

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n.
0302355-11.2014.8.24.0054/50000, de Rio do Sul
Relator: Desembargador Ronei Danielli

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVA – IRDR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS E TERAPIAS PELO PODER PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE FÁRMACOS PADRONIZADOS DOS NÃO COMPONENTES DAS LISTAGENS OFICIAIS DO SUS. NECESSÁRIA REPERCUSSÃO NOS REQUISITOS IMPRESCINDÍVEIS AO NASCIMENTO DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DO ESTADO.

1. Teses Jurídicas firmadas:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o

fornecimento dos fármacos não padronizados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0302355-11.2014.8.24.0054/50000, da comarca de Rio do Sul Vara da Faz. Pública, Ac. do Trabalho e Reg. Pub. em que é Requerente Estado de Santa Catarina e Requerido Luiz Carlos da Silva.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria dos votos, julgar o IRDR, nos seguintes termos: 1. Teses Jurídicas firmadas:

1.1 Para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS, devem ser conjugados os seguintes requisitos: (1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção pela via administrativa (Tema 350 do STF).

1.2 Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento não padronizado pelo SUS, são requisitos imprescindíveis: (1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.

2. Aplicação ao caso concreto:

2.1 Recursos do Município e do Estado conhecidos e parcialmente providos para excluir da condenação o fornecimento dos fármacos não padronizados.

Vencido o Des. Ricardo Roesler, apenas no ponto 1.1 (2).

Participaram do julgamento, realizado nesta data: Exmo. Sr.

2

Gabinete Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Sérgio Baasch Luz, Exmo. Sr. Desembargador César Abreu, Exmo. Sr. Desembargador Cid Goulart, Exmo. Sr. Desembargador João Henrique Blasi, Exmo. Sr. Desembargador Jorge Luiz de Borba, Exmo. Sr. Desembargador Luiz Fernando Boller, Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Roesler, Exmo. Sr. Desembargador Carlos Adilson Silva, Exmo. Sr. Desembargador Edemar Gruber, Exmo. Sr. Desembargador Paulo Ricardo Bruschi.

Presidiu a sessão de julgamento, com voto, o Exmo. Sr. Desembargador Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 09 de novembro de 2016.

Desembargador Ronei Danielli
Relator

RELATÓRIO

Luis Carlos da Silva promoveu, perante a Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Rio do Sul, ação de obrigação de fazer contra o Estado de Santa Catarina e o Município de Agronômica, objetivando o fornecimento dos medicamentos *Vildagliptina + Metformina (GalvusMet)*, *Levotiroxina*, *Ezetimiba + Sinvastatina* e *Carvedilol*, por ser portador de *Diabetes Melito* Tipo II (CID 10:E11 e E 10.5), hipertensão, dislipidemia e hipotireoidismo.

Deferida a antecipação de tutela, foi determinada a distribuição gratuita dos fármacos especificados na petição inicial e possibilitado o sequestro de valores no caso de descumprimento.

Citado, o Município invocou, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu inexistir orçamento para custear as substâncias excepcionais. Pugnou, ao final, pela realização de prova testemunhal e pericial.

O ente estatal, por seu turno, defendeu, preliminarmente, a ausência de interesse de agir quanto aos fármacos Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida porquanto fornecidos pelo Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica. No mérito, sustentou a impossibilidade de fornecimento de medicação distinta da padronizada nos programas oficiais, havendo alternativa terapêutica disponibilizada pelo SUS. Argumentou, ainda, a incompatibilidade da receita médica emitida por profissional particular com a Recomendação da COMESC n. 01 de 30.07.2012, a indispensabilidade da realização de perícia, a falta de provas quanto à hipossuficiência do postulante e necessidade da fixação de contracautela.

Realizado o exame pericial, o Magistrado Edison Zimmer julgou procedente o pedido para, ratificando a liminar, condenar os réus ao fornecimento dos insumos, sob pena de "*multa mensal no valor equivalente a dois meses de uso dos medicamentos, a serem adquiridos nas farmácias da*

região, valor este que será sequestrado dos cofres [...], mediante comprovação dos gastos". Fixou, a título de contracautela, as seguintes medidas: I) o fornecimento dos fármacos ao paciente ou a familiar autorizado; II) a obrigação do autor informar seu endereço residencial e de escritório do seu advogado ao setor administrativo onde recebe os medicamentos; III) comunicar a alteração do domicílio, bem como noticiar imediatamente a interrupção ou suspensão do tratamento, devendo devolver a medicação excedente recebida. Possibilitou aos requeridos exigir a comprovação da necessidade dos remédios, a cada quadrimestre. Por fim, condenou-os ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), sendo 50% para cada demandado.

Irresignado, o Estado apelou, apontando a ausência de interesse de agir quanto aos medicamentos padronizados, aduzindo, quanto aos demais, que o requerente possui rendimentos suficientes para arcar com seu custo, não tendo se desincumbido do seu ônus de comprovar sua hipossuficiência, a teor do art. 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Por fim, pugnou pelo prequestionamento dos dispositivos legais debatidos.

Apelou também o Município, alegando não possuir recursos suficientes para atender à condenação solidária, apontando a escassez de suas receitas e as prioridades sociais a que se sujeita.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Egrégia Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exm^a. Sr^a. Dr^a. Gladys Afonso, opinando pelo conhecimento e desprovemento da remessa e do recurso voluntário do Estado.

O processo foi retirado de pauta, tendo em vista conter no âmago da discussão questão altamente polêmica, revelando a pesquisa jurisprudencial nesta Corte certa discrepância entre seus órgãos fracionários.

Com isso em mente, no intuito de evitar mais decisões conflitantes,

optou-se por afetar o presente julgamento ao Grupo de Câmaras de Direito Público a fim de viabilizar o enfrentamento da questão de fundo trazida pelo recurso, uniformizando-a.

Admitido o processamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, na sessão de julgamento de 11 de maio de 2016, deu-se cumprimento ao disposto nos artigos 979, 982 e 983 do Código de Processo Civil, suspendendo todos os processos pendentes (individuais e coletivos) versando sobre a temática e intimando o Ministério Público, assim como as partes, para as respectivas manifestações.

Em tempo, oficiou-se, com cópias do despacho e do acórdão autorizativo da instauração do IRDR, as entidades a seguir relacionadas, facultando-lhes a ampla participação no debate, mediante juntada de documentos, requisição de diligências ou mesmo indicação de especialistas na eventualidade de futura realização de Audiência Pública: Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina; Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina; Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina (OAB/SC); Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina; Programa de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon de Santa Catarina; Federação Catarinense de Municípios – FECAM; Associação Catarinense de Medicina (ACM); Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco; Associação de Defesa dos Usuários de Seguro, Planos e Sistema de Saúde – Aduseps; Rede Humaniza SUS – RHS; Associação dos Usuários do Sistema Único de Saúde – ASSUS.

Registre-se, nos termos da certidão de fl. 86, não ter sido possível oficializar a ASSUS, por inexistir endereço físico, tampouco ser viabilizado contato em seu endereço virtual.

Da ciência dada aos mencionados organismos públicos e privados, resultaram diversas manifestações relevantes, as quais serão oportunamente

analisadas em conjunto com as proposições adiantadas por este relator no encaminhamento do presente incidente.

Importante esclarecer que pelo teor das intervenções não fora identificada a necessidade de realização da Audiência Pública inicialmente idealizada, notadamente por se demonstrar a discussão de natureza eminentemente jurídica e por se tratar de tema urgente de resolução tanto para a sociedade civil quanto para os entes públicos.

O Estado de Santa Catarina apresentou manifestação (fls. 91/93), reiterando a tese da imprescindibilidade da demonstração de carência financeira não apenas do requerente, mas de seu ente familiar, de modo a inviabilizar o custo do tratamento ou insumo perseguido. Justifica sua postura no cumprimento dos princípios da eficiência na gestão do dinheiro público e da razoabilidade, apontando que deve ser priorizada a destinação dos escassos recursos públicos às pessoas realmente necessitadas. Ainda, sustenta a relevância de realização de estudo social como único meio hábil a aferir a hipossuficiência financeira do enfermo e de seu grupo familiar. Em suma, para o Estado, inexistindo comprovação de carência financeira da parte autora e do seu ente familiar o pleito de tratamento de saúde no âmbito público deve ser indeferido.

Por sua vez, a Federação Catarinense de Municípios - FECAM, manifestou-se (fls. 95/105) no sentido do encaminhamento dado pelo relator, sobretudo quanto ao caráter coletivo da saúde pública, devendo, pois, ser objeto de políticas voltadas à implementação de modo a prestigiar a universalidade e igualdade das ações, cientes de que o Sistema Único não possui condições de atender tudo a todos os cidadãos. Diante disso, concluiu que as ações individuais que buscam a dispensação de medicamentos não padronizados pelo SUS devem vir acompanhadas da devida comprovação de hipossuficiência do requerente, bem como de Formulário (elaborado pelo COMESC) que demonstre o esgotamento das alternativas protocolares à condição apresentada.

De outro vértice, a Associação Brasileira de Saúde Coletiva – ABRASCO – ofertou manifestação em resposta ao ofício recebido, pretendendo ver prevalecer no julgamento do IRDR a tese de que por ser o acesso à saúde direito universal e igualitário não se pode distinguir entre os cidadãos, ainda que seja em razão da situação econômica. Entende que a Lei Orgânica da Saúde n. 8080/90, reafirmando o texto constitucional do artigo 196, estabelece ser a saúde um direito fundamental do ser humano, competindo ao Estado a promoção das condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Com base nessas premissas, defende que não se pode ofertar "*terapia fracionada de procedimentos ou medicamentos para pacientes que estejam sob tratamento e responsabilidade de de profissionais que não pertencem ao SUS*" (fl. 120), da mesma forma que a assistência farmacêutica, como parte importante da assistência terapêutica integral, compreendendo "*o fornecimento ao paciente que está sob tratamento em órgãos e entidades do SUS, do medicamento que lhe foi receitado pelo profissional de saúde do SUS*" deve ser disponibilizado, "*dentre aqueles padronizados*" (fl. 120).

Por fim, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina – OAB/SC, representada por seu presidente, Paulo Marcondes Brincas, ingressou no feito na qualidade de *amicus curiae*, manifestando seu entendimento acerca da obrigação solidária dos entes federados na recuperação e promoção da saúde da população em geral, independente de situação financeira, descabendo a distinção entre medicamentos ou tratamentos padronizados e não padronizados pelo SUS.

Após as manifestações aqui resumidas, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral de Justiça, cujo parecer da lavra da Exma. Dra. Gladys Afonso, aponta para a acessibilidade de todo e qualquer tratamento disponível na rede pública de saúde, independente de padrão econômico, enquanto que para terapias e insumos não protocolares deve-se exigir o

preenchimentos de critérios outros, dentre os quais a hipossuficiência financeira. Propõe, ao final, que o cidadão esgote a esfera administrativa antes de recorrer ao Poder Judiciário.

Esse é o relatório.

VOTO

Versam os autos sobre Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva – *IRDR* – proposto sob a perspectiva constitucional da isonomia e da segurança jurídica, segundo a previsão do artigo 976 e seguintes do Novo Código de Processo Civil.

No caso em destaque, a controvérsia jurídica a ser dirimida por este órgão colegiado diz respeito à (des) necessidade de comprovação da carência de recursos ou hipossuficiência financeira do cidadão nas ações voltadas a exigir prestação positiva do Estado em matéria de medicamentos, cirurgia e demais procedimentos afetos à saúde pública.

Consigne-se, de plano, que a semelhança entre a matéria aqui debatida e a submetida ao crivo do Supremo Tribunal Federal não se configura óbice à apreciação do incidente por este órgão fracionário. Os recursos que tiveram repercussão geral reconhecida (Recursos Extraordinários - Res 566471 e 657718), tratam do fornecimento de remédios de alto custo não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), ao tempo em que o IRDR instaurado em âmbito estadual se volta, precipuamente, à uniformização de antigas celeumas, recorrentes na demandas movidas em face dos municípios catarinenses e do próprio Estado.

Sabe-se que as demandas na área de assistência à saúde tanto dizem respeito a terapias e medicamentos que, apesar da padronização, não são regularmente fornecidos, quanto às pretensões voltadas a compelir o Estado ao fornecimento de insumos ou tratamentos não constantes das listagens oficiais.

Para melhor discernir entre tais hipóteses (essencial ao encaminhamento do desfecho), interessante abordar ambas as situações e suas peculiaridades.

O Sistema Único de Saúde, baseado na medicina de evidência, disponibiliza diversos medicamentos previamente selecionados com base na eficácia e segurança, compondo, assim, a listagem oficial denominada *RENAME-Relação Nacional de Medicamentos*, subdividida em *Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica*, *Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica* e *Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica*. (conforme consulta em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v2.Pdf>, no dia 05.05.2016).

Este rol é atualizado frequentemente, consoante os avanços técnicos na área e novas descobertas científicas. Por intermédio do Ministério da Saúde, mais especificamente da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, novas drogas podem ser incorporadas às listagens oficiais, desde que: (a) sejam avaliadas cientificamente as opções terapêuticas disponíveis no mercado para a melhor escolha possível; (b) sejam verificadas a eficácia e segurança do medicamento submetido à incorporação; (c) haja baixa probabilidade de que novos estudos mudem as vantagens apresentadas pela nova tecnologia em relação às demais; (d) seja observado o “melhor benefício-menor risco” e o melhor “custo-efetividade”. Cumpre esclarecer, por fim, que tal incorporação é regulada pela Lei n. 12.401 de 28 de abril de 2011 (que altera a Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990), dispendo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A despeito do extenso rol de medicamentos e terapias protocolares

existentes no SUS, não se pode ignorar o crescente número de demandas, destacadamente as de cunho individual, voltadas a buscar insumos e tratamentos não disponibilizados pela rede pública e, não raro, ainda sem autorização de comercialização pelo órgão regulador do país (Anvisa).

Os dados estatísticos demonstram que o fenômeno da judicialização na área da saúde tem sido responsável por consumir grande parte dos recursos governamentais destinados a esta rubrica, consoante denota o ofício n. 461/2016, juntado ao presente incidente pela consultoria jurídica da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

Referido documento demonstra que, somente no **ano de 2015**, foram gastos mais de **cento e cinquenta milhões de reais** para atender pouco mais de **trinta mil pacientes** em razão de medidas judiciais, com um custo médio de cinco mil reais por pessoa.

Extraí-se também dos gastos públicos referentes ao **ano de 2014** – pouco mais do que **cento e cinquenta e seis milhões de reais** para o cumprimento das ordens judiciais em favor de pouco mais do que **vinte e seis mil** pacientes – que tal montante seria suficiente para manter dois dos Hospitais sob a administração da Secretaria Estadual de Saúde (Celso Ramos e Nereu Ramos), por quase um ano, viabilizando o atendimento de quase **cento e noventa e cinco mil pessoas**.

Ainda, a quantia destinada aos vinte e seis mil chamados *pacientes judiciais* em 2014 asseguraria, **por dois meses**, a manutenção de todos os **treze hospitais** administrados diretamente pela Secretaria da Saúde, beneficiando mais de **cento e setenta mil pessoas**.

Essa é uma pequena amostra do resultado de quase vinte e cinco mil demandas na área da saúde em trâmite no Estado de Santa Catarina, assinalando a relevância da presente uniformização de posicionamento elementar ao deslinde da controvérsia jurídica, originalmente encaminhada da

seguinte forma por este relator:

Objetivando harmonizar o princípio da universalidade do sistema público de saúde com a garantia constitucional do mínimo existencial, diferenciando-o do máximo desejável, porquanto traduzidas em diferentes obrigações positivas por parte do Estado (notadamente em um contexto de crise), fora proposto originalmente o enfrentamento da temática sob dois enfoques distintos:

1) **a desnecessidade de comprovar hipossuficiência para valer-se dos insumos e terapias protocolares**, estas, a toda evidência, disponibilizadas à sociedade em geral, independente da faixa econômica (sem dúvida direito subjetivo do indivíduo);

2) **a imprescindível demonstração de carência financeira quando o tratamento ou fármaco perseguido não estiver padronizado pelo SUS**, de modo a acarretar ônus imprevisto ao orçamento público destinado à saúde e, por isso, importar em eventuais escolhas (sempre difíceis, registre-se) entre o direito de um face aos direitos dos demais.

Nesse último caso, mister ainda discernir entre prestação relativa ao máximo desejável e ao mínimo existencial, possibilitando ou não a ponderação com a tese da reserva do possível.

Pois bem.

Cumpra, nesse momento, analisar tais proposições, procurando abranger todas as temáticas a elas subjacentes trazidas nas manifestações das entidades participantes do debate, de modo a convergir em uma solução democraticamente construída e, por isso, com pretensão de legitimidade e permanência.

No intuito de facilitar o entendimento, faz-se, a seguir, uma subdivisão de cunho didático das diferentes situações relativas à controvérsia.

1. Demandas que pretendam a disponibilização de drogas ou terapias protocolares

Diante da hipótese em que o direito fundamental à saúde se encontra devidamente regulado, vale dizer, havendo uma política pública posta em prática, como, por exemplo, no que concerne às terapias e medicamentos previamente incluídos nas listagens e protocolos oficiais do Sistema Único de Saúde, o papel do Poder Judiciário é o de tão somente garantir a sua efetividade.

Essa, aliás, é a situação na qual ninguém duvida de que se trata de direito subjetivo individual, em que o cidadão tem o poder de exigir do Estado

que cumpra a obrigação detalhadamente assumida na regulamentação da norma constitucional.

Explica-se.

Como se viu, a inclusão de medicamento ou tratamento no âmbito do SUS é precedida de estudo complexo e multidisciplinar, traduzindo-se em uma política pública que considera, dentre outros fatores, a saúde da população em geral e o orçamento público, sem desconsiderar, todavia, os pilares fundantes do sistema, notadamente o da universalidade e o da isonomia.

Sob essa perspectiva, fácil sustentar que ao manejo de demanda voltada ao recebimento de insumo ou terapia protocolar **basta o receituário médico indicando a doença específica e a necessidade de seu uso ou implementação (podendo ser de profissional não componente dos quadros públicos), bem como a demonstração de impossibilidade de obtenção na via administrativa.**

A necessidade de prévio requerimento administrativo configura o interesse de agir do cidadão, na medida em que comprovada resistência à sua pretensão, quer pela negativa, quer pela própria morosidade na resposta.

No plano da Previdência Pública, aliás, resta assentado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 631240, com repercussão geral, a necessidade prévia de requerimento administrativo como condição para o acesso ao Judiciário (Tema 350). Eis a tese jurídica:

I - A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas;

II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado;

III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de

fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão;

IV – Nas ações ajuizadas antes da conclusão do julgamento do RE 631.240/MG (03/09/2014) que não tenham sido instruídas por prova do prévio requerimento administrativo, nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (a) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (b) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; e (c) as demais ações que não se enquadrem nos itens (a) e (b) serão sobrestadas e baixadas ao juiz de primeiro grau, que deverá intimar o autor a dar entrada no pedido administrativo em até 30 dias, sob pena de extinção do processo por falta de interesse em agir. Comprovada a postulação administrativa, o juiz intimará o INSS para se manifestar acerca do pedido em até 90 dias. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir;

V – Em todos os casos acima – itens (a), (b) e (c) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

Idêntico raciocínio pode ser aplicado ao caso em comento, o que, ressalta-se, não se confunde com o necessário exaurimento dessa via.

O esgotamento na seara administrativa, a propósito, mostra-se um requisito de difícil exigência na prática, haja vista a inexistência de um protocolo rígido por parte dos postos de distribuição, sendo que, na maioria das vezes, o medicamento não é entregue simplesmente por estar em falta, circunstância que, apesar de recorrente, não é obrigatoriamente documentada.

Desta feita, sujeitar o processamento da demanda à comprovação do exaurimento da via administrativa pode inviabilizar a concretização do direito subjetivo do cidadão ao remédio ou tratamento que deveria estar disponibilizado indiscriminadamente à população do país.

Noutro vértice, **a condição socioeconômica do paciente ou seu ente familiar nas ações dessa natureza revela-se absolutamente irrelevante**, uma vez que se trata de mero cumprimento de política pública firmada em prol de toda a coletividade, descabendo, inclusive, ponderar-se acerca do custo da terapia ou insumo diante de outras tantas prioridades sociais ou, ainda, valer-se

da tese da reserva do possível.

Isso porque a existência de uma política pública revela, por si só, a opção realizada mediante a prévia ponderação de todos esses fatores pelo Executivo, restando, portanto, ao Judiciário garantir a sua efetivação.

Por consequência, parece lógico e até mesmo um consenso (a julgar pelas intervenções dos diversos organismos que colaboram com a construção das teses jurídicas do presente incidente) dispensar-se a discussão da hipossuficiência financeira quando o objeto da lide for o fornecimento de medicamentos padronizados.

Em vista do exposto até então, conclui-se pela eleição de apenas dois requisitos para a concessão judicial de remédio ou tratamento constante do rol do SUS: **(1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico; e, concomitantemente, (2) a demonstração de impossibilidade de obtenção na via administrativa.**

Situação diversa apresenta-se quando a demanda visa à compelir o Estado a fornecer medicamento ou terapia não regulamentada no âmbito do Sistema Único de Saúde, ensejando, portanto, um maior aprofundamento.

2. Demandas visando ao fornecimento de insumos não padronizados pelo SUS

Sob a óptica dos pleitos destinados à obtenção de remédio não disponível no rol do SUS, mister tecer algumas considerações preliminares acerca do alcance interpretativo assumido pelo direito fundamental à saúde e sua sindicabilidade.

Confira-se o texto do art. 196 da CRFB de 1988:

Art. 196. 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** (sem grifo no original).

Observa-se tratar de norma voltada à concretização tanto do **mínimo existencial** como do **máximo desejável** em matéria de saúde,

englobando não apenas a sua recuperação e proteção, mas também sua promoção, mediante a adoção de políticas públicas de forma progressiva e proporcional ao crescimento econômico do país.

Há que se ressaltar que quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, está se afirmando, em outras palavras, que precisam ser asseguradas as condições básicas de vida digna ao ser humano.

A noção de mínimo existencial, embora não definida com essa designação, já aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, cujo art. XXV proclama um direito a um nível mínimo de vida a fim de garantir a existência digna:

Art. XXV - Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo anotam a crescente tendência doutrinária e jurisprudencial de reconhecer “*exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas à tutela do mínimo existencial*” – entendida como algo além da mera sobrevivência física, alcançando “*a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável (ou o mais próximo disso, de acordo com as condições pessoais do indivíduo) e, portanto, para uma vida com certa qualidade*”. (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_10_04_09.pdf. Acesso em: 16 dezembro 2015).

Sob o prisma do máximo desejável, também prometido constitucionalmente como um horizonte a ser alcançado no futuro, o Estado se obriga à criação de políticas públicas constantes e graduais, prospectando novas soluções

consoante avança a medicina e a farmacologia e proporcionalmente às riquezas do país.

Desse modo, cabe distinguir do pleito deduzido em juízo a pretensão voltada à garantia do mínimo existencial (ligado necessariamente à dignidade da pessoa humana), daquela condizente como o máximo desejável, relacionando-se, mais propriamente, a um direito subjetivo coletivo à criação de determinada política pública, após a devida ponderação de aspectos jurídicos e fáticos.

Em artigo específico sobre a matéria, o Min. Barroso apresenta diagnóstico do direito à saúde no Brasil, historiando que, se por um lado os direitos sociais perderam a caracterização de projetos políticos dirigidos aos Poderes Executivo e Legislativo, ganhando aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário, de outro, o sistema apresenta fissuras e ameaça ruir frente aos exageros e decisões emocionais que se proliferam no tema, notadamente as que obrigam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, ameaçando sucumbir da própria “cura”. Em suas palavras:

Tais excessos não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista de Direito Social**. n. 34 abr/Jun. Porto Alegre: Notadez, 2009, p.12).

Não se pode, portanto, extrair como consequência imediata do artigo 196 da CRFB a obrigação do Estado de fornecer todo e qualquer medicamento requerido por toda e qualquer pessoa enferma, independente do contexto em que se insere, da pretensão veiculada em juízo e da questão

orçamentária que atrela as escolhas e opções do Executivo.

Na espécie, como se persegue fármaco ou tratamento ainda não contemplado por política pública, alguns requisitos devem preceder ao reconhecimento do direito subjetivo desse cidadão e, em contrapartida, da obrigação do Estado em provê-lo.

Elenca-se como requisito elementar a **hipossuficiência financeira do doente e de seu núcleo familiar**, de modo a evidenciar a impossibilidade de custeio da terapia necessária para a sua recuperação ou garantia de sua qualidade de vida.

Somente aos comprovadamente carentes deve-se dispensar remédios ou procedimentos não protocolares sob pena de se comprometer a própria universalidade e isonomia do sistema público, na medida em que a constante vulneração do orçamento destinado à saúde a fim de acomodar tantos pleitos judiciais pode acarretar a falta dos insumos e terapias já regulamentadas, com incomensuráveis prejuízos aos cidadãos.

Acerca da prova de carência de recursos, cumpre consignar ser insuficiente a mera declaração do paciente, porquanto não se trata de hipótese semelhante a que permite a gratuidade judiciária (com regra específica sobre o tema) em que o Estado deixa de arrecadar recurso, mas, ao contrário, está-se diante de reconhecimento de obrigação positiva por parte do Estado, ensejando despesa imprevista a incidir em um orçamento já escasso para a implementação das políticas públicas existentes.

Desta feita, a prova de incapacidade econômica deverá ser revestida da necessária robustez e não apenas em relação ao enfermo, senão a todo seu núcleo familiar a fim de deslocar a obrigação de sustento e de solidariedade ao Estado.

É muito clara a lição constitucional no sentido de assentar a solidariedade conjugal e familiar como um dos princípios informadores da ordem

social, retomada em diversos instrumentos infraconstitucionais como o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

Nessa perspectiva, compete ao autor, nos termos do artigo 373, I, do Código de Processo Civil, demonstrar a alegada carência de recursos, uma vez que para embasar pretensão dessa natureza, tal requisito se traduz em fato constitutivo do direito subjetivo reclamado, de modo a preservar-se a noção de equidade, mesmo quando se está dando tratamento diferenciado ao paciente. Isso porque inegável que a concessão de remédio não padronizado constitui privilégio que somente se justifica constitucional, igualitário, caso a pessoa beneficiada esteja em situação de penúria financeira capaz de conformar o tratamento desigual recebido como forma de alcançar a verdadeira igualdade substancial.

Havendo fundada dúvida acerca da hipossuficiência do autor e de seu ente familiar, a confecção de estudo social mostra-se ferramenta apta a identificar as peculiaridades de cada caso concreto, auxiliando o julgador na elucidação da capacidade econômica do demandante.

Nada obstante a assertiva do Estado de que o laudo social é o único meio de afirmar a hipossuficiência do enfermo e seus familiares, vislumbra-se a inviabilidade fática de se eleger a providência como requisito indispensável para as demandas desse jaez, notadamente frente à exiguidade de pessoas habilitadas no Poder Judiciário para sua confecção. Ademais, o próprio interessado pode reunir provas aptas a indicar de plano sua impossibilidade de custear o tratamento pretendido, reservando-se o estudo social para as hipóteses mais nebulosas.

De todo modo, assenta-se a comprovação da hipossuficiência financeira como requisito imprescindível ao nascimento da obrigação estatal de custear fármaco não padronizado pela rede pública.

Soma-se a esse importante elemento, **a demonstração da**

necessidade da droga reclamada, concomitante à inexistência na listagem oficial do SUS de medicamento de atuação idêntica ou semelhante que possa tratar a enfermidade referida, ou, caso já utilizado, sua ineficácia ao caso concreto.

Para tanto, faz-se imperiosa a realização de laudo pericial detalhado a fim de subsidiar qualquer decisão judicial na matéria.

A conjugação desses dois fatores, não obstante configure condição para o sucesso do pleito judicial, comporta mais uma ponderação significativa, respeitante ao conteúdo propriamente dito da pretensão.

Com efeito, deve-se discernir entre pretensão voltada à garantia do mínimo existencial, daquela respeitante ao máximo desejável, inclusive para ser viável estabelecer um paralelo entre as demandas passíveis de serem deduzidas individualmente daquelas que devem ser postuladas coletivamente.

Quando o remédio ou procedimento postulado refere-se à enfermidade para a qual inexistente política pública, permitindo-se aferir que tal omissão atinge a dignidade da pessoa humana, na medida em que condiz com os ditames básicos de cuidados à saúde, estar-se-á diante de pretensão condizente com a noção de mínimo existencial.

Ao contrário, quando houver política pública disponibilizando droga diversa da perseguida judicialmente, ou a ausência de política se der em razão de se tratar de fármaco experimental ou de custo exorbitante, há que se aprofundar a análise. Isso porque a decisão judicial estará influenciando diretamente na seara da Administração, de modo a, obrigatoriamente, ter-se que ponderar as consequências práticas do comando emanado pela autoridade judiciária, devendo-se, pois, sopesar a pretensão com o princípio da reserva do possível.

Importante anotar, no entanto, a confusão que usualmente se faz em termos de submissão dos direitos fundamentais sociais aos ditames da reserva do possível.

Cumprido, neste momento, resgatar a origem histórica da teoria da “reserva do possível” no cumprimento de direitos fundamentais. Tal equacionamento fora sedimentado pelo Tribunal Constitucional Alemão quando, ao analisar uma Reclamação Constitucional de um grupo de jovens que apontava desrespeito à Lei Maior – direito ao ensino superior – pela ausência de vaga em curso universitário, entendeu que tal direito fundamental deveria ser concretizado na medida do possível, ou seja, dentro dos limites do que se pode racionalmente exigir da sociedade e do Estado, não configurando, portanto, direito absoluto¹.

Registre-se que originalmente tal teoria não se apresenta necessariamente atrelada às condições materiais para a realização do direito, senão de traçar parâmetros à satisfação por parte do Estado de prestações positivas, vinculando as pretensões apresentadas à noção de razoabilidade da exigência formulada.

Contudo, transposta à realidade brasileira, acabou por ser consagrada apenas no aspecto do materialmente possível, transcendendo até mesmo a razoabilidade da pretensão deduzida.

Compreensível que tenha se dado dessa forma na sociedade brasileira, especialmente sob a circunstância de que os direitos sociais mais básicos (mínimo existencial) carecem de concretude e os recursos apresentam-se como insuficientes para realizá-los.

¹ Segundo relato de Renata Corrêa Severo, a apreciação pela Corte Constitucional Federal Alemã de demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique em face da política de limitação de vagas em cursos superiores, aplicada na Alemanha na década de 1960, gerou posicionamento inovador na hermenêutica do art. 12 da Constituição Alemã, o qual prescreve que “ todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir o caso, referida Corte entendeu que a satisfação do direito a prestações positivas, tal qual expresso na pretensão em destaque, sujeitar-se-ia à reserva do possível, ou seja, quando observados os limites do que razoavelmente (entendido aqui como pretensão embasada racionalmente) pode o indivíduo esperar da sociedade e do Estado. (SEVERO. Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Fórum Administrativo** – Direito Público - FA. Ano 1, n. 1. mar 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 28).

Todavia, o parâmetro do que se pode razoavelmente esperar da sociedade e do Estado (ainda mais sob a concepção de solidariedade social ou de fraternidade) não deveria ser de todo abandonado pelo Judiciário, notadamente diante das peculiaridades e do contexto de escassez no caso brasileiro, o que evidencia certos pleitos como completamente quiméricos (até mesmo para a realidade alemã!) e, nessa medida, ensejadores de agravamento das desigualdades sociais.

É preciso que se esclareça desde logo a importância da distinção entre pretensões versando sobre a garantia de direito ligado ao mínimo existencial e, por excelência, à noção de dignidade da pessoa humana, daquelas voltadas à implementação do máximo prometido em termos de saúde pública.

Com base nessa proposição, defende-se que **há um direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado para a efetivação do mínimo existencial, não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível**, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido.

Nesses termos, a atuação do Judiciário pauta-se pela garantia do mínimo existencial e/ou pela obediência às políticas públicas existentes na área da Saúde, situações em que a reserva do possível não deve ser ponderada, porquanto ferida a própria dignidade humana ou a regra regulamentadora do direito em foco.

Coisa diversa acontece quando a demanda de saúde aponta para a consecução de fármaco ou terapia extravagante, sem prévia política pública instituída e, muitas vezes, de eficácia não comprovada ou de custo elevadíssimo por não ser disponibilizado no país (e, portanto, não contar com a aprovação da Anvisa), dentre inúmeras hipóteses de pleitos frequentes na Justiça. Nesses casos, tem-se, em regra, uma pretensão nitidamente voltada à concretização do máximo prometido constitucionalmente em termos de saúde pública.

Precisamente diante da abissal diferença entre o pleito voltado ao **mínimo existencial** daquele pretendendo o **máximo possível** (equacionamento entre o **máximo desejável** e a **reserva do possível**), mostra-se de importância ímpar a teoria de Alexy ao discernir princípio de regra e suas formas de aplicação (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011).

Logo, percebe-se que a metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, denominada por Alexy de “máxima da proporcionalidade”, merece substancial relevo na atuação judicial destinada ao equacionamento das demandas na área da Saúde, porquanto permite sopesar eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito), além das circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação).

Em resumo, o modelo apresentado se assenta na ideia de sopesamento. Isso porque se parte da premissa de que o que é devido *prima facie* seja mais amplo daquilo que é devido definitivamente (após a operação do sopesamento).

De acordo com tal proposta, o indivíduo passa a ter um direito definitivo à prestação (fática ou normativa) quando o princípio da liberdade fática (ligado à noção de dignidade) tem um maior peso em detrimento dos demais princípios formais ou das condições materiais colidentes, conjuntamente considerados, a exemplo do que ocorre em relação ao mínimo existencial, consoante afirmado anteriormente.

O Código de Processo Civil de 2015, albergando a ideia da ponderação, prescreve, ao elencar os elementos essenciais da sentença, no § 2º do art. 489: " *No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão*".

Em resumo, tratando-se de medicamentos não listados pelo sistema público de saúde, além de congregar a necessidade de comprovação da hipossuficiência, da inexistência ou ineficácia da política pública referente à enfermidade, há que se perquirir tratar-se a pretensão sobre o mínimo existencial ou o máximo prometido, sujeitando-se, no último caso, ao exame relativo à reserva do possível, entendido este como o que pode razoavelmente exigir do Estado o cidadão, bem como o que pode atender o Poder Público no âmbito da saúde sem vulnerar o princípio da solidariedade social, da isonomia e da universalidade.

4. Conclusão

A partir do enfoque originalmente proposto, acrescido das questões relevantes trazidas por diferentes entidades participantes do processo de julgamento do presente incidente, pretende-se delinear os limites da atuação judicial, correlacionando-os aos extremos do mínimo existencial e do máximo desejável.

No extremo compreendido pelo mínimo existencial (ligado à dignidade humana e à liberdade fática ou quando houver patente desrespeito a uma política pública já instituída), afirma-se haver um direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado, nesse caso fática, de modo que a intervenção judicial pode e deve se dar de forma contundente, aplicando-se o direito à saúde na base do tudo ou nada (como regra).

É o que se depreende do entendimento da Corte Suprema no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745745/MG. Relator Min. Celso de Mello, em 02.12.2014:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A

AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEÓRIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Em vértice oposto, tratando-se de pretensão voltada à implementação do máximo desejável, deve-se interpretar o direito à saúde como um mandamento de otimização a ser concretizado por políticas públicas na maior medida possível, de modo que, para a atuação judicial, se recomenda prudência, aplicando-se a metodologia sugerida por Alexy, ou seja, a ponderação entre os demais princípios jurídicos colidentes (como, por exemplo, a igualdade), além das circunstâncias fáticas relevantes (a exemplo da cláusula da reserva do possível). Isso porque, na maioria dos precedentes, o que se percebe é que os magistrados, ao ponderarem, acabam por eleger os princípios jurídicos

colidentes de forma equivocada, resultando, geralmente, em uma colisão entre o direito à saúde de alguém *versus* a política orçamentária do Estado.

A verdadeira questão que subjaz ao julgamento dos casos difíceis e que poucos se dispõem a enfrentar é a contraposição do direito à saúde de um (aquele que demanda em uma ação individual) em detrimento da saúde de vários (consoante analogia do cobertor curto), com profunda e imediata repercussão no primado da igualdade.

Novamente é o Min. Barroso, no discurso proferido em Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da saúde, quem alerta a respeito do tópico:

Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política pública coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia da igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais. [...]

Desenvolveu-se certo senso comum que é preciso enfrentar, que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria. (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 25 janeiro 2016, grifou-se).

Repise-se que não se está afirmando que o Judiciário não deve agir diante das hipóteses de inexistência de políticas públicas ou ainda no caso de sua ineficiência. O que se pretende construir é uma interferência mais efetiva em prol da influência que esse Poder deve exercer na edificação das políticas públicas, a fim de colaborar com os demais Poderes na missão constitucional que lhes é comum de concretizar a saúde no país ao máximo desejável e possível de forma contínua e progressiva.

Com isso em mente, propõe-se as seguintes teses jurídicas como resolução do IRDR:

Para a concessão judicial de remédio ou tratamento **constante do rol do SUS**, devem ser conjugados os seguintes requisitos: **(1) a necessidade do fármaco perseguido e adequação à enfermidade apresentada, atestada por médico e, concomitantemente; (2) a demonstração, por qualquer modo, de impossibilidade ou empecilho à obtenção na via administrativa (Tema 350 do STF).**

Para a concessão judicial de fármaco ou procedimento **não padronizado pelo SUS**, são requisitos imprescindíveis: **(1) a efetiva demonstração de hipossuficiência financeira; (2) ausência de política pública destinada à enfermidade em questão ou sua ineficiência, somada à prova da necessidade do fármaco buscado por todos os meios, inclusive mediante perícia médica; (3) nas demandas voltadas aos cuidados elementares à saúde e à vida, ligando-se à noção de dignidade humana (mínimo existencial), dispensam-se outras digressões; (4) nas demandas claramente voltadas à concretização do máximo desejável, faz-se necessária a aplicação da metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, sopesando-se eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito) e circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação), além da cláusula da reserva do possível.**

5. proposta de solução do caso concreto a partir das teses firmadas no IRDR

Estabelecidos os parâmetros de direito a orientar o julgamento da Apelação Cível ensejadora do presente incidente, retoma-se o caso concreto, a fim de aplicar como solução da demanda a tese anteriormente firmada.

Na espécie, o autor, ao reclamar a dispensação dos medicamentos

indicados por seu facultativo (da rede particular), mediante a constituição de advogado de sua escolha, declara ser hipossuficiente, não possuindo bens móveis ou imóveis, ou mesmo condições de arcar com os custos do tratamento de sua diabetes e das comorbidades dela decorrentes.

Relaciona, na sequência, os fármacos buscados via judicial e suas respectivas posologias: Vidagliptina + Metformina (GalvusMet), (01 comprimido ao dia), Levotiroxina (Puran T4), (01 comprimido ao dia), Ezetimiba + Sinvastatina (Vytoirin), (01 comprimido ao dia), Glicazida (Azukon MR), (01 comprimido ao dia) e Carvedilol (Ictus), (01 comprimido ao dia).

A despeito da informação prestada pelo ente municipal à fl. 20, o próprio Estado admite que os medicamentos Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida integram a lista do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), **devendo o Município de Agronômica fornecê-los, independente da configuração econômica do requerente**, porquanto integrantes do Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Quanto ao medicamento GALVUSMET (VILDAGLIPTINA + METFORMINA), o Estado de Santa Catarina presta a seguinte informação:

A associação dos fármacos Vildagliptina + Metformina, não está padronizado em nenhum dos programas do Ministério da Saúde, o qual é responsável pela seleção e definição dos medicamentos a serem fornecidos pelos referidos programas. Ainda, compete a esse órgão elaborar os Protocolos Clínicos Diretrizes Terapêuticas para tratamento da patologia que acomete o paciente.

Sendo assim, cumpre ser informado que o medicamento referido, por não estar padronizado, não é fornecido pelo Estado.

Separadamente, as unidades locais de saúde (postos de saúde) disponibilizam o fármaco Metformina 500 e 850 mg, pois é integrante da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2013. A aquisição e distribuição deste medicamento é responsabilidade dos municípios, os quais recebem recursos financeiros das três esferas em gestão.

Alternativamente à vildagliptina, as Unidades Locais de Saúde municipais (postos de saúde) disponibilizam os antidiabéticos orais glibenclâmida 5 mg e gliclazida 30mg (Lib. Prolongada). Esses fármacos também são integrantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) 2013. A aquisição e distribuição destes medicamentos é responsabilidade dos municípios, os quais

recebem recursos financeiros das três esferas em gestão.

De igual modo, o fármaco Ezetimba+Sinvastatina (Vytorin) não se encontra dentre o rol dos medicamentos padronizados pelo SUS, embora haja combinação de efeitos similares entre a Sinvastatina e a alcachofra (fitoterápico), ambos disponibilizados na rede pública.

Ressalta-se estar devidamente demonstrada a negativa administrativa de fornecimento das drogas reclamadas judicialmente, bem como a necessidade do seu uso atestada pelo médico do autor às fls. 16/18.

Havendo dois medicamentos não padronizados em seu pleito, cumpre, antes de quaisquer outras indagações, analisar a alegada hipossuficiência do requerente.

Em sua exordial, afirma o autor a impossibilidade econômica de arcar com os custos de seu tratamento médico, atestando não possuir bens móveis ou imóveis em seu nome, tampouco rendimentos que lhe proporcione uma situação financeira propícia, requerendo, portanto, do Estado a dispensação de todos os fármacos, padronizados e não padronizados.

Por ocasião do apelo, o Estado de Santa Catarina, derruindo a declaração de carência firmada pelo autor, junta aos autos a comprovação da titularidade de três veículos automotores em seu nome, a saber, um Mercedes Benz/ L 160 (1997), um Fiat/ Palio WK Adventure Flex (2009) e Toyota Hilux SW 4 SRV4x4 (2013) (conforme certidão expedida pelo Detrans/SC à fl. 193).

Além disso, consta da perícia médica a informação de que o paciente possui Unimed e se consulta regularmente com médico da rede particular.

Em tempo, o Município junta ao processo a demonstração de que o autor é empresário, sendo sócio em pessoa jurídica de responsabilidade Ltda no ramo da confecção de vestuário (fls. 224/231).

Nas contrarrazões, o recorrido, sem contestar sua real condição financeira, apegando-se à obrigação do Estado de fornecer todo e qualquer

medicamento a todo e qualquer cidadão, independente de suas posses.

Fosse essa sua verdadeira convicção, certamente teria se portado de maneira diversa à demonstrada, assumindo, desde logo, sua capacidade econômica a fim de direcionar a discussão da lide ao cerne da questão, objeto mesmo desse IRDR, qual seja, se a obrigação positiva do Estado quanto aos medicamentos não padronizados se estende às pessoas não carentes de recursos.

Pois bem.

Com amparo das teses desenvolvidas ao longo desse estudo, tem-se como imprescindível a comprovação da carência de recursos econômicos do paciente para que se cogite da obrigação do Estado de fornecer fármaco não padronizado, sobretudo quando disponibilizados tratamentos similares com a combinação de outras drogas.

Desta sorte, no pertinente aos remédios Galvusmet e Vytorin os recursos merecem prosperar, haja vista que o tratamento privilegiado perseguido na presente demanda não se justifica como concretização do primado da igualdade substancial (*conferir tratamento jurídico diferenciado às pessoas em desigualdade fática*), contrariando os pilares da universalidade e isonomia do sistema de saúde público.

No tocante aos medicamentos padronizados e constantes da listagem do Programa de Assistência Farmacêutica na Atenção Básica (Carvedilol, Levotiroxina e Glicazida), por ser flagrante a obrigação de dispensação do ente público, os recursos não logram provimento, mantendo-se intacta a decisão de primeiro grau no ponto.

Esclarece-se que os argumentos debatidos pelo Município de Agronômica no apelo não se aplicam a fármacos padronizados, de modo que a cláusula da reserva do possível sequer pode ser aventada ao se examinar hipótese de descumprimento de política pública estabelecida.

De outro lado, a tese da ausência de interesse de agir defendida pelo Estado igualmente não pode prosperar, ao passo que o autor comprova definitivamente que teve negado pelo Município o acesso às drogas padronizadas, motivo por que a necessidade e utilidade do provimento buscado no Poder Judiciário se evidencia.

Por fim, o argumento de que eventual condenação do Estado ao fornecimento das medicações de responsabilidade do Município (que recebe repasse de verbas para tanto) representaria despesa em duplicidade não se sustenta diante da solidariedade assentada jurisprudencialmente, facultando-lhe a devida compensação a tempo e modo.

Com essas considerações, os recursos são conhecidos e parcialmente providos para excluir da obrigação estatal o fornecimento dos fármacos não padronizados.

Em razão do parcial provimento dos recursos, redistribuem-se os ônus da sucumbência, devendo estes serem repartidos equitativamente entre autor e réus, na proporção de 50% para cada, a teor do disposto no art. 86 do Novo Código de Processo Civil.

Consignando a isenção dos entes públicos e por ser o autor beneficiário da gratuidade judiciária, apesar de sua condenação com relação à metade das custas, estas restam suspensas.

Mantendo-se a condenação dos réus ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono do autor, condena-se este ao pagamento de igual valor aos procuradores do Município e Estado, suspensa a exigibilidade na forma do art. 98, § 3º do Novo Código de Processo Civil.

Esse é o voto.