

ASPECTOS INERENTES À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM ESTUDO SOBRE A ATUAÇÃO DA 8ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJMG

ASPECTS REGARDING THE JUDICIALIZATION OF HEALTH CARE: A STUDY ABOUT THE PERFORMANCE OF THE 8TH CIVIL COURT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF MINAS GERAIS – TJMG

Simone Leticia Severo e Sousa Dabés Leão¹ – <https://orcid.org/0000-0002-3475-0876>

Resumo

O presente artigo objetivou analisar, na ordem jurídica brasileira, questões atinentes à judicialização da saúde, em especial sobre a atuação da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Minas Gerais. Foi realizada pesquisa precipuamente qualitativa, do tipo exploratória, fazendo uso de instrumentos de coleta de dados de pesquisa bibliográfica e documental. A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II ('Dos Direitos Sociais') do Título II ('Dos Direitos Fundamentais') da Constituição Federal de 1988. Além disso, o *caput* do art. 196, Constituição Federal de 1988, define a saúde como direito de todos e dever do Estado. O art. 2º da Lei 8.080 de 1990 dispõe, por sua vez, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, o que foi destacado no referencial teórico pesquisado – principalmente SOUSA, 2015 e ANDRADE, 2015. Logo, evidencia-se que a saúde é um direito fundamental social, que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, no intuito de assegurar vida digna aos cidadãos. Diante da precariedade do sistema brasileiro público de saúde, aliada ao número insuficiente de fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos médicos e procedimentos cirúrgicos, bem como ausência de recursos ou descumprimento de políticas públicas, surge a denominada “judicialização da saúde”, tendo em

¹ Pós-doutoranda em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca. Doutora em Direito Público pela PUC Minas. Mestra em Direito das relações econômico-empresariais (UNIFRAN-SP). Professora Universitária. Assessora Judiciária TJMG. Membro do Comitê de Gestores em Saúde de Minas Gerais/Cogesmig. E-mail:simoneleticia77@gmail.com

vista que o cidadão sem condições financeiras procura socorrer-se ao Judiciário em busca dos seus direitos. Urge destacar, que a invocação do princípio da reserva do possível, como limitação financeira e suposto prejuízo do ente público, por si só, não justifica a falta de atendimento em relação ao acesso aos serviços de saúde. Há, pois, um longo caminho a percorrer visando um intenso e constante processo de melhoria de qualidade da saúde. Contudo, no que tange ao Direito à Saúde no Brasil, é preciso estabelecer um ponto de equilíbrio entre os direitos sociais fundamentais dispostos na Constituição Federal e as limitações orçamentárias alegadas pelo ente estatal, sendo razoável estabelecer critérios e parâmetros para sua concessão.

Palavras-chaves: Judicialização da saúde; Reserva do possível; Inaplicabilidade; Decisões judiciais; Jurisprudência do TJMG.

Abstract

This article has objectified to analyse questions related to the judicialization of health care in Brazil, especially related to the performance of the 8th civil court of the Court of Justice of the State of Minas Gerais. A qualitative, exploratory research was carried out, using bibliographic and documental research to collect data. Health care belongs to one of the social rights guaranteed under the Article 6 from the Chapter II (*'Social Rights'*) included in the Title II (*'Fundamental Rights'*) found in the Federal Constitution of 1988. Thus, according to the chapter II, article 196 from the Federal Constitution of 1988, health care represents a right of any citizen and an obligation of the state. The Article 2 from the Law Number 8.080 of 1990 stresses, in turn, that health care is a fundamental right of every human and that the state must provide all the necessary conditions for enabling this right to everyone, which was highlighted in the researched theoretical framework – mainly SOUSA, 2015 e ANDRADE, 2015. Therefore, it is evident that health care is a fundamental social right that requires positive action from the state in order to secure a dignified life for all citizens. It is with Brazil's precarious public health system, combined with the insufficient number of medications and/or medical treatment and surgical procedures, as well as the lack of resources or noncompliance with public policies, that the so-called judicialization of health care has emerged, as citizens with no financial resources must rely on the judiciary in order to secure their rights. It is valuable to point out that falling back on the principle of the reserve of the possibilities clause to explain the financial limitation and supposed loss of the state does not justify not providing access to health services. Indeed, there is a long way to go in the process of improving the quality of health care in Brazil. Nevertheless, as long as the right to health in Brazil is concerned, it is necessary to find the balance between the most basic social rights found in the Federal Constitution and the alleged constitutional budget limitations. Therefore, it is certainly reasonable for us to set out criteria and parameters for its concession.

Keywords: Judicialization of health care; Reserve of the possibilities clause; Inapplicability; Judicial decisions; Jurisprudence of the Court of Justice of the State of Minas Gerais.

Sumário: Introdução. A saúde como Direito Fundamental. O princípio da reserva do possível. Análise jurisprudencial: julgamentos da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais atinentes ao Direito à Saúde. Conclusão. Referências e Bibliografia.

Summary: Introduction. Health as a Fundamental Right. The principle of the Reserve of the Possibilities Clause. Judicial Analysis: Trials of the 8th Civil Court of the Court of Justice of the State of Minas Gerais Regarding the Right to Health. Conclusion. References.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 erigiu os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, ao incluí-los, expressamente, sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, por isso, esses direitos também estão sujeitos ao que determina o art. 5º, § 1º, da CF/1988, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado vem se mostrando ineficaz e por vezes totalmente omissivo em relação à proteção à saúde no Brasil.

Diante da precariedade do sistema brasileiro público de saúde, aliada ao número insuficiente de fornecimento de medicamentos e/ou tratamentos médicos e de procedimentos cirúrgicos surge a denominada “judicialização da saúde”, tendo em vista que o cidadão sem condições financeiras procura socorrer-se ao Judiciário em busca dos seus direitos.

A pesquisa baseada na obra **Direito à Saúde e Políticas Públicas** (SOUSA, 2015) e **Curso Jurídico de Direito à saúde** (ANDRADE, 2015) pautar-se-á na análise do problema, visando principalmente discutir e analisar a efetividade da judicialização da saúde no Estado de Minas Gerais.

Será realizada pesquisa precipuamente qualitativa, do tipo exploratória, fazendo uso de instrumentos de coleta de dados de pesquisa bibliográfica e documental.

Saúde não tem preço, mas tem custo. Questiona-se: quem é que tem a obrigação de remunerar os procedimentos do SUS e quem vai pagar todas as contas e se deverá permanecer a responsabilidade solidária entre os entes federados na assistência à saúde?

E se o Direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada no art. 196 da Constituição Federal, caberá analisar a aceitabilidade ou não do princípio da reserva do possível.

Ver-se-á que a judicialização da saúde tem demonstrado ser uma alternativa eficaz para conter as omissões dos entes federados.

Demonstrar-se-á que os direitos fundamentais reclamam, quanto à sua efetivação, um mínimo de concretização. Isso significa que a reserva do possível não pode ser usada para justificar a falta de concretização.

Sabe-se que não é só quando o mínimo existencial estiver em causa, que se tem um direito subjetivo a prestações que são plenamente exigíveis pela via jurisdicional, mas também toda vez que deva prevalecer a vida e a dignidade da pessoa sobre a reserva do possível.

No presente trabalho apresentar-se-á a saúde como direito fundamental, destacando o princípio da reserva do possível, bem como análise jurisprudencial da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça acerca dos aspectos inerentes à judicialização da saúde no ordenamento jurídico.

1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL.

A saúde encontra-se entre os bens intangíveis mais preciosos do ser humano, digna de receber a tutela protetiva estatal, porque se consubstancia em característica indissociável do direito à vida. Dessa forma, a atenção à saúde constitui um direito de todo cidadão e um dever do Estado, devendo estar plenamente integrada às políticas públicas governamentais (ORDACGY, 2007).

A Constituição de 1988 estabelece, no art. 196, que a saúde é dever do Estado, norma de aplicação e efeito imediatos. Além disso, ainda prevê no art. 199 que o setor privado exerça a assistência à saúde, criando uma solidariedade no seu exercício entre o Poder Público e o setor privado.

A Constituição de 1988 incorpora claramente esse caráter do direito à saúde ao estabelecer, em seu art. 196, que ele será “*garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

A saúde consta como um dos direitos sociais previstos no art. 6º, que abre o Capítulo II (‘Dos Direitos Sociais’) do Título II (‘Dos Direitos Fundamentais’) da Constituição de 1988. Além disso, o *caput* do art. 196, define a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Portanto, o embasamento constitucional à garantia do direito à saúde no Brasil, encontra-se no art. 6º da Constituição de 1988, cujo rol elenca os chamados direitos sociais, da seguinte forma: “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição”.

Dentre os direitos sociais enumerados pelo art. 6º da Constituição Federal, encontra-se o direito à saúde, desdobrado nos arts. 196 a 200, dos quais consta o reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado, o acesso universal e igualitário à saúde, a criação do sistema único de saúde, etc.

A Constituição de 1988 em seu art. 6º garante também, a todos os cidadãos o direito fundamental social à saúde.

A saúde é um direito fundamental social que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana.

No Brasil, a Constituição de 1988 trata as ações e serviços de saúde com o enfoque de bem-estar social, definindo claramente que o sistema que adotou envolve tanto a participação do setor público, quanto da iniciativa privada na prestação de serviços de saúde à população.

Segundo o art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O art. 2º da Lei 8.080, de 1990 dispõe, por sua vez, que a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Como bem enfocado pelo Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta:

O Direito Constitucional à saúde integral é uma responsabilidade do Estado e não daqueles que oferecem planos de saúde privada. Assim, o Estado deve oferecer saúde integral àqueles que não possuem condições de pagar, de forma direta, pelo serviço de saúde e, também, oferecer serviços não cobertos pelos planos privados. Ficando assim, como uma espécie de competência residual. (PIMENTA, E. G, 2010, p. 454)

E ressalta:

A saúde privada em um Estado Democrático de Direito também tem caráter distributivo. As alocações públicas devem priorizar aqueles que não podem pagar a saúde privada e também os procedimentos complexos não atingidos pelos planos privados. (PIMENTA, E. G, 2010, p. 455)

O autor Kildare Gonçalves de Carvalho complementa:

O direito à saúde, de que trata o texto constitucional brasileiro, implica não apenas no oferecimento da medicina curativa, mas também na medicina preventiva, dependente, por sua vez, de uma política social e econômica adequadas. Assim, o direito à saúde compreende a saúde física e mental, iniciando pela medicina preventiva, esclarecendo e educando a população, higiene, saneamento básico, condições dignas de moradia e de trabalho, lazer, alimentação saudável na quantidade necessária, campanhas de vacinação, dentre outras. (CARVALHO, 2012, p. 1274)

Saliente-se que a busca da realização de justiça exige que a realidade seja tratada além dos limites dos conflitos dos interesses privados, ou dos conflitos destes em confronto com os interesses públicos, revelando-se a necessidade de uma dimensão maior.

De acordo com Alexandre Lippel (2006, p. 3) tem-se como princípios informadores da política pública da saúde: a) Universalidade (art. 194, I; art. 196, *caput*): como direito de todos, a saúde não requer nenhum requisito para a sua fruição, devendo ser universal e igualitário o acesso às ações e serviços de saúde; b) Caráter Democrático e Descentralizado da Administração, com a participação da comunidade (art. 194, VII; art. 198, I e III): traduz-se em distribuição de responsabilidades pelas ações e serviços de saúde entre os vários níveis de governo, a partir da noção de que, quanto mais perto do fato a decisão for tomada, maiores as chances de acerto. Tal diretriz tem orientado a regulamentação do sistema de saúde, pautada pela maior responsabilidade dos municípios na implementação de ações de saúde, a chamada “municipalização da saúde”; c) Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198, II): a integralidade do atendimento significa que o sistema de saúde deve garantir acesso a ações de promoção, que buscam eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, envolvendo também as ações em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação, etc.; de proteção, que visam à prevenção de riscos e exposições de doenças, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária; de recuperação, ou seja, atendimento médico, tratamento e reabilitação para doentes; d) Regionalização e hierarquização (art.

198, *caput*): este princípio busca permitir um conhecimento maior, por parte da rede de serviços do sistema, dos problemas de saúde da população de uma área delimitada, favorecendo medidas de vigilância epidemiológica, sanitária, educação em saúde, e ações de atenção ambulatorial e hospitalar em todos os níveis de complexidade, viabilizando a distribuição espacial dos serviços e sua organização com suporte técnico e de recursos humanos.

Desse modo, a saúde é condição essencial à dignidade da pessoa humana, cabendo assim, ao Estado, por meio de políticas públicas e de seus órgãos, assegurá-la como direito de todos os cidadãos. O direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia. (HUMENHUK, 2004, p. 1).

Portanto, o princípio da dignidade humana busca garantir que o Estado forneça o mínimo existencial para a sobrevivência do cidadão.

Fato é que a saúde é um direito fundamental social, que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, no intuito de assegurar vida digna aos cidadãos.

Cabe ao Judiciário, por sua vez, garantir plenamente, os direitos fundamentais do cidadão, nos termos da Lei Maior.

Todavia, na maioria dos casos, verifica-se que o ente público ora alega ilegitimidade passiva, ora alega o princípio da reserva do possível, conforme se verá adiante.

2 O PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, no início dos anos 1970, defendendo a “*limitação dos direitos sociais a prestações materiais de acordo com as capacidades financeiras dos Estados, vez que seriam financiados pelos cofres públicos.*” (OHLAND, 2010, p. 30).

A reserva do possível, postulado originado na Alemanha (1970), apresentava como pressuposto a razoabilidade: “*o Estado só pode fornecer ao cidadão o que for razoável, tanto financeiramente quanto pela legitimidade e necessidade do requerente, entendida esta como a ausência de recursos próprios*”. No Brasil, verifica-se interpretação da reserva do possível diretamente relacionada com a teoria dos custos dos direitos, de forma que o Estado só estaria obrigado “*a fornecer ao cidadão o que for razoável, tanto financeiramente quanto pela legitimidade e necessidade do requerente, entendida esta como a ausência de recursos próprios*”. (MARQUES. **Direito, Constituição e Cidadania**: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio. 2015, p. 635-636. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/rma2ey1m/eO2Fy1FK8omZQ99g.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2016).

Verifica-se que o princípio da reserva do possível visa impedir a plena eficácia do Direito à Saúde, tendo em vista que busca relacionar-se com a prévia previsão orçamentária para o Estado disponibilizar determinado recurso².

² Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder. (FREIRE JÚNIOR. 2004, p. 58)

Consequentemente, evidencia-se que as limitações orçamentárias não podem afastar a obrigação estatal inerente à saúde.

O princípio da reserva do possível regula a possibilidade e a extensão da atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis. (SILVA, 2011).

Acerca do tema, pondera Emmanuelle Castro que vários preceitos da Constituição Federal de 1988 sofreram ingerência da dogmática constitucional alemã, contudo, salienta impossibilidade de recepção idêntica, tendo em vista a realidade diversa entre os dois países:

Ora, a Alemanha há alguns anos já vivencia o estado de bem estar social (welfare state), não passando pelos graves problemas sociais existentes no Brasil, que ainda luta para erradicar a pobreza extrema e a fome, sem contar os altos níveis de corrupção e desvios de verba pública existentes no país que dão destinação adversa do previsto constitucionalmente aos recursos públicos. (CASTRO, 2016, p. 68)

Há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplex, que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 13)

Em atendimento aos princípios da igualdade e da universalidade, o Estado tem a obrigação de prestar saúde a todos os cidadãos. A partir do momento em que o Estado deixa de oferecer os serviços de saúde, cabe ao cidadão recorrer ao Judiciário para demandar seja a prestação que lhe foi negada, seja aquela que lhe foi inadequada.

Com isso, o fenômeno da judicialização da saúde torna-se cada vez mais preocupante para o Estado, que insiste que tal fenômeno privilegia o individualismo em detrimento da coletividade.

O tema gera cada vez mais inúmeras discussões. Aqueles que são favoráveis à judicialização da saúde destacam que cabe ao Estado o dever estabelecido na Constituição Federal. Contudo, a omissão estatal deverá ser comprovada, seja através de prescrição médica, seja através de análise técnica do caso concreto (em Minas Gerais há uma pareceria entre o TJMG e o Hospital das Clínicas através do NATS – Núcleo Avançado de Tecnologia em Saúde que através das notas técnicas oferece subsídios para auxiliar o magistrado nas decisões judiciais³). Os defensores da judicialização da saúde, em linhas

³ Os defensores da judicialização da saúde também destacam que o reconhecimento da Medicina Baseada em Evidências – MBE deveria ser habitual na área da saúde moderna. A Medicina Baseada em Evidências – MBE consiste na utilização de achados em estudos bem desenhados para a determinação da conduta na prática. A MBE se destaca pela possibilidade de se esclarecer, por meio dela, a efetividade e eficiência nas condutas médicas, devido à necessidade de combinar as

gerais, defendem que é dever do Estado prestar o tratamento necessário para toda e qualquer enfermidade, mesmo nos casos em que os medicamentos e procedimentos não são listados pelo SUS e/ou aprovados pela Anvisa.

Aqueles que se posicionam contrários à judicialização da saúde destacam que embora a saúde seja um direito público, devem ser estabelecidos critérios sobre os medicamentos e procedimentos oferecidos, principalmente pontuando que os recursos são insuficientes para atender a todas as demandas da população. Para essa corrente, o Estado só deveria fornecer medicamentos ou procedimentos que estivessem contemplados pela saúde pública (lista do SUS), destacando inclusive, que os tratamentos experimentais podem causar danos à saúde dos pacientes, principalmente porque não há comprovação científica quanto à eficácia do tratamento.

Para o Ministro Dias Toffoli, a judicialização indiscriminada das demandas judiciais atinentes ao Direito à Saúde representa risco ao planejamento das políticas públicas, destacando que o direito à saúde não implica a garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico:

Muitos magistrados vêm fazendo uma análise voltada para o dramático caso concreto, optando pelo reconhecimento do direito individual à vida distanciando-se das necessidades e dos anseios da coletividade, até mesmo em razão do apelo emocional intrínseco aos pedidos judiciais que têm por objeto o direito à saúde. (BRASIL, 2009, a)

Há de se observar que o “mínimo existencial” depende da avaliação do binômio necessidade-capacidade, tanto do Estado, quanto da pessoa. Com efeito, deve-se ter em mente a ideia de que a reserva do possível não consiste em uma limitação à atuação do Estado na prestação dos direitos sociais, mas na obrigação do Poder Público reservar o total de recursos disponíveis para a gestão e execução das políticas públicas ligadas a tais direitos prestacionais. (NASCIMENTO, 2019).

No Brasil, embora haja carência de recursos públicos orçamentários, o princípio da reserva do possível não poderá prevalecer sobre o direito fundamental à saúde.

O Estado não pode se eximir das suas obrigações atinentes ao Direito à Saúde, devendo, no mínimo, reorganizar a destinação das verbas públicas, implementando e cumprindo as políticas públicas atinentes à saúde, favorecendo o direito à vida.

Logo, não basta o Estado alegar o princípio da reserva do possível, com mera alegação de ausência de recursos, devendo colacionar nos autos as provas que entender pertinentes.

É notório que as alegações de negativa de efetivação de um direito social por motivo da reserva do possível, devem ser analisadas com cautela pelo Poder Judiciário, de modo que não cabe o Poder Executivo alegar que não há possibilidade de cumprir uma ordem judicial por motivo da reserva do possível, terá que comprová-la materialmente, pelo fato que a reserva do possível converteria: “em verdadeira razão de Estado econômico, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo que a Carta em matéria de direitos sociais.” (FARENA, 1997, p. 12).

Neste sentido, tem decidido o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, destacando que a invocação do princípio da reserva do possível, limitação financeira do ente

experiências médicas com as evidências provenientes das revisões sistemáticas... É possível dizer que a MBE é a integração entre a prática médica e ciência. (DEOTTI, B. *et al.*, 2017, p. 45 e 124).

público e o suposto prejuízo aos municípios, por si só, não justifica o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde:

Apelação. Direito à Saúde. Município de Ituiutaba. Paciente Idoso Com Baixa Acuidade Visual em Olho Esquerdo. Preliminares de Impugnação do Valor à Causa e Ilegitimidade Passiva do Município Rejeitadas. Cirurgia/Tratamento. Necessidade Comprovada. Princípio da Reserva do Possível. Inaplicabilidade. Sentença Mantida. *A saúde constitui um direito fundamental, que visa efetivar a dignidade da pessoa humana, devendo ser promovida solidariamente pela União, Estados e Municípios. Se o Município não comprovou que o valor dado à causa não corresponde ao valor da cirurgia pleiteada, não há que se falar em cerceamento de defesa. Se a prova juntada na inicial (laudos médicos) esclarece de forma robusta os fatos, não há que se falar em cerceamento de defesa. De acordo com o art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, constituindo direito da parte submeter-se ao tratamento decorrente de enfermidade, fazendo jus à cirurgia vindicada. Comprovada a imprescindibilidade do procedimento cirúrgico, pleiteado para paciente portador de baixa acuidade visual no olho esquerdo, e sem condições financeiras de custear as despesas correspondentes, é responsabilidade do requerido, o seu custeio na forma prescrita no art. 4º da LOS – Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080, de 19.09.1990) e arts. 23, inc. II e 196 da Constituição Federal. A invocação do princípio da reserva do possível, limitação financeira do ente público e o suposto prejuízo aos municípios, por si só, não justifica o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde. Recurso conhecido e não provido. (Apelação Cível N. 1.0000.17.099219-2/00. Rel. Des. Gilson Soares Lemes. Data de julgamento: 30.05.2018. Data da publicação: 04.06.2018)*

O Supremo Tribunal Federal tem manifestado no sentido de que o Direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, assegurada no art. 196 da Constituição Federal:

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Repercussão Geral. Sistemática. Aplicação. Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamentos Responsabilidade Solidária dos Entes Federados. Alto Custo. Ausência de Discussão. Pendência de Embargos de Declaração no Paradigma. Irrelevância. Julgamento Imediato da Causa. Ausência de Medicamento na Lista do SUS. Desconsideração Ante a Avaliação Médica. Súmula 279/STF. Agravo Improvido. *I – O custo dos medicamentos não foi objeto de discussão do acórdão recorrido, o que desautoriza a aplica-*

ção do Tema 6 da repercussão geral – RE 566.471-RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, ante a ausência de identidade das premissas fáticas. II – O acórdão recorrido está em consonância com o que foi decidido no Tema 793 da repercussão geral, RE 855.178-RG/SE, Rel. Min. Luiz Fux, decisão de mérito, no sentido de que “o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados”. III – A existência de decisão de mérito julgada sob a sistemática da repercussão geral autoriza o julgamento imediato de causas que versarem sobre o mesmo tema, independente do trânsito em julgado do paradigma. Precedentes. IV – A lista do SUS não é o parâmetro único a ser considerado na avaliação da necessidade do fornecimento de um medicamento de um caso concreto, que depende da avaliação médica. No ponto, para se chegar a conclusão contrária à adotada pelo Juízo de origem, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que inviabiliza o extraordinário. Súmula 279. Precedente. V – Verba honorária mantida ante o atingimento do limite legal do art. 85, § 11º combinado com o § 2º e o § 3º, do mesmo artigo do CPC. VI – Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa art. 1.021, § 4º, do CPC. (ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. em 09.11.2016, Processo Eletrônico Dje-249 Divulg 22.11.2016 Public 23.11.2016)

Direito Administrativo. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo. Direito à Saúde. Medicamento Não Padronizado. Fornecimento Pelo Poder Público. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, apesar do caráter meramente programático atribuído ao art. 196 da Constituição Federal, o Estado não pode se eximir do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde dos cidadãos. 2. O Supremo Tribunal Federal tem se orientado no sentido de ser possível ao Judiciário a determinação de fornecimento de medicamento não incluído na lista padronizada fornecida pelo SUS, desde que reste comprovação de que não haja nela opção de tratamento eficaz para a enfermidade. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 926469 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, j. em 07.06.2016, Processo Eletrônico Dje-128 Divulg 20.06.2016 Public 21.06.2016)

Suspensão de Liminar. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (SL 47/AgR-PE. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe: 17.03.2010)

Urge salientar, que o Supremo Tribunal Federal decidiu recentemente (em 22.05.2019), que o Judiciário só poderá sair da lista da Anvisa em situações excepcionais. Para o Supremo Tribunal Federal, o dever é de fornecimento de medicamentos previstos na Anvisa (RE 657.718 – 22.05.2019).

Logo, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamento experimental ou sem registro na Anvisa, salvo em casos excepcionais.

Indubitavelmente, tal decisão permitirá situações de adequamento, quando estritamente necessário. Dependerá, pois, do caso concreto.

A decisão foi tomada, por maioria dos votos no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657718, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do Ministro Marco Aurélio⁴.

Concluiu a Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal deve estabelecer que o registro na Anvisa é indispensável para que o Judiciário autorize o fornecimento, devendo ser analisado o caso concreto em situações diversas⁵.

O Supremo Tribunal Federal ainda na data de 22.05.2019, fixou a tese de repercussão geral sobre a matéria constitucional contida no Recurso Extraordinário (RE) 855178, no sentido de que há responsabilidade solidária entre os entes federados para o fornecimento de medicamentos e tratamentos à saúde⁶.

De acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políti-

⁴ No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a regulação pela Anvisa é necessária para fomentar a responsabilidade social das empresas que, comumente, promovem a ampla divulgação de seus produtos, em geral diretamente à classe médica, comercializam-no em razão de decisões judiciais em larga escala e em altos valores, mas não requerem a submissão do medicamento à Anvisa, onde ele teria ainda seu preço regulado, evitando “*dispêndio excessivo e muitas vezes abusivo do Poder Público*”. (Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 24.05.2019) Na ocasião, destacou-se que as ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão ser necessariamente propostas em face da União.

⁵ Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “*1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União*”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. (Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 24.05.2018)

⁶ *STF fixa tese de repercussão e reafirma responsabilidade solidária de entes federados na assistência à saúde*: os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde e, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento das regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. (Disponível em: <www.portal.stf.jus.br>. Acesso em 24.05.2019)

cas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia (STJ – REsp: 1409527 RJ . Rel. Min. Humberto Martins. DJe: 18.10.2013). E ainda:

Administrativo. Fornecimento de Medicamentos. Sistema Único de Saúde (SUS). Responsabilidade Solidária dos Entes Federativos. Súmula 83/STF. Alto Custo. Enfoque Constitucional. Reserva do Possível e Normas Financeiras. Reexame de Provas. 1. *A saúde pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, todos em conjunto.* 2. *Com relação à responsabilidade do município no fornecimento de medicamentos de alto custo, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a contrarésia sob o enfoque eminentemente constitucional, ao entender que o direito à saúde decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Competência do Supremo Tribunal Federal.* 3. *Quanto à alegação baseada na reserva do possível e no descumprimento de normas financeiras, o Tribunal a quo deixou claro que, na hipótese dos autos, não ocorre a inviabilidade financeira. Modificar o acórdão, nesse aspecto, demanda o reexame das provas dos autos. Súmula 7/STJ.* 4. *Registre-se, por fim, que o reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. (Agravo regimental improvido.” (AgRg nos EDcl no AREsp 681618-MG. Agravo Regimental Nos Embargos De Declaração No Agravo Em Recurso Especial 2015/0059830-. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 04.08.2015. Data da publicação: 13.08.2015)*

Administrativo. Controle Judicial de Políticas Públicas. Possibilidade em Casos Excepcionais – Direito à Saúde. Fornecimento de Medicamentos. Manifesta Necessidade. Obrigação Solidária de Todos os Entes do Poder Público. Não Oponibilidade da Reserva do Possível Ao Mínimo Existencial. Não Há Ofensa À Súmula 126/STJ. 1. *Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente importantes.* 2. *Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.* 3. *In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o Município, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer*

dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros” (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 4. Apesar de o acórdão ter fundamento constitucional, o recorrido interpôs corretamente o Recurso Extraordinário para impugnar tal matéria. Portanto, não há falar em incidência da Súmula 126/STF. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1107511 / RS Agravo Regimental No Recurso Especial 2008/0265338-9. Rel. Min. Herman Benjamin. DJe: 28.11.2013. Data da publicação: 06.12.2013)

Administrativo. Fornecimento de Medicamentos. Sistema Único de Saúde (SUS). Alto Custo. Art. 535 Não Violado. Reexame de Provas. Súmula 7/STJ. Repercussão Geral Reconhecida Pelo STF. Não Enseja Sobrestamento Do Feito No STJ. 1. *Cuida-se de irrisignação contra decisão de primeiro e segundo grau de Jurisdição que condenou o recorrente ao fornecimento de medicação necessária ao tratamento à parte recorrida, segundo prescrição médica. 2. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 3. Quanto à alegação baseada na reserva do possível e no descumprimento de normas financeiras, o Tribunal a quo deixou claro que, na hipótese dos autos, não ocorre a inviabilidade financeira. Modificar o acórdão, nesse aspecto, demanda o reexame das provas dos autos. Súmula 7/STJ. 4. Registre-se, por fim, que o reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos Recursos Especiais que tramitam no Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso Especial do qual não se conhece. (REsp 1661695/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 16.05.2017, DJe 16.06.2017)*

Administrativo. Fornecimento de Medicamentos. Sistema Único De Saúde (SUS). Responsabilidade Solidária dos Entes Federativos. Súmula 83/STF. Alto Custo. Enfoque Constitucional. Reserva do Possível e Normas Financeiras. Reexame De Provas. 1. *A saúde pública consubstancia direito fundamental do homem e dever do Poder Público, expressão que abarca a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os municípios, todos em conjunto. 2. Com relação à responsabilidade do município no fornecimento de medicamentos de alto custo, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia sob o enfoque eminentemente constitucional, ao entender que o direito à saúde decorre do princípio da dignidade da pessoa humana. Competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Quanto à alegação baseada na reserva do possível e no descumprimento de normas financeiras, o Tribunal a quo deixou claro que, na hipótese dos autos, não ocorre a inviabilidade financeira. Modificar o acórdão, nesse aspecto, demanda o reexame das provas dos autos. Súmula 7/STJ. 4. Registre-se, por fim, que o reconhecimento da repercussão geral pela Suprema Corte não enseja o sobrestamento do julgamento dos*

recursos especiais que tramitam neste Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no AREsp 681.618/MG, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 04.08.2015, DJe 13.08.2015)

Portanto, evidencia-se que não pode o direito social fundamental à saúde ficar condicionado à boa vontade do Administrador, até mesmo, porque o Sistema Único de Saúde representa um grande avanço no tocante às políticas públicas, vez que está baseado no financiamento público, bem como na cobertura universal das ações à saúde. Entretanto, a legislação do SUS deve ser efetivamente utilizada, fazendo com que tal lei saia do papel e seja aplicada na prática.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: JULGAMENTOS DA 8ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS ATINENTES AO DIREITO À SAÚDE.

A seguir, apontar-se-á a análise de alguns julgamentos da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no que tange o Direito à Saúde.

3.1 Fornecimento de procedimento cirúrgico. Solidariedade entre os Estados-membros.

Apelação Cível. Ação Ordinária. Saúde. Procedimento Cirúrgico. Perdas E Danos. Vício Extra Petita. Inocorrência. Legitimidade Passiva. Mérito. Saúde. Direito Social. Cirurgia Eletiva. Lista De Espera. Susfácil. Caráter Emergencial Não Demonstrado. Improcedência Do Pedido. Reforma Da Sentença. 1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que a conversão da obrigação de fazer ou em perdas e danos, como meio de viabilizar a tutela específica, não representa julgamento extra petita. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se consolidada no sentido de que todos os entes federativos, assim compreendidos a União, os Estados-Membros e os Municípios são solidariamente responsáveis pelo cumprimento das obrigações ligadas à área da saúde, o que inclui a disponibilização de insumos alimentares de caráter terapêutico, medicamentos, internações, realização de procedimentos cirúrgicos, dentre outros, sendo patente a legitimidade passiva. 3. Ausente a comprovação da necessidade emergencial de realização da cirurgia ortopédica, não se mostra razoável a desobediência da lista de esperar organizada pelo Sistema Único de Saúde através da Central de Regulação Assistencial, que atende aos critérios da gravidade e urgência, além da data do requerimento firmado pelo paciente. 4. Preliminares rejeitadas e recurso provido. (Apelação Cível n. 1.0352.13.007737-8/001. Rel. Des. Teresa Cristina da

Cunha Peixoto. Data de julgamento: 06.0.2017. Data da publicação: 17.09.2017)

No caso em tela, trata-se de Ação Ordinária ajuizada por C.A.F. em face do Município de Januária, sustentando, em síntese, que sofreu um acidente de trânsito em 15.10.2013, pleiteando procedimento cirúrgico no membro inferior direito. O r. juízo *a quo* deferiu o pedido de antecipação de tutela e determinou ao réu que disponibilize à parte autora, em até dez dias, o tratamento médico indicado na inicial, inclusive a devida intervenção cirúrgica, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00, limitada a astreinte a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Inconformado, recorreu o Município de Januária sustentando ausência do procedimento eletivo, bem como pleiteia a decotação da multa.

Destacou a Rel^a. Des^a. Teresa Cristina da Cunha Peixoto que em que pese comprovação da fratura da tíbia da perna direita da autora, com encaminhamento para procedimento cirúrgico, não restou demonstrado nos autos a alegada urgência na realização da cirurgia, que possui caráter eletivo, nem mesmo qualquer impotência funcional do membro inferior a ensejar suposta incapacidade laboral. Ressaltou ainda, que não se mostra razoável a desobediência da lista de esperar organizada pelo Sistema Único de Saúde através da Central de Regulação Assistencial, que atende aos critérios da gravidade e urgência, além da data do requerimento firmado pelo paciente.

Em unanimidade, a 8ª Câmara Cível rejeitou as preliminares e deu provimento ao recurso, para julgar improcedente o pedido inicial.

3.2 Fornecimento de medicamento – comprovação da necessidade do medicamento pleiteado.

Agravo De Instrumento. Ação De Obrigação De Fazer. Fornecimento De Medicamento. Imprescindibilidade Demonstrada. Direito Fundamental À Saúde. Recurso Não Provido. *As questões envolvendo o direito fundamental à saúde devem ser analisadas considerando-se cada caso concreto e a sua repercussão, devendo ser sopesadas as regulamentações administrativas frente à imprescindibilidade do tratamento, ainda que o medicamento ou cirurgia pleiteados não sejam usualmente fornecidos pelo SUS. – A prova documental presente nos autos mostra-se suficiente à comprovação da necessidade dos produtos vindicados e da ausência de alternativas na espécie, devendo os entes agravados os fornecer conforme a prescrição médica. – Recurso provido.* **(Agravo De Instrumento-CV N. 1.0223.17.015276-1/001. Rel. Des. Carlos Roberto Faria. Data de julgamento: 18.10.2018. Data da publicação: 12.11.2018)**

Para o Relator Des. Carlos Roberto de Faria, as questões envolvendo o direito fundamental à saúde recebe análise, considerando-se cada caso concreto e a sua repercussão, devendo ser sopesadas as regulamentações administrativas frente à imprescindibilidade do tratamento, ainda que o medicamento, insumo ou cirurgia pleiteados não sejam usualmente fornecidos pelo SUS. Logo, se a prova

documental trazida aos autos mostra-se suficiente à comprovação da necessidade do medicamento vindicado e da ausência de alternativas na espécie, deve o referido medicamento ser fornecido.

In casu, foi dado provimento ao recurso (por unanimidade), para determinar aos agravados que forneçam os medicamentos prescritos, na forma do pedido trazido na inicial, em quantidade suficiente, de acordo com a prescrição, no prazo de 05 (cinco) dias, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), limitada a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), mediante apresentação trimestral da receita médica.

3.3 Fornecimento do medicamento Lucentis (Ranibizumabe) – utilização da nota técnica do NATS (Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde da UFMG/Hospital das Clínicas) e limitação da multa.

Apelações Cíveis. Ação Cominatória De Obrigação De Fazer. Fornecimento De Medicamento. Preliminar De Ilegitimidade Passiva Do Município De Belo Horizonte E Do Estado De Minas Gerais. Responsabilidade Solidária. Preliminar Afastada. Fármaco Excepcional. Alto Custo. Avastin Ou Lucentis(R) (Ranibizumabe). Prescrição Médica. Nota Técnica Nats. Multa. Possibilidade. Limite. Honorários Advocatícios. Pedido De Redução Rejeitado. Retenção De Receita Médica. Possibilidade. *A saúde constitui um direito fundamental, que visa efetivar a dignidade da pessoa humana, devendo ser promovida solidariamente pela União, Estados e Municípios. Em sede de Repercussão Geral, o STF firmou o entendimento de que os entes federados são responsáveis solidários para prestar tratamento médico adequado ao paciente. De acordo com o art. 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, constituindo direito da parte submetter-se ao tratamento decorrente de enfermidade, fazendo jus ao medicamento vindicado. Para decidir questões referentes a medicamentos prescritos aos pacientes, o Poder Judiciário pode valer-se do NATS – Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde da UFMG/Hospital das Clínicas, que apresentará nota técnica acerca do fármaco pleiteado. A multa representa medida coercitiva de notória eficácia, sendo plenamente cabível na espécie, entretanto, deve ser compatível com o caso concreto, devendo, ainda, ser estabelecido o seu limite. Os honorários advocatícios devem atender aos parâmetros estabelecidos na legislação pátria, observando o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa e o valor da condenação. É necessária a apresentação de receita médica atualizada, de forma a exigir a avaliação periódica do paciente, bem como evitar gastos desnecessários.*

rios do ente público. Recursos conhecidos. Dado parcial provimento ao primeiro recurso. Negado provimento ao segundo recurso.” (APELAÇÃO CÍVEL N. 1.0024.11.311964-8/001. Rel. Gilson Soares Lemes. Data de julgamento: 23.11.2018. Data da publicação: 18.12.2018)

Na espécie, trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Estado de Minas Gerais e pelo Município de Belo Horizonte, em face da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte nos autos da Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada, ajuizada por A.J.M. que ratificou o pedido de tutela antecipada e julgou procedente o pedido inicial, para determinar que os réus (Estado de Minas Gerais e Município de Belo Horizonte) forneçam o medicamento Lucentis (Ranibizumabe 10 mg/ml), inicialmente na quantidade de uma ampola por mês, até um total de três injeções, bem como as aplicações de tal medicamento e, sendo necessário, de acordo com prescrição médica, novas ampolas e aplicações.

O Relator Des. Gilson Soares Lemes ponderou que a jurisprudência atual tem se posicionado no sentido de reconhecer o direito do indivíduo à obtenção de determinados medicamentos, observando-se as peculiaridades de cada caso e, ainda, consultando-se as notas técnicas para verificar a sua escoreta indicação para a doença que acomete o requerente.

Destacou informações de nota técnica do NATS (Núcleo de Avaliações de Tecnologias em Saúde da UFMG/Hospital das Clínicas) sobre a propedêutica do medicamento Lucentis(r) (Ranibizumabe) para tratamento de DMRI (degeneração macular).

Contudo, destacou que tendo o r. juízo *a quo* fixado a multa diária em R\$100,00 (cem reais), comporta reparos, uma vez que não foi estipulado o seu limite. Desse modo, determinou que a multa diária deve ser mantida em R\$100,00 (cem reais), até o limite máximo de R\$10.000,00 (dez mil reais), atendendo-se assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A 8ª Câmara Cível, em unanimidade, deu parcial provimento ao primeiro recurso, apenas para fixar a multa diária no limite máximo de R\$10.000,00 (dez mil reais), condicionado o fornecimento do medicamento pleiteado à apresentação de receita médica trimestral. Negou provimento ao segundo recurso.

Em casos similares, tem-se observado que por vezes os Magistrados de 1ª Instância embora tenham fixado o valor da multa diária, exatamente no intuito de coagir o ente público para cumprir com a obrigação de fornecimentos de medicamentos e/ou procedimentos cirúrgicos, lado outro, têm deixado de fixar seu limite. Nestes termos, tem agido acertadamente a Egrégia 8ª Câmara Cível ao estipular o limite da multa diária.

3.4 Mandado de Segurança em Direito à Saúde— instruído com documentos e provas necessárias — admissibilidade

Acerca do tema, registrou o Relator Des. Gilson Soares Lemes, que embora o Mandado de Segurança, por exigir prova pré-constituída e não autorizar dilação probatória, não seja a via adequada para requerer tratamento médico específico, excepcionalmente, é possível sua admissibilidade quando a ação for instruída com documentos e provas necessárias para análise do pedido:

Apelação. Direito À Saúde. Mandado De Segurança. Saúde. Paciente Idoso. Quadro De Aneurisma Volumoso Da Aorta. Risco De Óbito. Ilegitimidade Ativa Do Ministério Público. Perda Do Objeto. Preliminares Rejeitadas. Laudo Médico. Necessidade De Transferência Devidamente Comprovada. Responsabilidade Do Estado De Minas Gerais. Garantia Constitucional. Requisitos Presentes. Sentença Mantida. *A saúde constitui um direito fundamental, que visa efetivar a dignidade da pessoa humana, devendo ser promovida solidariamente pela União, Estados e Municípios. Embora o Mandado de Segurança, por exigir prova pré-constituída e não autorizar dilação probatória, não seja a via adequada para requerer tratamento médico específico, excepcionalmente, é possível sua admissibilidade quando a ação for instruída com documentos e provas necessárias para análise do pedido. Não há se falar na ilegitimidade do Ministério Público, visto que o tratamento pleiteado por meio de mandado de segurança visa à concretização do direito à saúde, direito fundamental que atinge toda a coletividade. Não ocorre a perda do objeto, quando o direito pretendido somente é realizado após e em cumprimento de ordem judicial. Estando comprovada a necessidade de transferência do paciente para hospital equipado que atenda sua necessidade, bem como a negativa da autoridade, deve ser concedida a segurança. Recurso conhecido e não provido. (AP CÍVEL/REM NECESSÁRIA N. 1.0701.16.000684-0/001. Rel. Des. Gilson Soares Lemes. Data de julgamento: 30.11.2017. Data da publicação: 12.12.2017)*

Na espécie, foi juntado, pelo Impetrante, relatório elaborado por médico conveniado ao Sistema Único de Saúde que atesta a gravidade da sua doença, qual seja, aneurisma volumoso da aorta, bem como a necessidade de sua transferência hospitalar urgente, devido a risco morte.

Restou comprovado, ainda, o pedido de internação, através do laudo para solicitação de internação hospitalar e ficha de acompanhamento de solicitação de internação, SUS fácil.

Também constava expressa nos autos a negativa do SUS Fácil, salientando que “não há leito disponível”. Foi ainda salientado posteriormente pelo ente público que não havia vaga disponível no CTI. Logo, presentes os pressupostos específicos para a concessão da segurança.

Destacou o Relator que o apelante deve ser responsabilizado pela transferência hospitalar postulada, razão pela qual a sentença não comporta quaisquer reparos.

Em unanimidade, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso, com análise da remessa necessária, para manter a sentença proferida.

Tem-se destacado ainda, que a invocação do princípio da reserva do possível, limitação financeira do ente público e o suposto prejuízo aos municípios, por si só, não justifica o desatendimento à ordem constitucional de facilitação do acesso aos serviços de saúde.

CONCLUSÃO

O direito à saúde tem especial destaque enquanto direito fundamental, porque visa efetivar a dignidade da pessoa humana, contemplando de forma direta o direito à vida. A Constituição Federal traz em seu bojo o asseguramento de tal direito a todos os cidadãos, sendo dever do poder público concretizá-lo, na busca do bem estar social.

Nos termos dos arts. 196 e 198 da Constituição Federal dispõem que a saúde *“é direito de todos e dever do Estado”* e, ao lado disso, *“as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único”* (o SUS).

O Sistema Único de Saúde foi criado em 1988, pela Constituição da República, porém ainda não representa o ideal desejado. Novas propostas surgiram na década de 90, dentre elas a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990, que implantou amplamente o Sistema Único de Saúde) e a regulamentação dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998, que visou equilibrar as relações contratuais, configurando o marco legal da saúde suplementar no Brasil e disciplinou como se daria a forma do ressarcimento ao SUS).

O Direito à Saúde é um direito coletivo que será atendido por meio de políticas públicas nos três níveis da federação brasileira, União, estado e municípios, por meio do SUS.

Mas, como falar em igualdade no sentido de dar efetividade à saúde? Principalmente, quando aqueles que estão nas filas de transplantes de órgãos são preteridos, se a decisão judicial tem que ser respeitada para atender aquele outro.

Indubitavelmente que deve ser reconhecido o avanço trazido pela Constituição Federal de 1988 no tocante ao Direito à Saúde. Contudo, deve-se buscar o aprimoramento das políticas públicas promovidas pelo SUS.

A saúde não pode e não deve ser conceituada como algo estático, pois faz parte de um sistema social, devendo ser implementada mediante prestações positivas do estado, está diretamente ligada ao conceito de qualidade de vida e para viver com dignidade em um legítimo Estado Democrático de Direito, todo cidadão necessita ter acesso a uma vida saudável.

E dentro de um legítimo Estado Democrático de Direito, a saúde constitui-se como um direito público subjetivo, exigível contra o Estado, posto que seu exercício e efetividade dependam de aporte de recursos materiais e humanos a serem implementados por meio de políticas públicas de saúde.

O Estado (englobando todos os entes da Federação) deve exercer um papel fundamental na implementação de políticas públicas para que o Sistema Único de Saúde funcione de forma adequada, para que todos tenham acesso a serviços de saúde de qualidade.

Embora os recursos públicos sejam escassos e as demandas crescentes e, por vezes, de forma assustadora, o Estado tem o dever de efetivar o direito à saúde, que deve ser cumprido com base nos direitos fundamentais sociais.

O direito à saúde configura o corolário do próprio direito à vida. Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do princípio da reserva do possível em detrimento do direito fundamental à saúde.

Indubitavelmente, evidencia-se que a judicialização à saúde configura um meio primordial em que o cidadão busca a efetivação de seus direitos.

O Sistema Único de Saúde representa um grande avanço no tocante às políticas públicas, vez que está baseado no financiamento público, bem como na cobertura universal das ações à saúde. Entretanto, a legislação do SUS deve ser efetivamente utilizada, fazendo com que tal lei saia do papel e seja aplicada na prática.

Verificou-se que as limitações orçamentárias não podem afastar a obrigação estatal inerente à saúde.

No Brasil, embora haja carência de recursos públicos orçamentários, o princípio da reserva do possível não poderá prevalecer sobre o direito fundamental à saúde.

Evidencia-se que a 8ª Câmara Cível, em linhas gerais, seguindo principalmente o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o posicionamento de que a saúde constitui um direito fundamental/social do indivíduo e consiste num direito-dever do Estado, prestar saúde digna e eficaz à população, no intuito de atender a todos de forma igualitária e garantindo qualidade de vida, independentemente do custo e do grau de complexidade do tratamento aspirado pela parte.

Desse modo, o Estado não pode se eximir das suas obrigações atinentes ao Direito à Saúde, devendo, no mínimo, reorganizar a destinação das verbas públicas, implementando e cumprindo as políticas públicas atinentes à saúde, favorecendo o direito à vida.

Enquanto isso, a questão da judicialização da saúde persistirá, tendo em vista a contínua e reiterada omissão do Estado em garantir uma saúde digna aos cidadãos.

Diante da omissão estatal, cabe ao cidadão recorrer às vias judiciárias em busca do reconhecimento de sua dignidade e de seus direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS E BIBLIOGRAFIA

ACHOCHE, M. S, A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 13, n. 2.102, 03.04.2009. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 24 jul. 2009.

ANDRADE, V. V. H, *Curso jurídico de Direito à Saúde*, Belo Horizonte, EJEF, 2015.

ANS, Agência Nacional de Saúde Suplementar, *Cadernos de Informações da Saúde Suplementar*, agosto de 2010.

APPIO, E, *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, Curitiba, Juruá, 2005.

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2007.

ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 4. ed. Suhrkamp, Baden-Baden, 2001.

BAHIA, L, *Sistema único de saúde*, Disponível em <<http://www.epsjv.ficruz.br.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.

BARROS, S. R. de, *Direitos Humanos, paradoxo da civilização*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003.

BARROSO, L. R, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 6. ed., São Paulo, Saraiva, 2004.

BARROSO, L. R, Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional, *In*. BARROSO, L. R, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

BARROSO, L. R, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva, direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, Disponível em <<http://www.migalhas.com.br.htm>> Acesso em 10 jan. 2013.

BISOTO JR., G.; SILVA, P. L. de B; DAIN, S. (orgs.) *Regulação do setor saúde nas Américas, as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica*. Brasília, Organização Pan-Americana da Saúde, 2006.

BONAVIDES, P, *Curso de Direito Constitucional*, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

BOTTESINI, M. A.; MACHADO, M. C, *Lei dos planos e seguros de saúde, comentada artigo por artigo*. 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

BULOS, U. L, *Curso de Direito Constitucional*, 6.ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 4. ed., Coimbra, Almedina, 2000.

CARVALHO, K.G, *Direito Constitucional*, 18. ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2012.

CASTRO, E. K, A teoria da reserva do possível e sua utilização pelo judiciário nas demandas de saúde no Brasil, *Revista de Direito*, Viçosa, v. 8, n. 01, p. 63-83, 2016. Disponível em: <<https://revistadir.ufv.br>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

CORREIA, S, Introdução ao direito à saúde, *In. Direito da saúde e bioética*, Lisboa, LEX, 1991.

COSTA, I. G, Aplicação dos princípios da reserva do possível e do mínimo existencial no fornecimento de medicamentos, *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 5. n. 54, São Paulo, IOB, jun. 2010.

CUETO, M, *O valor da saúde*, história da Organização Pan-Americana da Saúde, Trad. Vera Ribeiro, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2007

CUNHA, J.P.P.; CUNHA, R.E, Sistema Único de Saúde – SUS, princípios, *In: CAMPOS, F.E.; OLIVEIRA JÚNIOR, M.; TONON, L.M, Cadernos de Saúde, Planejamento e Gestão em Saúde*, Belo Horizonte, Coopmed, 1998, Cap. 2, p. 11-26.

DALLARI, S. G, Competência municipal em matéria de saúde, *Revista de Direito Público*, São Paulo, 1989, N. 92.

DALLARI, S. G, *Normas gerais sobre saúde, cabimento e limitações*, Disponível em: <[www.saude.caop. mp.br](http://www.saude.caop.mp.br)>. Acesso em 16 de ago. 2013.

DEOTTI, B, *et al. Evidência científica, ensino, produção e reflexão*, Rio de Janeiro, Autografia, 2017.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

DORES, C. J, *Controle judicial de políticas públicas de saúde*, Disponível em <[http://www.jus.com.br/ revista.html](http://www.jus.com.br/revista.html)> . Acesso em 19 mar 2013. p. 01.

DRESCH, R. L, A judicialização da saúde e a racionalização das decisões judiciais, *In: CANCHERINI, C.E.; SOUSA, S. L. S. e. (Orgs.). Estudos em homenagem à Desembargadora Vanessa Verdolim Hudson Andrade*, Belo Horizonte, Del Rey, 2106.

ELIAS, P. E, Estado e saúde, os desafios do Brasil contemporâneo, *Revista São Paulo em Perspectiva*, v.18 no.3 São Paulo July/Sept. 2004.

FARENA, D. V. M, *A saúde na Constituição Federal*, In: Boletim do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública, n. 4, 1997.

FIGUEIREDO, M. F. *Direito fundamental à saúde, parâmetros para sua eficácia e efetividade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

FREIRE JÚNIOR, A. B, *O controle judicial de políticas públicas*, 2004, 117 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Garantias Constitucionais Fundamentais) – Faculdades de Vitória, Vitória, 2004, Disponível em, <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098343.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2014.

GERSCHMAN, S, Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde, União Europeia e Brasil, *Revista Ciência e saúde coletiva*, v. 13, n. 5, Rio de Janeiro, Set./Out. 2008.

GRAU, E. R, *Ensaio e discurso sobre a interpretação-aplicação do direito*, São Paulo, Malheiros, 2001.

GREGORY, M. S, *Planos de saúde, a ótica da proteção do consumidor*, 2.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

HUMENHUK, H, O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais, *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 227, 20.02.2004. Disponível em, <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839.htm>>. Acesso em: 09 nov. 2010.

KUJAWA, H, *A questão da saúde no Brasil*, Disponível em <<http://www.ceadp-rs.org.br.htm>> . Acesso em 20 jul 2010.

CANUT, Letícia, *Assistência complementar à saúde X assistência suplementar à saúde*, Disponível em www.odireitosanitário.blogspot.com

LIMA, L. T. B, *Um novo modelo para o serviço público de saúde brasileiro*, Ano 10, N.

LIMA, R. S. de F, Direito à saúde e critérios de aplicação, In SARLET, I. W; TIMM, L. B (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

LIMBERGER, T.; GRISON, L, Políticas públicas de direito à saúde, a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial, *Revista Estudos Jurídicos*, ISSN Eletrônico 2175-0491, Santa Cruz do Sul, 2010.

LIPPEL, A. G., *O direito à saúde na Constituição de 1988, caracterização e efetividade*, Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br.htm>> Acesso em: 07 dez 2006.

LUCHESE, P., *Introdução, Políticas Públicas em Saúde*, Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br.htm>> Acesso em 18 mar 2013.

MACERA, A. P.; SAINTIVE, M. B., *O mercado de saúde suplementar no Brasil*, Brasília, SEAE/MF, 2004.

MAGALHÃES JR., H. M., *Regulação assistencial, a busca de novas ferramentas no SUS para enfrentar o desafio de garantir a assistência com equidade*, Belo Horizonte, Prefeitura Municipal, 2002. (Pensar BH – política social).

MAGALHÃES JR., H. M., *O desafio de construir e regular redes públicas com integralidade em sistemas privado-dependentes, a experiência de Belo Horizonte*, 2006, Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Médicas, Universidade de Campinas, Campinas.

MAGALHÃES, J. Q. de, *Direito Constitucional, Curso de Direitos Fundamentais*, 3. ed. rev. e atual, São Paulo, Método, 2008.

MARQUES, M. A. F.; SOUSA, S. L. S. E., O direito fundamental à saúde e a medicina baseada em evidências – bem como instrumento de verificação da (im)possibilidade de fornecimento da fosfoetanolamina na via judicial, *In Direito e Política Públicas III, XXV Encontro Nacional do CONPEDI*, Brasília: DF, 2016.

MARQUES, 2015, 635/636, *Direito, Constituição E Cidadania, contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio*. Disponível em <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/rma2ey1m/eO2Fy1FK8omZQ99g.pdf>>. Acesso em 14.05.2016).

MARTINS. W. *Direito à saúde*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

NASCIMENTO, Ana Franco do, *Direito à saúde deve ser visto em face do princípio da reserva do possível*, Disponível em www.conjur.com.br Acesso em 22.05.2019.

NUNES, F. P., *Pluralismo jurídico e a participação popular em saúde, do público ao privado*, Dissertação apresentada no Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, abril, 2011.

OHLAND, L., *Responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos*, v. 36, N. 1, Porto Alegre, Direito e Justiça, 2010.

ORDACGY, A. da S., *A tutela de direito de saúde como um direito fundamental do cidadão*, Disponível em <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo-saude-andre.pdf> Acesso em 02 jan. 2019.

PEREIRA, E. A.; HUSSNE, R. D. Regulação e Padrão Competitivo no Setor de Saúde Suplementar. *Revista Brasileira de Risco e Seguro*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, p. 17-36, out. 2010/mar. 2011.

PINTO, E. G. *Financiamento do Direito à Saúde e à Educação – uma perspectiva constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2017.

SAMPAIO, G. J. M. de C, *O Estado regulador*, Dissertação de mestrado apresentada na Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2007.

SARLET, I. W, *A eficácia dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2006-2007.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br.htm>> . Acesso em 20 dez 2012.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde, algumas aproximações. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_marian_a.html> Acesso em: 16 mar. 2014.

SCAFF, Fernando Facury, *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos*, Porto Alegre, Notadez, 2005.

SILVA, R. A. D. da, *Direito fundamental à saúde, o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

SILVA, Leny Pereira, *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*, Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf. Acesso em: 20 maio 2011.

SOUSA, S. L. S. E. *Direito à saúde e políticas públicas, do ressarcimento entre os gestores públicos e privados de saúde*, Belo Horizonte, Del Rey, 2015.

TAVARES, A, *Métodos e técnicas de planejamento em saúde*, Lisboa, Ministério da Saúde – Departamento de Recursos Humanos de Saúde, 1990.

URBANO, Hugo Evo Magro Corrêa, Notas sobre a efetivação do direito fundamental à saúde, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 47 n. 188 out./dez. 2010.

VIEIRA, W. M., *Direito à saúde, compêndio*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.

WEICHERT, M. A, *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.