁRIA - TRATAMENTO EXPERIMENTAL - CLÁUSULA ABUSIVA - DESRESPEITO AOS ARTIGOS 6º, III, E 54, §3º, DO CDC - DANO MORAL CONFIGURADO - QUANTUM INDENIZATÓRIO MINORADO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(...) (sem grifos no original)⁶

Decisão

DESPACHO DECISÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Estado do Paraná, contra os termos da sentença de fls. 160/171, proferida nos autos de **Ação Ordinária com Pedido de Antecipação de Tutela** nº 011/2010, que julgou procedente o pedido na inicial, determinando que o Estado do Paraná, forneça gratuitamente os medicamentos RIBAVIRINA E INTERFERON, ao paciente NILTON DOUGLAS LIMA, conforme prescrito nos autos para a realização de seu tratamento de saúde.

Em suas razões recursais, às fls. 173/183, o Apelante sustenta preliminarmente que é de ser reconhecida e declarada a legitimidade passiva da União, com a remessa dos autos à Justiça Federal; que o direito universal à saúde não significa que as pessoas possam exigir que o Poder Público lhes forneça tratamentos sem eficácia científica comprovada; que é totalmente inviável interpretar a Constituição Federal de forma tão ampla, o que enseja a necessidade de se levar em conta os programas de medicamentos de responsabilidade do Ministério da Saúde, dos Estados e dos Municípios; que a negativa do fornecimento dos medicamentos solicitados é coerente com os ditames do Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas e de acordo com o protocolo, feito com base em estudos científicos conclusivos; que o uso racional de medicamentos implica a

⁶ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Processo nº 900565-4 (Acórdão), Relator JOSÉ AUGUSTO GOMES ANICETO, DJ 29/11/2012.

seguridade da eficácia do tratamento; que o pedido é improcedente, já que o autor não preenche os requisitos do Protocolo Clínico referente a hepatite C.

Contrarrazões às fls. 187/197.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls.

208/216, pelo conhecimento e desprovimento do recurso de Apelação, mantendo-se a sentença proferida por seus próprios fundamentos.

É o relatório.

(...) (sem grifos no original)⁷

Ementa

DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto e sua fundamentação. EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ACÇÃO ORDINÁRIA**. FORNECIMENTO GRATUITO DO MEDICAMENTO TRASTUZUMAB PARA TRATAMENTO DE CÂNCER DE MAMA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR (PROVA INEQUÍVOCA QUE CONVENÇA O JUIZ DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO). ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXISTÊNCIA DE CENTROS ESPECIALIZADOS QUE NÃO IMPEDE A CONCESSÃO DO FÁRMACO. OBSERVÂNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE NÃO EXIME O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO. DEVER DE CUMPRIR NORMA CONSTITUCIONAL. ARTIGO 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA CORRETA. RECURSO DESPROVIDO.

(...) (sem grifos no original)⁸

Ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ACÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**. NEGATIVA DE COBERTURA DE TRATAMENTO (RXT EXTEREOTÁXICA) EM NOSOCÔMIO NÃO CREDENCIADO, DE REFERÊNCIA NACIONAL. PRETENDIDA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA IMPOR À COOPERATIVA RÉ O CUSTEIO DA RADIOTERAPIA BEM COMO O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO ZOLINZA 100MG. AGRAVANTE ACOMETIDO POR NEOPLASIA DE TRAQUÉIA METASTÁTICO. AVENÇA QUE EXIGE ATENDIMENTO PRESTADO EXCLUSIVAMENTE POR PROFISSIONAL E ESTABELECIMENTO CONVENIADOS. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL LÍCITA E NÃO ABUSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE IMPUTAR TAL ÔNUS À AGRAVADA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SOLICITAÇÃO E RECUSA DA AGRAVADA DE FORNECER O FARMACO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES POR ORA AUSENTE. CONTROVÉRSIA ACERCA DO MEDICAMENTO QUE NECESSITA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. TEMERÁRIA IRREVERSIBILIDADE, SE AO FINAL FOR RECONHECIDA A NÃO OBRIGATORIEDADE DO CUSTEIO DO MEDICAMENTO PELA AGRAVADA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS AUTORIZADORES DA MEDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Por expressa disposição legal (art. 273 do CPC), deve a tutela antecipada ser concedida apenas diante de prova evidente que convença o julgador da verossimilhança das alegações delineadas na petição inicial, da percepção

⁷ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Processo nº 956981-7 (Decisão Monocrática), Relatora REGINA AFONSO PORTES, DJ 27/11/2012.

⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Processo nº 955271-2 (Acórdão), Relator ABRAHAM LINCOLN CALIXTO, DJ 27/11/2012.

do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ao exercício do direito prestacionado, e da possibilidade de reversão da medida. Não identificados esses requisitos, é de ser indeferida a medida.
 2. A operadora de saúde não está obrigada a custear internação realizada em hospital não credenciado, mormente se o contrato celebrado entre as partes exclui de forma expressa a cobertura no referido estabelecimento.
 (...) (sem grifos no original)⁹

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO AUXILIAR NO TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA. PACIENTE PORTADOR DE ADENOCARCINOMA. EXISTÊNCIA DE NÓDULOS NOS PULMÕES. PLEITO DE CUSTEIO PELO PLANO DE SAÚDE. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA NO PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. INSURGÊNCIA RECURSAL QUANTO AO DANO MORAL. ABALO ANÍMICO PASSÍVEL DE REPARAÇÃO CIVIL CONFIGURADO. DECISÃO REFORMADA NESTE PARTICULAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VERBA CORRIGIDA POR CORREÇÃO MONETÁRIA, PELO INPC E JUROS DE MORA DE 1% (UM POR CENTO) AO MÊS, INCIDENTES, RESPECTIVAMENTE, DA DATA DO ARBITRAMENTO E DA CITAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DE ACORDO COM O DISPOSTO NO ART. 20, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NO IMPORTE DE 20% (VINTE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A injusta negativa de cobertura de contrato de prestação de serviço de saúde pode gerar dano moral passível de indenização, pois o objeto aqui tutelado, isto é, a saúde, é um dos maiores bens jurídicos da vida.

Não é admissível que o contratante, em momento delicado de sua vida, no qual tem conhecimento de uma moléstia e necessita de intervenção cirúrgica, ainda se veja obrigado a buscar um Advogado e a recorrer ao Judiciário para ver seu direito garantido, numa corrida contra o tempo, essencial quando se trata de saúde, porquanto, ordinariamente, implica agravamento do risco do paciente, prolongamento da dor física e inevitável angústia mental.

O valor a ser arbitrado a título de dano moral deve ter como parâmetro a extensão do abalo sofrido pelo lesado, sem, contudo, configurar enriquecimento ilícito, considerada, ainda, a finalidade repressiva ao ofensor.

[...] Nas ações de compensação por danos morais fundada em responsabilidade contratual, os juros de mora incidem [...]

(...) (sem grifos no original)¹⁰

Ementa:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ARTRITE PSORIÁSICA. HUMIRA (ADALIMUMABE). INTERESSE PROCESSUAL PRESENTE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ADEQUADO. INTELIGÊNCIA DOS §§ 3º E 4º DO ART. 20 DO CPC. FÁRMACO CONTEMPLADO NA LISTA DE DISPENSAÇÃO EXCEPCIONAL DA SECRETARIA ESTADUAL DE SAÚDE. PROVA DA NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DO

⁹ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Processo nº 2012.042818-8 (Acórdão), Relator MARCUS TULLIO SARTORATO, DJ 02/08/2012.

¹⁰ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Processo nº 2012.049058-1 (Acórdão), Relator STANLEY DA SILVA BRAGA, DJ 02/08/2012.

TRATAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DEMONSTRADAS. REMÉDIO A SER ADQUIRIDO NO ÂMBITO DO SUS. PREVALÊNCIA DOS GENÉRICOS. LEI N. 9.878/99, ART. 3º, CAPUT E § 2º. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO. REEXAME PARCIALMENTE PROVIDO.

A assistência à saúde prevista no art. 196 da Constituição Federal, e repetida na legislação infraconstitucional, não implica no dever de custeio, pelo Estado, de todo e qualquer serviço de saúde. O acesso universal e igualitário deve se dar em relação àqueles procedimentos, remédios e tratamentos eleitos pelo Poder Público como indispensáveis, escolhas estas realizadas tendo em vista os problemas de saúde que a população enfrenta e os recursos disponíveis. Tratando-se de remédios cujo fornecimento está "padronizado", não se pode exigir do postulante nada mais que a prova da necessidade para obrigar-se o Estado (União, Estados e Municípios) a cumprir aquilo que a si mesmo já anteriormente impôs. Nos termos do art. 3º, caput e § 2º, da Lei n. 9.787/99, as aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI) e, nas aquisições, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.

RELATÓRIO

Em "ação ordinária" proposta por Mário Sebastião de Souza em face do Estado de Santa Catarina, foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

(...) (sem grifos no original)¹¹

Ementa:

ASSISTÊNCIA À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. DPOC - DOENÇA PULMONAR OBSTRUTIVA CRÔNICA. SERETIDE DISKUS. NECESSIDADE DO PRODUTO E HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DO BENEFICIÁRIO. RECEITUÁRIO QUE CONTEMPLA O NOME COMERCIAL DO REMÉDIO. OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DO FÁRMACO OU PRINCÍPIO FARMACOLOGICAMENTE ATIVO. LEI N. 9.787/99.

A assistência à saúde prevista no art. 196 da Constituição Federal, e repetida na legislação infraconstitucional, não implica no dever de custeio, pelo Estado, de todo e qualquer serviço de saúde. O acesso universal e igualitário deve se dar em relação àqueles procedimentos, remédios e tratamentos eleitos pelo Poder Público como indispensáveis, escolhas estas realizadas tendo em vista os problemas de saúde que a população enfrenta e os recursos disponíveis. Tratando-se de pedido que não consta dos procedimentos padronizados, a análise deve se dar caso a caso, com profunda perquirição acerca dos fatos, da moléstia, da oferta de tratamentos alternativos e de (in)eficácia, da capacidade econômica do doente e de sua família - a necessidade, no sentido amplo do termo, deve estar comprovada.

As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI). Nesses casos, o medicamento genérico, quando houver, terá preferência sobre os demais em condições de igualdade de preço.

FIXAÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO PROCURADOR DA PARTE AUTORA EM URH. IMPOSSIBILIDADE. DEMANDANTE BENEFICIÁRIO DA

¹¹ Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Processo nº 2009.058300-6 (Acórdão), Relator PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, DJ 25/05/2010.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. EXEGESE DO ART. 17, I, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997. PRECEDENTES. "É vedado o arbitramento de remuneração estatal ao causídico da beneficiária da assistência judiciária g [...]

RELATÓRIO

Em "**ação ordinária de fornecimento de medicamentos**" proposta por João Batista Gomes em face do Estado de Santa Catarina, foi proferida sentença cuja conclusão é a seguinte:

(...) (sem grifos no original)¹²

Ementa:

APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. CONSTITUCIONAL. FALTA DE INTERESSE EM AGIR. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. Não há necessidade de requerimento na via administrativa para que a parte possa postular em juízo a obtenção de tratamento por força do preceito constitucional instituído no art. 196 da Constituição Federal. Precedentes do TJRS. FORNECIMENTO DE INSULINA E DE INSUMOS A NECESSITADO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO E DO MUNICÍPIO. O direito à saúde é assegurado a todos, devendo os necessitados receber do ente público o medicamento necessário. Aplicação do artigo 196 da Constituição Federal. O Estado e o Município possuem legitimidade passiva para a demanda visando o fornecimento de insulina e de insumos a necessitado. Posição do 11º Grupo Cível. Precedentes do TJRS, STJ e STF. SUBSTITUIÇÃO DO FÁRMACO. LAUDO DO DMJ. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. Havendo laudo pericial realizado pelo DMJ no sentido de que há possibilidade de substituição da Insulina Glargina pela Insulina NPH, sem prejuízo à saúde da paciente e com custo inferior ao Estado, deve ser determinado o fornecimento do fármaco indicado pelo DMJ. Precedentes do TJRS. MUNICÍPIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Em relação ao Estado, sendo ajuizada a demanda, há obrigação de pagamento de honorários, observado o princípio da sucumbência. VERBA HONORÁRIA. MANUTENÇÃO. Mantida a verba honorária, conforme fixado na sentença nos termos do art. 20, § 4.º, do CPC. Apelação do Estado provida em parte liminarmente. Apelação do Município com seguimento negado. Sentença confirmada em reexame necessário no mais. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70052460789, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 12/12/2012)

PEDRO TRINDADE ajuizou **ação ordinária com pedido de antecipação de tutela** em face do ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL e o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, referindo ser portador de Diabetes Mellitus tipo 1, CID E 10, necessitando de uso contínuo de Insulina Lantus (Glargina), Insulina Novorapid (Aspart), Seringas de 100CC, Agulhas BD 8mm e Fitas Reagentes Advantage, tendo havido a prolação de sentença com seguinte dispositivo:

(...) (sem grifos no original)¹³

Ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. ALIMENTAÇÃO ESPECIAL. FÁRMACO INDICADO POR PROFISSIONAL DA ÁREA DE SAÚDE. PRINCÍPIOS DA UNIVERSALIDADE, DA ISONOMIA E DA IGUALDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DO

¹² Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Processo nº 2009.066566-9 (Acórdão), Relator PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, DJ 25/05/2010.

¹³ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Processo nº 70052460789, Relator CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, DJ 12/12/2012.

MEDICAMENTO PELO EQUIVALENTE, DE ACORDO COM A DENOMINAÇÃO COMUM BRASILEIRA. POSSIBILIDADE. 1. Havendo a indicação por profissional da área de saúde dando conta de que a alimentação especial para a menor portadora de intolerância à lactose é aquele constante no respectivo atestado, deve o Estado (em sentido amplo), conforme preceitua o art. 196 da CF, realizar de imediato as providências reclamadas. 2. Não há ofensa aos princípios da universalidade, da isonomia e da igualdade, pela determinação, pelo Judiciário, de cumprimento dos dispositivos da Constituição Federal, violados quando da negativa da Administração. 3. É possível a substituição do suplemento alimentar pelo seu equivalente genérico, tendo em conta a denominação do seu princípio ativo, pois que tal providência permite aos entes públicos o imediato fornecimento dos remédios, com evidente redução do ônus à fazenda pública (custo geralmente inferior dos medicamentos genéricos). APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70050600956, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 06/12/2012) Trata-se de recurso de apelação interposto pelo ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL inconformado com a sentença de procedência da **ação de rito ordinária** movida por LUDIMILA P. C., representada por seu genitor EDIVALDO P. C., que tornado definitiva a liminar, condenou-o a fornecer a alimentação especial à base de hidrolisado protéico (*Pregomin*). (...) (sem grifos no original)¹⁴

Ementa:

Apelação. **Obrigação de Fazer**. Medicamento. Alegação da aplicabilidade da Teoria da Reserva do Possível/ orçamento público escasso para o fornecimento de medicamento. Incabível. Proteção à inviolabilidade ao direito à vida. Inteligência dos artigos 6º e de 196 a 200 da Constituição Federal, o que justifica o fornecimento gratuito dos medicamentos pleiteados destinados ao tratamento de pessoa carente e doente, realizado de acordo com orientação médicas. Alegação de intromissão no do Poder Judiciário ao mérito administrativo. Inadmissibilidade. Em havendo a omissão da Administração Pública na realização do comando constitucional, tem o Poder Judiciário função precípua de suprimir tal conduta para que seja realizada a verdadeira Justiça. Sentença bem fundamentada. Desnecessidade da motivação dos mesmos argumentos pelo Juízo ad quem nos termos do art. 252 do Regimento Interno desta Egrégia Corte de Justiça. Sentença mantida. Recurso não provido. (...) (sem grifos no original)¹⁵

Ementa:

APELAÇÃO. MEDICAMENTO. Fornecimento de medicamento para tratamento de pessoa com fraturas. Admissibilidade. Dever constitucional do Estado. Hipótese em que se assegura o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Sentença mantida. Recursos não providos. I Trata-se de recurso de apelação interposto pela PREFEITURA MUNICIPAL DE NHANDEARA contra a r. sentença de fls. 64/70, que julgou procedente a **ação de obrigação de dar e fazer c/c pedido de liminar** proposta por PAULO DE GODOI JÚNIOR, objetivando o fornecimento do

¹⁴ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Processo nº 70050600956, Relator RICARDO MOREIRA LINS PASTL, DJ 06/12/2012.

¹⁵ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Processo nº 0001650-61.2010.8.26.0607, Relator EDUARDO GOUVÊA, DJ 18/12/2012.

medicamento “Paratram” para tratamento das fraturas causadas por acidente automobilístico.
(...) (sem grifos no original)¹⁶

Ementa:

OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTO. Fornecimento de medicamentos para o tratamento de doença grave. Admissibilidade. Hipótese em que se assegura o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelos próprios cidadãos. Honorários fixados com equidade pelo juízo a quo. Exegese do art. 20, §4º, do CPC. Sentença mantida. Recursos improvidos. —

I- Trata-se de reexame necessário e recurso de apelação cível interposto por Salvador Barbieri, nos autos da **ação de obrigação de fazer sob o rito ordinário**, ajuizada em face da Prefeitura Municipal de Viradouro, visando ao fornecimento da medicação descrita na inicial para tratamento de doença grave da qual é portador.

(...) (sem grifos no original)¹⁷

Diante das decisões supracitadas, verifica-se que, embora o Mandado de Segurança ainda seja utilizado para pleitear o custeio de medicamentos, é grande o número de ações nos tribunais brasileiros em que a via processual eleita pelo demandante é a do rito comum ordinário (artigo 461, do Código de Processo Civil), através do ajuizamento de ação ordinária de obrigação de fazer cumulada com pedido de antecipação de tutela.

Desta forma, conclui-se que o procedimento ordinário também se mostra eficiente na proteção do direito à saúde, sendo, ainda, o meio mais adequado para este fim.

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Processo nº 0002256-48.2011.8.26.0383, Relatora VERA ANGRISANI, DJ 20/12/2012.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Processo nº 0005333-78.2009.8.26.0660, Relatora VERA ANGRISANI, DJ 04/12/2012.

CONCLUSÃO

Embora, no Brasil, o mandado de segurança seja o meio mais eficaz e mais utilizado pela população para o pleito de custeio de medicamentos pelo Estado, verifica-se não ser este o remédio processual mais adequado a este fim.

Ora, a finalidade precípua do mandado de segurança é a proteção a direito líquido e certo violado ou sob a ameaça de violação por ato manifestadamente ilegal praticado por autoridade pública, que descumpra uma obrigação prevista em lei.

O direito à saúde é direito público subjetivo e dotado de alternatividade, no que concerne às prestações, pois seu pleno exercício depende da criação prévia de políticas públicas pelo ente estatal. Assim sendo, verifica-se que o mérito administrativo é que decide, discricionariamente, acerca da conveniência, oportunidade e justiça do ato. Portanto, quem decide qual o melhor tratamento ao paciente é o ente público, na condição de gestor das políticas públicas de saúde, e não o paciente.

Historicamente, sabe-se que o mandado de segurança surgiu como reflexo do *habeas corpus*, adotando igual procedimento célere e a possibilidade de concessão de liminar.

Pela finalidade do mandado de segurança constata-se que este não foi criado para discutir o mérito dos atos administrativos e sim para a tutela de direito líquido e certo contra atos ilegais ou que representem abuso de poder, praticados por autoridade competente. Ademais, sendo o mandado de segurança ação mandamental, sua utilização para tutelar o patrimônio do usuário do sistema público de saúde é vedada.

Do objetivo do mandado de segurança, verifica-se que as partes são o particular e a autoridade pública, tida como coatora, o ente público não é parte no processo por falta de interesse jurídico. Sendo assim, não pode o indivíduo utilizar o *writ* processual, mas sim uma ação ordinária de obrigação de fazer para a proteção do direito à saúde.

Além disso, o direito à saúde é direito ilíquido, haja vista a necessidade de procedimento administrativo para sua efetivação, o que, de plano, já afasta o cabimento de mandado de segurança como meio de tutela. Ainda, o mandado de

segurança não se presta à proteção de direitos ilíquidos por não possuir previsão em sua legislação de procedimento de execução.

Ademais, o direito à saúde é direito incerto, porque não pode ser adequadamente comprovado. Isto serve tanto para o autor, na constituição de direito, quanto para o réu, na demonstração de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Há a necessidade de perícia médica, sendo que os documentos médicos, como receitas e pareceres, não são suficientes para dispensar a realização de perícia técnica, haja vista não possuírem presunção de veracidade e nem serem dotados de fé pública.

Constata-se que a utilização inadequada do mandado de segurança para a tutela do direito à saúde, viola o princípio da isonomia, do devido processo legal e do contraditório. Isto porque, ao ente público não é oportunizado a produção de prova, acarretando em manifesto cerceamento de defesa.

A produção de prova através da realização de perícia médica é indispensável à proteção do direito à saúde. Somente a prova é meio apto a demonstrar o estado de sanidade do autor e somente ela é capaz de atestar a existência de alternativa de tratamento médico e qual seria o mais indicado ao autor.

Assim sendo, o juízo que receber o mandado de segurança com o fim único de custeio de tratamento médico pelo Estado, deve analisar a certeza e liquidez deste direito. Se o direito for incerto, a consequência é a extinção do feito sem julgamento de mérito com o envio do autor para a via ordinária ou a determinação de emenda à inicial, nos termos do artigo 277, § 5º, do Código de Processo Civil. Da mesma forma, se o direito for iliquidável e necessitar de um procedimento de execução.

Conclui-se, em suma, que o direito à saúde não deve ser tutelado através da impetração de mandado de segurança por ser direito ilíquido e incerto. É ilíquido e incerto em razão dos aspectos material, quantitativo, temporal, espacial e pessoal de suas hipóteses de incidência não estarem definidos previamente em sua norma regulamentadora e necessitam de liquidação pela autoridade de saúde pública por meio da edição de ato administrativo.

Ademais, há a necessidade de procedimento administrativo ou judicial para o cumprimento da ordem emitida com a impetração do mandado de segurança, principalmente, em virtude da alternatividade das políticas públicas de saúde, a fim de efetivar o direito do usuário.

Assim sendo, constata-se que o mandado de segurança nem sempre é a via processual mais adequada à tutela do direito à saúde, em que pese, por vezes, ser este o meio eleito pelo usuário para pleitear o custeio de tratamento médico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativos disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF, Senado Federal. 1988.

BUZAID, Alfredo. **Do mandado de Segurança**. In *Revista Forense*. v. 164.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Direito processual civil**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

FERRAZ, Sérgio. **Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) – Aspectos Polêmicos**. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Mandado de Segurança**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FERREIRA, William Santos. **Tutela antecipada no âmbito recursal – Recursos no processo civil**. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MAINGUÉ NETO, Wilson. **O mandado de segurança e o direito à assistência à saúde**. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica e Editora, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da reserva do possível: Direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. In *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, ano 5, nº 18, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **A tutela inibitória**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A garantia do contraditório na atividade de instrução**. In *Revista de Processo*. nº 35, 1984.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Max Limonad, v. 3, 1980.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Dicionário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.