

O MANDADO DE SEGURANÇA SANITÁRIO COMO ESPÉCIE DO GÊNERO MANDADO DE SEGURANÇA

*THE HEALTH WRIT OF MANDAMUS AS A SPECIE OF THE GENDER OF THE WRIT OF
MANDAMUS*

Bruno Bottiglieri Freitas Costa;¹

Renato Braz Mehanna Khamis.²

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento da existência do Mandado de Segurança Sanitário como espécie do gênero Mandado de Segurança. Para tanto, foi formulada a seguinte hipótese para averiguação de validade: se o Mandado de Segurança cujo objeto consiste em demandas sanitárias possui requisitos próprios, extralegais, além dos contornos constitucional e legal, os quais lhe conferem determinadas particularidades, então é possível reconhecer o Mandado de Segurança Sanitário como sendo uma espécie do gênero Mandado de Segurança. Visando atingir esse objetivo, adotou-se o método dedutivo, em pesquisa de natureza aplicada, utilizando-se o procedimento bibliográfico, pois amparado na análise de legislação, doutrina e especialmente jurisprudência disponíveis em meio impresso e eletrônico. Ao final foi possível constatar a validade da hipótese formulada reconhecendo-se a existência de requisitos próprios, extralegais, para o Mandado de Segurança que tutele matéria sanitária, bem como para a identificação da autoridade coatora.

Palavras-chave: Mandado de Segurança Sanitário. Mandado de Segurança. Direito à saúde. Gênero. Espécie.

Abstract: The present work has as objective to analyze the possibility of the recognition of the existence of a Sanitary Writ of Mandamus like specie of the genus Writ of Mandamus. For this purpose, the following hypothesis was formulated to verify validity: if the Sanitary Writ of Mandamus whose object consists of sanitary demands has its own extralegal requirements, besides the constitutional and legal contours, which give it certain peculiarities, then it is possible to recognize the Sanitary Writ of Mandamus as being a type of Writ of Mandamus. In order to achieve this objective, the deductive method was adopted, in a research of an applied nature, adopting the bibliographic procedure, as supported by the analysis of legislation, doctrine and specially jurisprudence available in print and electronic media. At the end, it was possible to verify the validity of the hypothesis formulated by recognizing the

¹ Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília. Graduado em Direito pela Universidade Santa Cecília.

² Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Saúde da Universidade Santa Cecília. Professor do Curso de Graduação em Direito da Universidade Santa Cecília. Professor Convidado do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Visiting Professor* na Nicolaus Copernicus University (Polônia).

existence of own, extralegal requirements for the writ of mandamus that covers health matters, as well as for the identification of the coercionist authority.

Keywords: Sanitary Writ of Mandamus. Writ of mandamus. Right to health. Genre. Specie.

1 INTRODUÇÃO

A saúde é um direito social garantido no artigo 6º da Constituição de 1988. Inclusive, o artigo 196 do mesmo diploma afirma que incumbe ao Estado o dever de prestação integral de serviços de assistência à saúde a todos, cidadãos brasileiros ou não.

Trata-se de um bem jurídico “base” na medida em que funciona como condição para a fruição de outros direitos (fundamentais ou não). Afinal, sem saúde, parte significativa do rol de direitos previstos no direito positivo não podem ser exercitados. Além disso a saúde é um bem jurídico volátil – porque não é constante e comporta oscilações –, sendo que os picos de “não saúde” podem rapidamente dar termo à vida. Daí o porquê da afirmação proferida pela Ministra Carmem Lúcia no sentido de que “*a dor tem pressa*” (A DOR..., 2016).

Uma vez que a Constituição Federal reconhece a saúde como bem jurídico e, mais do que isso, a prevê como direito subjetivo da pessoa humana a ser exercido em face do Estado – que possui o dever jurídico contraposto a este direito –, resta claro que de um lado existe (i) uma questão ético-sanitária referente ao valor saúde e de outro há (ii) um problema jurídico-sanitário no que tange a implementação do direito à saúde pelo Estado.

Para os fins do presente trabalho o que interessa é o problema jurídico-sanitário, o qual, por seu turno, pode ser de extensão (ii.a) material ou (ii.b) processual. Será material quando se discute a amplitude do direito à saúde constitucionalmente consagrado, porém, será processual quando tratar dos mecanismos empregados para sua efetivação pela via judicial.

Seja como for, o fato é que os problemas jurídico-sanitários que contemporaneamente assolam o Sistema Único de Saúde são notórios, tendo ocorrido um aumento exponencial das demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde. Tanto é assim que no ano de 2015 foram propostas 854.506 ações judiciais requerendo a prestação de serviços de saúde (RENOMADOS..., 2017).

Nesse diapasão, sendo o direito à saúde um direito fundamental (premissa desenvolvida no capítulo 1) que estabelece em contrapartida um dever de prestação para o Estado (premissa desenvolvida no capítulo II), surge no tocante à sua efetivação uma indagação jurídico-sanitária de extensão processual, de natureza teórica, mas com

repercussões práticas: teria o Mandado de Segurança em matéria de saúde requisitos próprios, extralegais, que seriam necessários para a concessão da ordem?

Referida questão é cientificamente relevante na medida em que a eventual existência de requisitos próprios para o Mandado de Segurança que possua como mérito questões sanitárias exigirá uma categorização distinta dentro da organização metodológica atribuída ao direito positivo. Porém, o mais interessante é que, caso a resposta à questão seja afirmativa, tratar-se-á de um fenômeno jurídico atípico, na medida em que serão reconhecidos requisitos processuais decorrentes do plano jurídico-material, e não da norma processual em vigor.

De outro plano, a questão é igualmente relevante sob o ponto de vista prático, uma vez que, caso seja reconhecida a existência de tais requisitos extralegais, com a sua consequente identificação e enumeração, estará o operador do direito amparado pelo instrumental técnico apropriado e conseguirá manejá-lo de forma mais eficiente, seja como representante de parte, seja como julgador ou ainda como mediador. Isto, por seu turno, acarretará maior efetividade ao direito fundamental à saúde tutelado pela via do *mandamus*.

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade do reconhecimento da existência do Mandado de Segurança Sanitário como espécie do gênero Mandado de Segurança. Para tanto, foi formulada a seguinte hipótese para averiguação de validade: se o Mandado de Segurança cujo objeto consiste em demandas sanitárias possui requisitos próprios, extralegais, além dos contornos constitucional e legal, os quais lhe conferem determinadas particularidades, então é possível reconhecer o Mandado de Segurança Sanitário como sendo uma espécie do gênero Mandado de Segurança.

Visando a aferição da validade da hipótese formulada adotou-se o método dedutivo, em pesquisa de natureza aplicada, vez que o seu resultado está voltado a uma aplicação concreta. Além disto, este estudo adota o procedimento bibliográfico, pois amparado na análise de legislação, doutrina e jurisprudência disponíveis em meio impresso e eletrônico.

2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A saúde é instituída pela redação dos artigos 6º e 196 da Constituição como um direito fundamental social, sendo dever do Estado garanti-la “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”. Nesse sentido, pontua José Cretella Junior que:

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. (1993, p. 4332-4334)

Essa responsabilidade pública sanitária instituída pelo texto constitucional de 1988 foi originalmente extraída da Constituição da Organização Mundial da Saúde em 1946, devidamente assinada e ratificada pelo Brasil que, em seu preâmbulo, dispõe sobre a responsabilidade dos governos pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas.

Muitas Constituições Estaduais também replicam estes preceitos. Vide que o artigo 219 da Constituição Estadual de São Paulo determina que a saúde é direito de todos e dever do Estado, instituindo ainda que os Poderes Públicos Estadual e Municipal garantirão o direito à saúde mediante atendimento integral do indivíduo, abrangendo a promoção, preservação e recuperação de sua saúde.

Após priorizar a saúde como um direito social e fundamental, a Constituição de 1988 estabeleceu um modelo de organização para colocar em prática tais preceitos, edificando o Sistema Único de Saúde – SUS, que é competente por todas as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado em território nacional.

O Sistema Único de Saúde, regulado pela Lei Federal nº 8.080 de 1990, tem como princípios a universalidade de acesso aos serviços de saúde, a integralidade da assistência médica e a equidade da atenção à saúde, estabelecendo diretrizes para a prestação de serviço médico digno de qualidade e também efetivo.

Em que pese tantas normas apontarem para a prestação de um serviço bem-sucedido ou, no mínimo, benévolo, o Estado vem sucessivamente falhando no âmbito de suas atribuições, utilizando como escusa a insuficiência de fundos para deixar de promover os serviços médicos que lhe incumbem.³

³ Essa tese vem sendo rechaçada pelos Tribunais pátrios: “A saúde é direito público subjetivo que não pode ficar sujeito e à mercê de programas restritivos de governo. O reiterado descumprimento da obrigação sob escusa de falta de recursos orçamentários e financeiros não exime o Estado de sua missão e responsabilidade constitucional” (TJSP. 12ª Câmara de Direito Privado, REEX nº 1000589-29.2015.8.26.0590, 2016).

No entanto, atualmente restam superados os óbices burocráticos e/ou orçamentários suscitados pela Administração Pública. Isto porque, segundo o Supremo Tribunal Federal, as normas constitucionais de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde, possuem caráter cogente e vinculante e, portanto, são coercitivas:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado Brasileiro – não pode converter-se em promessa institucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever por um gesto de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (STF, Segunda Turma, RE 267.612- RS, 2000)⁴

Nesses termos, diante da previsão constitucional, a Corte Suprema entende que todos os entes da Federação têm o dever de zelar pela adequada assistência à saúde da população. Portanto, é do direito objetivo que surge o direito subjetivo à exigência de uma prestação sanitária em face do Estado.

3 O DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE

Em sua teoria pura do direito, em uma perspectiva estritamente dogmática, Hans Kelsen conceitua o direito objetivo como sendo o conjunto de normas estatuídas pelo Estado. Trata-se de normas imperativas que impõem deveres a determinados sujeitos.

Já o direito subjetivo, por sua vez, é mero reflexo desse dever imposto pelo direito objetivo. Nesta linha, o autor inverte a ótica contemporânea das relações jurídicas, determinando que o dever é o elemento principal de uma relação jurídica, e não o direito:

Se se designa a relação do indivíduo, em face do qual uma determinada conduta é devida, com o indivíduo obrigado a essa conduta como “direito”, este direito é apenas reflexo daquele dever. Este conceito de um direito subjetivo que apenas é o simples reflexo de um dever jurídico, isto é, o conceito de um direito reflexo, pode, como conceito auxiliar, facilitar a representação da situação jurídica. (KELSEN, 1998, p. 90)

⁴ No mesmo sentido vide: STF, Ag. Reg. na STA nº 223-PE. Relator: Ministro Celso de Mello, 2008.

O ordenamento jurídico brasileiro, como visto anteriormente, prevê expressamente o dever do Estado de promover a saúde em todo território nacional de forma digna, igualitária e efetiva. Nota-se claramente a situação em que o direito objetivo impõe um dever a determinado sujeito – o Estado – em face de outro – a população.

Essa imposição, consequentemente, implica na existência de um direito subjetivo à saúde, o qual garante a prestação de serviços médicos dignos e de qualidade por parte do Estado. Desta forma, da violação do direito subjetivo à saúde nasce a pretensão do sujeito de requerer o adimplemento da obrigação estatal.

Entretanto, Hans Kelsen explica que a pretensão, por si só, não é apta a viabilizar uma reclamação judicial.⁵ Deverá a norma conferir poder jurídico a esse direito reflexo do sujeito lesado, ou seja, instituir a possibilidade jurídica de fazer valer por meio de uma ação o cumprimento forçado desse dever imposto ao Estado.

Dessa forma, quando violado o direito reflexo de um dever jurídico, se prevista a possibilidade jurídica de reclamar seu adimplemento, estar-se-á diante da figura do direito subjetivo em sentido técnico, como ressalta o jurista:

É o poder jurídico conferido para fazer valer o não-cumprimento de um dever jurídico. O exercício deste poder jurídico é exercício de um direito no sentido próprio da palavra. Este exercício do direito é que já não está predeterminado na conduta que forma o conteúdo do dever cujo não-cumprimento se faz valer através do exercício do poder jurídico. No uso tradicional da linguagem – como já se notou – costuma-se, no entanto, designar como exercício de um direito uma outra conduta do indivíduo em face do qual existe o dever jurídico, a saber, a conduta que está em correspondência com a conduta prescrita e que já nesta se encontra predeterminada. É o exercício do direito reflexo. (KELSEN, 1998, p. 95)

Nesses termos, a essência do direito subjetivo reside na existência de uma norma jurídica (direito objetivo) que confira ao sujeito de direito o poder de fazer valer, por meio de uma ação judicial, o não cumprimento de um dever jurídico. Note-se que, para Hans Kelsen, todo direito subjetivo confere ao seu titular o direito de ação contra aquele que possui o dever jurídico que lhe é contraposto, pois, do contrário, não se encaixará no conceito dogmático de direito subjetivo.

4 O DIREITO DE AÇÃO E AS ESPÉCIES DE TUTELA JURISDICIONAL

Conforme demonstrado, existe uma relação íntima na dogmática jurídica entre direito

⁵ “Uma ‘pretensão’ a ser sustentada num ato jurídico apenas existe quando o não-cumprimento do dever se possa valer através de uma situação judicial.” (KELSEN, 1998, p. 102)

subjetivo e direito de ação. Tanto é assim que Hans Kelsen, ao mencionar o direito subjetivo como um bem jurídico tutelado pelo direito objetivo, acaba por descrever o direito de ação:

O credor é pela ordem jurídica autorizado a intervir, isto é, ele tem o poder jurídico de intervir na produção da norma jurídica individual da decisão judicial através da instauração de um processo, para assim fazer valer o não-cumprimento do dever jurídico que o devedor tem de lhe fazer uma determinada prestação. (ibid., p. 92)

Afinal, a autorização jurídica conferida ao detentor de um direito subjetivo de socorrer-se do Poder Judiciário quando tiver o seu direito ameaçado ou violado, inibindo a agressão, se esta for vigente, ou restituindo a situação ao *status quo ante*, configura o direito de ação. Nas palavras Moacyr Amaral Santos, “*é o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto*” (SANTOS, 1999, p. 159).

Note-se que o ordenamento jurídico brasileiro contempla o direito de ação no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988, ao estabelecer que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Destarte, a legislação pátria não apenas valida o direito de reclamar a desobediência ao dever contraposto ao direito subjetivo, como também estabelece mecanismos processuais específicos pelos quais será prestada a tutela jurisdicional.

Todavia, a tutela jurisdicional divide-se pela sua natureza em duas espécies: tutela padrão e tutela emergencial. A primeira possui caráter definitivo, e por este motivo requer a mais ampla certeza por parte do Juízo para ser exercida. Ricardo Florêncio Souza destaca:

No sistema brasileiro, a tutela padrão só é outorgada em definitivo ao autor quando a decisão final também se tornar definitiva (após se esgotarem os recursos cabíveis), ou seja, quando ocorrer a coisa julgada material sobre a decisão final que reconhece o direito do autor. (SOUZA, 2013, p. 11)

Entretanto, há casos em que a lesão ou ameaça ao direito subjetivo é contemporânea, e não poderá o detentor do direito esperar o esgotamento da cognição, sob pena de perecimento do direito ou de inutilização da própria prestação jurisdicional. Tais casos demandam a tutela emergencial. De acordo com o autor supracitado, estas situações de perigo não permitem ao Judiciário passar muito tempo analisando a existência do direito, pois o tempo depõe contra a eficácia e/ou a existência do direito. Mesmo sem a certeza absoluta da existência do direito é necessário outorgar-lhe uma proteção.

Para atender as particularidades desta espécie de tutela o direito brasileiro instituiu ferramentas jurídico-processuais que atendem justamente às suas peculiaridades, as quais são

decididas em sede de cognição sumária, podendo antecipar os efeitos da tutela final pretendida desde que observados os pressupostos legais.

Não obstante a existência de outros instrumentos processuais, o foco do presente trabalho consiste na análise do Mandado de Segurança Sanitário e, portanto, no tocante às tutelas padrão e emergencial, a análise se restringirá a decisão de mérito e às medidas liminares do *mandamus*.

5 MANDADO DE SEGURANÇA SANITÁRIO

Previsto no inciso LXIX do artigo 5º da Constituição de 1988 e regulamentado pela Lei nº 12.016/2009 o Mandado de Segurança protege direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

O mandado de segurança, segundo Hely Lopes Meirelles, é uma ação civil de rito sumário especial destinada a afastar ofensa a direito subjetivo individual ou coletivo, privado ou público, por meio de ordem corretiva ou impeditiva da ilegalidade, ordem esta a ser cumprida especificamente pela autoridade coatora, em atendimento a notificação judicial. (MEIRELLES, 2008, p. 35)

Esse remédio constitucional vem sendo utilizado recorrentemente como via para persecução de tratamentos médicos emergenciais e para a obtenção de medicamentos, não só por agasalhar o direito constitucional à saúde, mas também pela celeridade e eficácia do seu rito processual, ante a previsão legal para concessão da ordem *in limine*⁶ contida no inciso III do artigo 7º da lei de regência.

Em que pese ser recorrente sua utilização, poucos impetrantes se atêm aos requisitos essenciais para o deferimento do pedido liminar, que são a liquidez e certeza do direito almejado.

Atente-se que o conceito de “direito líquido e certo” é rotineiramente mal interpretado pelos operadores do direito que, de forma equivocada, entendem que tais características são atinentes ao direito subjetivo à saúde quando, na realidade, referem-se à carga probatória do alegado na peça inicial mandamental, como bem esclarecido por Sepúlveda Pertence:

⁶ Medida liminar é provimento cautelar admitido pela própria lei de mandado de segurança quando sejam relevantes os fundamentos da impetração e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da ordem judicial, se concedida ao final. (MEIRELLES, 2008, p. 83).

O “direito líquido e certo”, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante e não à procedência desta matéria de mérito. (STF, Tribunal Pleno, AgRg no MS nº 21.243, 1990)

Ainda sobre o direito líquido e certo, Celso Agrícola Barbi faz ponderações relevantes:

Como se vê, o conceito de direito líquido e certo é tipicamente processual, pois atende ao modo de ser de um direito subjetivo no processo: a circunstância de um determinado direito subjetivo realmente existir não lhe dá a caracterização de liquidez e certeza; está só lhe é atribuída se os fatos em que se fundar puderem ser provados de forma incontestável, certa, no processo. E isto normalmente se dá quando a prova for documental, pois esta é adequada a uma demonstração imediata e segura dos fatos. (BARBI, 2000, p. 53)

Isso posto, resta claro não se tratar de certeza e liquidez do direito subjetivo à saúde no plano abstrato. Pelo contrário, trata-se da demonstração fático-probatória *in concreto* da existência do direito e do dever correspondente a determinada prestação, sem a qual não poderá ser concedida a decisão concessiva de medida liminar.

Nesse sentido, o ilustre Pontes de Miranda destaca a intensidade da prova, “*que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações, que é, de si mesmo, concludente e inconcusso*” (MIRANDA, 1995, p. 65).

Essa robustez probatória “pré-impetração” está em estrita consonância com a celeridade do rito mandamental, o qual não admite dilação probatória, exigindo que todas as provas sejam pré-constituídas, conforme já sedimentado pelo Supremo Tribunal Federal:

A disciplina ritual da ação de mandado de segurança não admite dilação probatória. O mandado de segurança qualifica-se, em seus aspectos formais, como verdadeiro processo documental, em que incumbe ao impetrante do “writ” produzir a prova literal pré-constituída pertinente aos fatos subjacentes à pretensão de direito material deduzida. (STF, Primeira Turma. RMS nº 21438-DF, 1994)

Pois bem, seja qual for o objeto do *mandamus* é necessária a comprovação de plano, no ato da impetração, da violação do direito líquido e certo.

Contudo, em se tratando de matéria sanitária é possível extrair requisitos comuns a todos os casos, os quais sempre deverão ser preenchidos para que o *writ* tenha a robustez probatória exigida por lei. Tais requisitos foram abstraídos da jurisprudência dos Tribunais

pátrios, com especial destaque para a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal (2009).⁷

No caso referido a tutela antecipada foi concedida em primeira instância, mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, bem como pelo Supremo Tribunal Federal, por reconhecer a existência de robusta prova pré-constituída em função da observância dos seguintes requisitos: (i) a paciente era portadora de “Niemman-pick tipo c”; (ii) o remédio pleiteado era o único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida da paciente com alguma qualidade; (iii) comprovação da negativa por parte do Estado; (iv) demonstração das consequências daquela doença neurodegenerativa.

De outro lado o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu no Tema de Recurso Repetitivo nº 106, original ano julgamento do RESP 1657156/RJ, que a concessão de medicamento ausente na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME exige a comprovação (i) por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) da incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) da existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Perceba-se que a tese assentada pelo Superior Tribunal de Justiça no Tema supracitado possui praticamente a mesma estrutura probatória exigida pelo Supremo Tribunal Federal na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.

Note-se que, com a ressalva das especificidades de cada caso, é possível identificar nas decisões proferidas nos Mandados de Segurança em matéria sanitária requisitos que se repetem e que, portanto, serão sempre necessários para a comprovação da liquidez e da certeza da faceta do direito à saúde violado.

Desta forma, é possível identificar que o sujeito que busca a concessão de medida liminar – e de posterior procedência da ação – precisa instruir a exordial com documentos que comprovem de plano: (i) ser ele portador da patologia; (ii) a necessidade do medicamento e/ou tratamento médico;⁸ (iii) a negativa do Estado em fornecer o medicamento e/ou

⁷ O caso em questão trata do quadro clínico de uma jovem de 21 anos portadora da patologia denominada “Niemman-pick tipo c”, doença neurodegenerativa rara que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas. Destarte, pleiteou-se antecipadamente o fornecimento de um medicamento que poderia possibilitar um aumento de sua sobrevida bem como uma melhor qualidade de vida à paciente.

⁸ No tocante a este requisito é preciso frisar que o Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que “o profissional da rede privada goza da mesma credibilidade que o médico da rede pública, até por estar mais próximo ao paciente e conhecedor de sua realidade e do quadro clínico a que esta acometido, sendo seu laudo

tratamento médico; (iv) a consequência do não fornecimento imediato do medicamento e/ou do tratamento médico. Não fosse suficiente, no caso de medicamento e tratamento médico não contemplados na lista do Sistema Único de Saúde – SUS, para cujas enfermidades existam outros tratamentos e medicamentos contemplados, deverá o impetrante ainda comprovar (v) o porquê do medicamento e/ou do tratamento médico disponível não ser adequado para atendê-lo.

Como se percebe, no Mandado de Segurança Sanitário os requisitos (i), (ii), (iii) servem para demonstrar o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), enquanto o número (iv) se presta a demonstrar o *periculum in mora* (perigo da demora), essenciais para garantir êxito no pleito sanitário. No caso do requisito (v), trata-se de demanda específica, compatível apenas com determinadas questões (causas de pedir) do Mandado de Segurança Sanitário, representando autêntico fator de *discrímen* a ser utilizado para a apreciação do *fumus boni iuris*.

Cumpra-se ainda para duas peculiaridades próprias do caso: a primeira consiste no fato de que os requisitos apontados são exigíveis apenas aos *mandamus* impetrados com base na matéria sanitária, perfazendo um rol de exigências que se soma às exigências legalmente estabelecidas; a segunda diz respeito ao fato de tratar-se de um fenômeno jurídico *sui generis*, uma vez que trata-se de exigência processual, extralegal, decorrente da matéria objeto do *writ*, e não de regra processual decorrente de lei, norma geral e abstrata, aplicável a qualquer caso independentemente do objeto.

Daí, portanto, tais requisitos são essenciais para o manejo do Mandado de Segurança Sanitário. Afinal, caso não seja possível fazer prova documental pré-constituída de qualquer destes requisitos, então não se estará diante de hipótese de cabimento do *mandamus*, e sim de ação cível de rito comum. Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

MANDADO DE SEGURANÇA. Direito líquido e certo. I - Amparar o pleito exarado na via do “*writ of mandamus*”, o direito deve exsurgir límpido e inquestionável, sem qualquer sombra de dúvida. II - Se tal não há remete-se o impetrante às vias ordinárias, onde é possível a produção de provas. III- Provimento do recurso. Segurança cassada. (STJ, Primeira Turma. RESP nº 1479-GO, 1990)

É inegável que existirão situações concretas em que a aferição do direito pleiteado exigirá dilação probatória mais ampla, incompatível com o remédio em questão. Isto,

apto a sustentar o direito do paciente” (REsp 1682973/RJ, Rel. Ministro O.G. Fernandes, Segunda Turma, julgado em 05/06/2018, DJe 11/06/2018).

contudo, não afasta a possibilidade de imprecisão de Mandado de Segurança em demandas sanitárias, conforme já sedimentou o Superior Tribunal de Justiça:

É certo que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acolhe a possibilidade de mobilizar o direito à saúde para outorgar o fornecimento de medicamentos e de equipamentos; contudo, é certo que algumas situações requerem a produção de provas para que haja o aprofundado de debate judicial sobre o direito postulado, o que é impossível na via do mandado de segurança. (RMS 47.265/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, DJe 09/05/2016)⁹

Frise-se, também, que nos casos de substituição de medicamento ou tratamento prescrito o Superior Tribunal de Justiça sedimentou entendimento no sentido do não cabimento do Mandado de Segurança, ante a impossibilidade de preenchimento dos requisitos supracitados, vez que insuficientes para a comprovação da liquidez e da certeza do direito, bem como por inviabilizar o contraditório:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem precedentes no sentido de que o debate sobre a substituição de medicamentos demanda contraditório aos laudos juntados, com a produção de contraprovas, o que torna inadequada a via do mandado de segurança, por dilação probatória. (RMS 46.393/RO, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2014, DJe 30/10/2014)¹⁰

Outro ponto que merece destaque no tocante ao Mandado de Segurança Sanitário diz respeito à legitimidade passiva, pois é recorrente a alegação de ilegitimidade de parte pelos impetrados, especialmente quando aduzem que o medicamento e/ou tratamento é de competência de outro ente federativo, e não daquele a que pertence o impetrado.

Nesse tocante a Quarta Audiência Pública do Supremo Tribunal Federal (2009) superou a discussão sobre a legitimidade ao definir o que segue:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na responsabilidade solidária para responder demandas na área da saúde. (...) Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional.

⁹ No mesmo sentido vide: AgRg no RMS 46.373/RO, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23.4.2015; RMS 46.393/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 30.10.2014.

¹⁰ No mesmo sentido vide: AgRg no RMS 34.545/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23.2.2012; e RMS 30746/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 6.12.2012.

Referido entendimento passou, então, a ser regularmente aplicado pelos Tribunais pátrios, com especial destaque para o Superior Tribunal de Justiça, que desde então passou a adotar referido entendimento de forma unânime:

O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de demanda que objetiva garantir o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. (REsp 1614636/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016)¹¹

Isso posto, como a lei que regula o Mandado de Segurança disciplina a necessidade de indicar a autoridade coatora,¹² e diante da responsabilidade solidária dos entes da federação, sedimentou-se que o Secretário de Saúde – nos âmbitos estadual e municipal – e o Ministro da Saúde – no plano federal – são as autoridades coadoras que devem figurar no polo passivo da ação mandamental. Este, inclusive, é o entendimento uníssono do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO EM UTI. LEGITIMIDADE DO SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE.PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de reconhecer a legitimidade de Secretário de Saúde de Estado para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com a finalidade de obter medicamento ou tratamento médico adequado, por considerar sobretudo a relevância do bem jurídico sob risco. Precedentes.

2. Recurso em mandado de segurança provido. (RMS 52.446/DF, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/05/2017, DJe 19/05/2017)¹³

Dessa forma, é possível identificar que, além do objeto consistir violação de acesso ao direito fundamental à saúde, o Mandado de Segurança detentor de causa de pedir em matéria sanitária possui requisitos específicos (i a iv [ou v]) que devem ser comprovados para fins de caracterização de prova pré-constituída, seja para fins de admissibilidade ou para concessão de medida liminar.

Não fosse suficiente, demonstrou-se a ampliação do rol de autoridades coadoras em matéria de saúde, mormente em decorrência do reconhecimento judicial da competência

¹¹ No mesmo sentido vide: AgRg no Ag 1.194.807/MG, DJe 01/07/2010; AgRg no Ag 1107526/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, 29/11/2010.

¹² Nesse sentido considera-se autoridade coatora “Aquela que detém, na ordem hierárquica, poder de decisão e é competente para praticar atos administrativos decisórios, os quais, se ilegais ou abusivos, são suscetíveis de impugnação por mandado de segurança quando ferem direito líquido e certo” (MEIRELLES, 2005, p. 63-64).

¹³ No mesmo sentido vide: RMS 39.812/RO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/02/2013; RMS 23.184/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 19/03/2007.

concorrente em demandas sanitárias, o que, por seu turno, define regras específicas para a identificação da autoridade coatora nos *mandamus* cujo objeto consista no acesso ao direito à saúde.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é possível concluir que, ainda que sujeito às regras gerais (constitucionais e legais) do Mandado de Segurança, quando diante de matéria sanitária o *mandamus* apresenta requisitos próprios, seja para fins de constituição de prova pré-constituída, seja para a definição da autoridade coatora.

Importante frisar que referidos requisitos podem ser pontualmente enumerados para fins de confirmação da hipótese e para melhor orientação do operador do direito. São eles: (i) ser o impetrante portador da patologia; (ii) a necessidade do medicamento e/ou tratamento médico; (iii) a negativa do impetrado em fornecer o medicamento e/ou tratamento médico; (iv) a consequência do não fornecimento imediato do medicamento e/ou do tratamento médico. Não fosse suficiente, no caso de medicamento e tratamento médico não contemplados na lista do Sistema Único de Saúde – SUS, para cujas enfermidades existam outros tratamentos e medicamentos contemplados, deverá o impetrante ainda comprovar (v) o porquê do medicamento e/ou do tratamento médico disponível não ser adequado para atendê-lo. Cumpre frisar que, para fins de liminar, os requisitos i, ii, iii e v se prestam a demonstrar a fumaça do bom direito enquanto o requisito iv demonstra o perigo na demora. Porém, no mérito, o direito do impetrante deve ser comprovado de plano pelos requisitos i, ii, iii e v.

Note-se que referidos requisitos são exigíveis em todos os *mandamus* que versem especificamente sobre a efetivação do direito à saúde. Trata-se de requisitos essenciais para a concessão da ordem e da liminar, sem os quais não há como se fazer a prova pré-constituída naqueles casos. Este rol de requisitos, próprio do Mandado de Segurança em matéria sanitária, diferencia-o dos remédios de mesma espécie empregados quando diante de outras matérias. Tais particularidades são um *plus* que o particularizam quando comparado ao demais.

Mais do que isso, pode-se identificar a ocorrência de um fenômeno jurídico *sui generis*. Afinal, reconheceu-se a existência de requisitos processuais, extralegais, instituídos como exigência probatória para todos os casos da espécie, mas decorrentes da matéria que constitui o objeto da ação, e não das normas processuais vigentes.

Desta forma, é possível concluir pela validade da hipótese formulada, e que, portanto, o Mandado de Segurança Sanitário é uma espécie do gênero Mandado de Segurança. Afinal,

se de um lado ele possui os requisitos para o seu enquadramento dentro daquele gênero, de outro possui elementos diferenciadores que permitem destacá-lo dos demais.

REFERÊNCIAS

“A DOR tem pressa”, diz presidente do CNJ ao abrir oficina sobre saúde. *Conselho Nacional de Justiça*, 07 nov. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83799-a-dor-tem-pressa-diz-presidente-do-cnj-ao-abrir-oficina-sobre-saude>. Acesso em: 19 jul. 2017.

BARBI, C. A. *Do Mandado de Segurança*. 9. ed. [S.l.]: Forense, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.016 de 7 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Lei nº 12.153 de 22 de dezembro de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Recurso Especial nº 1479 GO*. Relator: Min. Pedro Acioli, 7 de maio de 1990. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/597228/recurso-especial-resp-1479-go-1989-0012026-3/inteiro-teor-100355100>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 21.243*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 12 de setembro de 1990. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8573083182>, p. 341. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). *Recurso em Mandado de Segurança nº 21438-DF*. Relator: Min. Celso de Mello, 19 de abril de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14706251/recurso-em-mandado-de-seguranca-rms-21438-df?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). *Recurso Extraordinário nº 267.612-RS*. Relator: Min. Celso de Mello, 2 de agosto de 2000, Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825430/recurso-extraordinario-re-267612-rs-stf>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). *Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança nº 40485-RO*. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 11 de abril de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23100713/agravo-regimental-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-agrg-no-rms-40485-ro-2013-0006392-6-stj?ref=juris-tabs>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Agravo Regimental na Suspensão da Tutela Antecipada nº 223-PE*. Relator: Min. Celso de Mello, 14 de abril de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630062>. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 CE*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 16 de junho de 2009. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=175&classe=STA-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 28 out. 2017.

JUNIOR, J. C. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. [S.l.]: Forense Universitária, 1993. v. 8.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de Segurança*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Mandado de Segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, P. D. *Comentários à Lei do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

RENOMADOS professores discutem papel do Ministério Público na efetivação do direito sanitário. *Ministério Público do Estado do Paraná*, 23 mai. 2017. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=7482&tit=Renomados-professores-discutem-papel-do-Ministerio-Publico-na-efetivacao-do-direito-sanitario>. Acesso em: 19 jul. 2017.

SANTOS, M. A. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SÃO PAULO. *Constituição (1988)*. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/StaticFile/documentacao/cesp_completa.htm. Acesso em: 28 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (12ª Câmara de Direito Privado). *Reexame Necessário nº 1000589-29.2015.8.26.0590*, 27 de abril de 2016.

SOUZA, R. F. R. D. *Tutelas de urgência*: análise das tutelas emergenciais do Novo Código de Processo Civil. Fortaleza: Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *4ª Audiência Pública*, 28 abr. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2017.