

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste recurso, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por Procuradores do Estado, foi protocolada no prazo legal. A máquina judiciária foi acionada. O Supremo concluiu pela existência de repercussão geral. Vale dizer: o conflito de interesses poderá repetir-se em inúmeros processos, sendo que a admissão do exame do tema ensejou o sobrestamento do curso de vários casos, para aguardar o crivo deste Tribunal. Antes, a suspensão pressupunha estarem os processos em fase de recurso extraordinário – artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973. Hoje, a suspensão pode alcançar “todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional” – § 5º –, sendo que “o recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*” – § 9º, ambos do artigo 1.035 do Código de Processo Civil em vigor. Atentem para esse contexto. Busquem a maior concentração nos julgamentos, conciliando, sempre e sempre, celeridade e conteúdo. O número de recursos, com repercussão geral admitida, é enorme, e a produção judicante, até aqui, pífia.

Por isso mesmo, o Código de Processo Civil de 2015 veio a disciplinar, de forma própria, a desistência, em tal situação, do recurso, mitigando-a em termos de efeitos:

Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

Eis a organicidade do Direito, a eficácia da judicialização da matéria, e não apenas parâmetros relativos à preservação do direito subjetivo em jogo.

Em 1964, em encontro promovido pelo Instituto Internacional de Filosofia, ocorrido na França, o grande e saudoso Mestre Norberto Bobbio já advertia “que o problema grave de nosso tempo em relação aos direitos

humanos não era o de fundamentá-los, senão o de protegê-los” (BOBBIO, Norberto. *Presente y porvenir de los derechos humanos*. *Anuário de Derechos Humanos*. Vol. 1. Madrid: Universidad Complutense, 1981, p. 9).

Este recurso versa a advertência de Norberto Bobbio, feita há mais de 50 anos: o dever estatal de efetivamente proteger e promover direitos fundamentais.

Eis as balizas do processo: o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer à recorrida *Sildenafil 50 mg*, destinado ao tratamento das enfermidades “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar”. Segundo entendeu, o alto custo e a ausência de previsão no Programa de Dispensação de Medicamentos seriam motivos suficientes para a recusa, impugnada por meio de ação de obrigação de fazer formalizada pela recorrida.

O Tribunal de Justiça, confirmando a sentença em que proclamada a procedência do pedido, consignou a imprescindibilidade do remédio para o procedimento terapêutico, assim como a incapacidade financeira da paciente e da família para adquiri-lo. Ante o quadro, concluiu pela afronta a direitos constitucionalmente protegidos, assentando o dever de a Administração Pública fornecer o medicamento. O acórdão foi assim resumido:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ANTECIPADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. TRANSFERÊNCIA PARA O MÉRITO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO. RECUSA DO ESTADO EM FORNECÊ-LO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA A DIREITOS ASSEGURADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OBRIGAÇÃO DO ESTADO APELANTE EM PROMOVER O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO IMPRESCINDÍVEL AO TRATAMENTO DE SAÚDE DA APELADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE 1º GRAU. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

No extraordinário, o Estado alega, em síntese, que a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a

legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde.

Os fundamentos do acórdão recorrido e as razões do extraordinário revelam as perplexidades decorrentes de decisões dessa natureza: teria o Tribunal usurpado as competências do Executivo e do Legislativo? Ou a relevância constitucional do direito envolvido e as circunstâncias concretas legitimam a atuação judicial interventiva? Quais os limites e as possibilidades da interferência judicial sobre os deveres positivos do Estado quanto aos ditos direitos fundamentais de segunda geração – os direitos socioeconômicos? A circunstância de a universalização do direito à saúde depender da formulação e execução de políticas públicas exclui a competência do Poder Judiciário em casos como o da espécie? É possível a fixação de critérios objetivos capazes de racionalizar os milhares de litígios sobre a matéria espalhados por todo o país?

É chegada a hora de o Supremo responder a esses questionamentos, sob o ângulo da repercussão geral, presente a recusa do Estado em fornecer medicamento de alto custo, necessário à saúde de paciente reconhecidamente hipossuficiente.

Em controvérsias análogas, sempre mantive óptica linear: “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente” (recurso extraordinário nº 195.192/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, julgado em 22 de fevereiro de 2000).

Não tenho motivos para mudar o entendimento: defendo a máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais, incluído o direito à saúde, particularmente se estiver em jogo a dimensão do mínimo existencial.

A evolução dos direitos fundamentais está intimamente ligada ao progresso das constituições, desde os modelos liberais do século XVIII, passando pelas constituições sociais do início do século XX, e alcançando as constituições democráticas promulgadas a partir do fim da Segunda Grande Guerra. A afirmação constitucional dos direitos sociais mostra-se etapa das mais relevantes dessa caminhada dos direitos.

A positivação progressiva dos direitos fundamentais está associada à evolução do papel do Estado – do Liberal ao Social, chegando ao Democrático – frente aos indivíduos e à sociedade. Tem-se, atualmente, a busca de um modelo de organização político-constitucional no qual, em equilíbrio, a atuação do poder público, de um lado, deve ser contida em

nome de liberdades essenciais do homem e, de outro, revela-se imprescindível para a satisfação de certas necessidades sociais. Antes, falava-se em direitos contra o Estado; hoje, além desses, em direitos por meio do Estado.

Não se trata de uma escalada de rompimentos, e sim de complementações de direitos. Quando se faz referência a “gerações de direitos”, não se está a afirmar que o surgimento de uma nova representou o fim da anterior. O processo é cumulativo e ruma sempre a partir de bases fundamentais: dignidade humana, liberdade, igualdade e solidariedade. Daí não ter ocorrido ruptura do Estado Liberal. Este precisou acomodar-se também como Estado Social, para dar conta de novas demandas, o que incluiu realizar prestações positivas, de conteúdo social e econômico, em favor de significativa parcela da sociedade, especificamente, das camadas pobres, mais frágeis e necessitadas.

Nesse contexto de reafirmação de liberdades atrelada à busca por igualdade material e justiça social, vieram à balha os direitos socioeconômicos, classificados como direitos de segunda geração, impondo ao Estado realizar prestações positivas na área da saúde, assistência social, educação, trabalho, alimentação, moradia.

Esses direitos sociais foram reconhecidos na Constituição de 1988, inicialmente, no artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Nos artigos 194 a 217 da Carta da República, foram disciplinados com miudezas a seguridade social [saúde, previdência social e assistência social], a educação, cultura e desporto. A saúde pública foi tratada nos artigos 196 a 200, consignando-se, no primeiro, ser a saúde “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”.

A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas

públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.

Consoante a clássica lição do professor Ricardo Lobo Torres, o direito ao mínimo existencial não possui positivação autônoma na Carta de 1988, mas pode ser extraído de inúmeras normas constitucionais contidas nos artigos 1º, 3º, 5º e 6º. Trata-se de direito implícito, na realidade, pré-constitucional, pré-estatal, inerente à condição humana digna e fundamentado na liberdade. A observância do mínimo existencial assegura, segundo o autor, a existência da pessoa humana em condições dignas, condições iniciais para o exercício da liberdade, da felicidade, da igualdade e dos direitos humanos em geral. Em síntese, o direito ao mínimo existencial consiste no “direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 35-36).

Os direitos sociais, segundo o Mestre da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, são plenamente fundamentais na dimensão do mínimo existencial. Os direitos são destinados à cobertura dos riscos da existência, como a falta de saúde, incapacidade laboral, desemprego, pobreza, miséria. Revelando-se a dificuldade de indivíduos ou de grupos de indivíduos à existência digna, ante a implementação desses riscos, estará configurada a dimensão de mínimo existencial dos direitos sociais. Os “direitos sociais máximos”, de acordo com o autor, hão de ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Não obstante, configurada ameaça ao mínimo existencial em casos particulares, com violação da dignidade humana e ausência de condições iniciais da liberdade, os direitos sociais apresentam-se como plenamente judicializáveis, merecedores de amplas garantias institucionais, independentemente de reservas orçamentárias (TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 53-54).

As impugnações feitas pelo Estado do Rio Grande Norte devem ser analisadas levando-se em conta a fundamentalidade do mínimo existencial e a implicação desse reconhecimento com o direito à saúde.

Surge sempre a controvérsia sobre definir o nível possível de tutela judicial voltada a obrigar o Estado a realizar os serviços necessários.

A expressão literal do artigo 196 da Constituição Federal, no qual previsto o instrumento das políticas públicas como meio para assegurar o acesso universal e igualitário ao direito à saúde, tem sido utilizada pelos órgãos públicos como fundamento para contestar a atuação judicial voltada a exigir o fornecimento de medicamentos e a prestação de serviços de saúde em geral. O Estado do Rio Grande do Norte apresenta objeções de ordem organizacional, administrativa e financeira, inclusive a reserva do possível e a legalidade orçamentária, para sustentar a inviabilidade de decisões em tal sentido, porque as ações nesse campo submetem-se ao planejamento pelo Estado, dentro das limitações de financiamento próprias.

Não há dúvida de que esses serviços dependem de políticas públicas, nas quais devem constar as diretrizes para assegurar o acesso universal a medicamentos indispensáveis. Por isso, Ricardo Lobo Torres falou em “direitos sociais máximos”, a serem alcançados por meio de escolhas políticas e orçamentárias materializadas na formulação e implementação de políticas públicas. Problema maior surge quando omissões ou falhas na execução do que foi formulado implicam a impossibilidade de obtenção de medicamento por paciente que não possui condição financeira de acesso, indispensável a tratamento integral de saúde, necessário à própria existência digna. Em síntese, a situação é potencializada quando configurada violação ao mínimo existencial ante a institucionalização incompleta ou deficiente do direito à saúde.

Sabe-se que há, no País, a Política Nacional de Medicamentos, com a elaboração de listas daqueles a serem distribuídos aos que necessitem, destacando-se o Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, referente aos remédios de alto custo ou excepcionais. Espera-se que essas políticas cheguem, progressivamente, à distribuição universal e ao uso racional dos medicamentos. Entretanto, não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas. Em casos do tipo, não se admite a alegação alusiva ao caráter puramente programático das normas constitucionais versando o direito à saúde.

Verificada transgressão ao mínimo existencial, o direito individual à saúde revela-se imponderável frente aos mais relevantes argumentos de ordem administrativa, como o do comprometimento de políticas de universalização da prestação aos demais cidadãos e de investimentos em outras áreas. Objeções de cunho administrativo, de primazia da *expertise* da

Administração Pública, não podem subsistir ante violações ao mínimo existencial. Argumentos, genéricos, ligados ao princípio estruturante da separação de Poderes não possuem sentido prático em face de casos de inequívoca transgressão a direitos fundamentais. Não se trata – deve-se reiterar – de defender ampla intervenção judicial nas políticas públicas em matéria de direito à saúde, pois essas existem, estão em desenvolvimento, dirigidas à universalização dos serviços. Cuida-se de assentar a validade da atuação judicial subsidiária em situações concretas não alcançadas pelas políticas públicas pertinentes, mas nas quais necessária a tutela do mínimo existencial. A intervenção é mínima, casual, excepcional, mas indispensável.

A tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar. Mesmo um autor como Ricardo Lobo Torres, que prestigia enfaticamente o processo democrático e as escolhas orçamentárias como os meios legítimos para realização dos direitos sociais, entende viável a judicialização das alocações orçamentárias, se destinada à satisfação do mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos sociais. A dimensão objetiva dos direitos sociais, incluído o à saúde, deve ser realizada por meio de políticas públicas e orçamentárias, a cargo do Legislativo e do Executivo, relativas à universalização e racionalidade das prestações estatais positivas. Todavia, revelada a dimensão do mínimo existencial em casos particulares, a judicialização desses serviços estatais mostra-se plenamente justificada, independentemente de reserva orçamentária.

O Pleno, recentemente, apreciando o recurso extraordinário nº 592.581 /RS, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, a envolver obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, assentou, sob o ângulo da repercussão geral, não poder ser arguida a reserva orçamentária a fim de deslegitimar a intervenção judicial quando em jogo o dever de assegurar condições minimamente dignas de existência. Segundo a óptica adotada, “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer”, se assim for, “para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana”, “não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes”.

Considerado o fornecimento de medicamentos, as afirmações feitas estão em plena consonância com a jurisprudência histórica do Supremo. Em diferentes casos, apreciados ao longo de mais de duas décadas, o Tribunal tem assegurado o fornecimento, pelo Estado, dos remédios aos que necessitam e não os podem adquirir.

Vale citar as primeiras decisões, proferidas no fim da década de 1990, mediante as quais foi determinada ao Estado a distribuição gratuita de medicamentos voltados ao tratamento do vírus HIV, o que, ao lado das reivindicações dos movimentos sociais LGBT, motivou políticas públicas nesse sentido.

Em diferentes pronunciamentos, assentei que o direito decorria da aplicabilidade imediata do artigo 196 da Carta Federal e que era “hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem” (agravo de instrumento nº 232.469/RS, 12 de dezembro de 1998; recurso extraordinário nº 244.087/RS, 14 de setembro de 1999; recurso extraordinário nº 247.900/RS, 20 de setembro de 1999; recurso extraordinário nº 247.352/RS, 21 de setembro de 1999, todos de minha relatoria).

As Turmas decidiram no mesmo sentido, tendo destacado o dever do Estado, previsto no aludido artigo 196, de fornecer, em favor de enfermos carentes, os medicamentos indispensáveis ao tratamento do vírus HIV – recurso extraordinário nº 242.859/RS, relator o ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, apreciado em 29 de junho de 1999; agravo regimental no agravo de instrumento nº 238.328/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 1999; recurso extraordinário nº 264.269/RS, relator o ministro Moreira Alves, Primeira Turma, examinado em 11 de abril de 2000; agravo regimental no recurso extraordinário nº 259.508/RS, relator o ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 8 de agosto de 2000; agravo regimental no recurso extraordinário nº 271.286/RS, relator o ministro Celso de Mello, Segunda Turma, apreciado em 12 de setembro de 2000; agravo regimental no recurso extraordinário nº 255.627/RS, relator o ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, examinado em 21 de novembro de 2000.

Nos casos de medicamentos em geral, há pronunciamentos das Turmas no sentido do dever do Estado quando verificado o binômio imprescindibilidade do medicamento/incapacidade financeira do paciente em adquiri-lo – recurso extraordinário nº 607.381/SC, relator o ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 31 de maio de 2011; recurso extraordinário nº 195.192/RS, de minha relatoria, Segunda Turma, apreciado em 22 de fevereiro de 2000; agravo regimental no agravo de instrumento nº 486.816/RJ, relator o ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, examinado em 12 de abril de 2005; agravo regimental no recurso extraordinário nº 393.175/RS, relator o ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em

12 de dezembro de 2006; agravo regimental no agravo de instrumento nº 604.949/RS, relator o ministro Eros Grau, Segunda Turma, apreciado em 24 de outubro de 2006. Vale transcrever a ementa deste último:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes.

O Pleno enfrentou o tema no agravo regimental na suspensão da tutela antecipada nº 175/CE, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. O Tribunal consignou ser direito de todo cidadão carente receber medicamentos e tratamentos médicos, cabendo aos entes federativos, em responsabilidade solidária, fornecê-los. O acórdão foi assim resumido:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Considerado esse conjunto de decisões, serviria a apreciação deste processo, tão somente, a reafirmar-se, sob o ângulo da repercussão geral, a jurisprudência do Tribunal sobre a matéria? Qual pode ser a valia do exame ora realizado para o debate a respeito da judicialização do fornecimento estatal de medicamentos?

A principal utilidade deste julgamento consiste na possibilidade de o Tribunal, sob a óptica da repercussão maior, definir os critérios de configuração do dever estatal de tutela do mínimo existencial – entendido como condição de fundamentalidade do direito individual de receber os medicamentos do Estado. Compete ao Supremo densificar normativamente esses requisitos.

Dos pronunciamentos mencionados e dos aportes teóricos desenvolvidos sobre o tema, surge que a delimitação há de ocorrer em torno de dois elementos: a imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial. A identificação conjunta, nos casos sob análise, desses dois elementos – um substancial quanto ao mínimo existencial, o outro relativo ao dever estatal de tutela desse mínimo –, com as nuances próprias a serem desenvolvidas a seguir, implicará a configuração do mínimo existencial passível de tutela mediante intervenção judicial, independentemente do alto custo dos remédios ou de esses não constarem em listas elaboradas no âmbito da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional.

A imprescindibilidade estará configurada quando provado, em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita, que o estado de saúde do paciente reclama o uso do medicamento de alto custo, ausente dos programas de dispensação do governo, para o procedimento terapêutico apontado como necessário ao aumento de sobrevida ou à melhoria da qualidade de vida, condições da existência digna do enfermo.

Ao Estado cabe a prova em contrário tanto da inadequação como da desnecessidade do medicamento. O ente federativo, no âmbito de cognição própria e exauriente, pode abandonar o dever se demonstrar que o medicamento não serve, não produz resultados confiáveis ou pode ser substituído por outro de menor custo e igual efeito no tocante ao tratamento de saúde envolvido. O Estado tem o direito à produção de prova contrária à veracidade da indicação médica, de modo que a negativa dessa oportunidade, por parte do Juiz da causa, pode implicar a nulidade da sentença de mérito.

Se revelada a absoluta inutilidade do medicamento ou, ao menos, a inequívoca insegurança relativamente a resultados positivos, bem como a existência de outro, com menor custo e mesma eficácia, a imprescindibilidade estará afastada.

Exemplo de situação objetiva de insegurança é aquela em que, além de ausente nas listas da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, o remédio não possui registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. O tema é objeto do recurso extraordinário nº 657.718/MG, de minha relatoria,

designado para julgamento conjunto com este processo. O registro do produto no órgão do Ministério da Saúde é condição para industrialização, comercialização e importação com fins comerciais, segundo o artigo 12 da Lei nº 6.360, de 1976, configurando ilícito a não observância do preceito:

Art. 12. Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

É assim porque o registro ou cadastro mostra-se condição para que a Agência fiscalizadora possa monitorar a segurança, a eficácia e a qualidade terapêutica do produto. Diante da ausência do registro, a inadequação é presumida.

Pode ainda a Administração Pública, em cognição profunda e tecnicamente qualificada, demonstrar a existência de medicamentos menos onerosos e que possam surtir, em mesma ou similar medida, efeitos benéficos ao tratamento de saúde envolvido, se comparados ao que é requerido judicialmente, constantes da Política Nacional de Medicamentos ou do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Produzida tal prova e com base exclusiva nela, há de se confiar na capacidade institucional e responsabilidade do juiz da causa em determinar a substituição dos meios terapêuticos.

Caso o Estado não logre revelar a inadequação ou a desnecessidade do medicamento de alto custo, havendo indicação médica lícita a instruir o requerimento judicial, surgirá a imprescindibilidade do remédio como elemento objetivo do próprio mínimo existencial, considerado o direito ao tratamento da saúde, essencial à existência digna.

O outro elemento, este de caráter subjetivo, é a incapacidade financeira. O dever de tutela estatal do mínimo existencial estará definitivamente configurado se provada a ausência de capacidade financeira para aquisição de medicamento reconhecidamente adequado e necessário ao tratamento de saúde do indivíduo. Essa óptica encontra-se em conformidade com as decisões do Supremo. Não há dificuldades quanto a esse ponto. A controvérsia está em definir: “incapacidade financeira de quem?” Relativamente a isso, é preciso dar um passo além, uma contribuição a mais a ser oferecida por este julgamento.

O Tribunal de origem assentou a impossibilidade de a paciente e a família arcarem com o valor do medicamento. Diante do quadro, percebe-se ser viável incluir, no tocante ao tema deste recurso, a discussão quanto aos deveres de solidariedade familiar. Pode-se cogitar de um dever subsidiário do Estado em relação aos membros da família do paciente? A resposta é afirmativa.

A realização do direito à saúde pelo Estado está incluída em um projeto mais amplo de justiça redistributiva: a sociedade como um todo, por meio do pagamento de impostos e de específicas contribuições sociais, financia serviços públicos no campo dos direitos sociais – programas de educação, moradia, alimentação, trabalho, saúde, previdência e assistência social – em benefício, principalmente, dos mais necessitados. A solidariedade social é o princípio que governa essas práticas políticas.

No entanto, na busca do equilíbrio entre as facetas liberal e social do Estado, há de se entender o dever estatal de fornecimento de medicamentos de alto custo, fora dos programas estatais de distribuição universal – mantendo-se, em atitude minimalista, restrito ao tema do recurso –, como subsidiário ao dever legal de alimentos da família. A solidariedade social, manifestada pelo custeio tributário dos serviços públicos, deve ser observada de forma sucessiva, neste caso, ao dever de solidariedade familiar, fundado na Constituição e disciplinado no Código Civil.

A fórmula encontra amplo fundamento na moderna concepção “democrática” de família encampada pela Carta de 1988, que tem, na solidariedade entre os membros, um dos traços essenciais. Segundo as professoras Maria Celina Bodin de Moares e Ana Carolina Brochado Teixeira:

Em oposição ao modelo tradicional, a Constituição de 1988, fiel a seu tempo, adotou este modelo democrático de família, em que não há discriminação entre os cônjuges ou entre os filhos, nem direitos sem responsabilidades, ou autoridade sem democracia. Com efeito, para pôr fim àquelas desigualdades, a Constituição exerceu o papel fundamental de, ao estabelecer a igualdade entre cônjuges e entre os filhos, garantir a autonomia individual (mais ou menos ampla conforme a idade) e pressupor a solidariedade entre os seus membros.

[...]

Mais:

As famílias democráticas, configuradas através de estruturas as mais diversas, constituem-se como núcleos de pessoas, unidas pela afetividade e pela reciprocidade (*rectius*, solidariedade), e funcionalizadas para o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um de seus membros”. (GOMES CANOTILHO, José Joaquim *et all* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 2.117).

Merece repetição: na família contemporânea, não “há direitos sem responsabilidades”, a igualdade e a autonomia dos integrantes pressupõem a reciprocidade, a solidariedade entre si. Essa concepção fica muito clara no artigo 229 da Carta, segundo o qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. O dispositivo abrange os deveres de cuidado com a saúde como manifestação cogente de solidariedade familiar. A dignidade humana, considerado o direito à saúde, é comprometimento não só do Estado, mas também da família.

De acordo com as autoras, o artigo 229 configura expressão “do princípio da solidariedade no âmbito das relações parentais”. Não há deveres recíprocos com fundamento no poder familiar, e sim no princípio da solidariedade – a solidariedade familiar –, a justificar a assistência material e moral independentemente de limites etários: “o dever de assistência mútua existe entre todos os membros da família, pelo simples fato do pertencimento a este núcleo”. E acrescentam:

Percebe-se que tanto os deveres parentais quanto os filiais são exigências impostas pelo princípio da solidariedade, no âmbito da família. As obrigações se justificam em prol da dignidade daqueles que, de alguma forma, padecem de algum tipo de vulnerabilidade, demandando o outro (pais ou filhos) auxílio, de modo a suprir o *deficit* de discernimento, saúde ou mesmo econômico. (GOMES CANOTILHO, José Joaquim *et all* (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São paulo: Saraiva, 2013, p. 2.142-2.143).

Assim como o dever de todos em custear os direitos sociais mediante impostos e contribuições, a solidariedade familiar nesse campo possui base constitucional. Não há hierarquia formal entre esses diferentes deveres de solidariedade. Cabe ao intérprete realizar uma acomodação. Por ser específico, o dever familiar precede o estatal, que é custeado por toda a

sociedade por meio dos tributos. O Estado atua subsidiariamente – exclusiva ou complementarmente, a depender do nível de capacidade financeira da família solidária.

Cumprе ressaltar que o mínimo existencial dos membros da família, ainda que presentes os deveres de solidariedade familiar, deve ser respeitado. Ou seja, a obrigação destes, precedente à do Estado, vai até onde subsistir a capacidade financeira para custeio de direitos básicos – saúde, educação, alimentação, moradia – de si mesmos e de eventuais membros mais próximos da mesma família. A proposta a ser formulada não pode implicar trocas de tutela do mínimo existencial. Surge o dever solidário de cada parente quando não prejudicado o sustento individual do próprio mínimo existencial e o dos familiares mais próximos, assim categorizados conforme a disciplina legal pertinente.

As nuances de prioridades devem ser resolvidas pela observância das regras do Código Civil sobre a estrutura da família, das relações de parentesco e dos deveres alimentares. Tratamento de saúde, incluído o fornecimento de medicamentos, ao lado da alimentação, habitação, vestuário, está contido na espécie “alimento natural”, ou seja, os alimentos estritamente necessários à manutenção da vida de uma pessoa (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6ª ed., São Paulo: RT, 2009, p. 18). Dai por que a operacionalização do dever de solidariedade familiar, antecedente à solidariedade social materializada pelo custeio estatal dos medicamentos, deve atender ao conjunto de normas civis.

De acordo com o artigo 1.694 do Código Civil, o direito aos alimentos está vinculado às relações conjugais, de união estável e de parentesco. Consoante a jurisprudência dos tribunais de segundo grau e do Superior Tribunal de Justiça, também se faz ligado às relações socioafetivas.

No tocante às relações conjugais, hetero e homossexuais, tem-se, como obrigados, o(a) cônjuge e, na união estável, o(a) companheiro(a). Esses formam com o paciente o núcleo familiar, a ponto que a incapacidade financeira de um, via de regra, equivale à do outro. Não obstante, considerada a eventualidade de haver capacidades financeiras individuais diferenciadas, há normas expressas – artigos 1.566, inciso III, e 1.724 do Código Civil – no sentido do dever de mútua assistência. Surge a prioridade dos cônjuges e companheiros.

Na sequência, há o dever por relação de parentesco, natural, civil ou por socioafetividade, na forma preconizada no artigo 1.697 do Código Civil: “na

falta dos ascendentes, cabe a obrigação [de alimentos] aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais”. O dispositivo abarca as relações de parentesco em linha reta e colateral, precedendo as primeiras às segundas.

No âmbito da relação de parentesco em linha reta, a obrigação prioritária é dos pais (ascendente em primeiro grau), podendo recair, de forma exclusiva, sucessiva ou complementar sobre os demais ascendentes, avós ou bisavós (artigo 1.696 do Código). Na ausência ou na incapacidade financeira dos ascendentes, o dever é atribuído aos descendentes, observada a ordem de sucessão (primeiro filhos, depois netos, e assim por diante).

Na falta de ascendentes e descendentes, surge o dever de solidariedade por relação de parentesco em linha colateral, considerados os irmãos, germanos ou unilaterais, e a esses limitado.

Ante essas regras, as relações familiares, no tocante ao dever de solidariedade ao fornecimento de medicamentos imprescindíveis, há de respeitar a seguinte ordem de prioridade:

1º) cônjuge ou companheiro(a), consideradas as uniões homo e heterossexuais;

2º) ascendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites;

3º) descendente, natural, civil ou socioafetivo, em ordem sucessiva de grau de parentesco, sem observância de limites;

4º) irmãos, germanos ou unilaterais.

No campo processual, para obtenção da liminar, tutela antecipada ou específica, incumbe ao requerente instruir a inicial com a declaração não só da própria incapacidade financeira, como também dos familiares acima discriminados – cônjuge, companheiro(a), ascendentes, descendentes e irmãos –, devendo qualificá-los com a indicação de nomes, registros de identidade e endereços. Para efeito de implemento da tutela de urgência, não poderá o Juízo competente exigir mais do requerente quanto a esse elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial.

No âmbito da contestação, cumprirá ao Estado demonstrar haver um, ou mais, integrante da família dotado de capacidade financeira para custear, sem prejuízo do sustento do mínimo existencial individual e familiar, a aquisição dos medicamentos em discussão. Tendo o Juiz da causa vislumbrado a consistência da articulação, deverá, com base nos artigos 1.698 do Código Civil e 47, parágrafo único, do Código de Processo Civil, determinar que o autor requeira a inclusão do(s) aludido(s) familiar(es) para integrar a lide como litisconsorte(s) passivo(s) necessário(s). O não atendimento implicará consequências próprias, a serem definidas pelo Juiz competente, consoante a disciplina processual pertinente e as circunstâncias do caso concreto.

Antes de concluir, três advertências devem estar presentes.

A primeira é que não se está, com a proposta formulada, inovando na ordem jurídica. Trata-se de iniciativa de racionalização substancial e procedimental de espécie de litígio dos mais tormentosos do dia a dia forense, fundamentada, integralmente, nas disciplinas constitucional e infraconstitucionais, civil e instrumental, sobre o tema. Nada foi proposto que não encontre em dispositivo jurídico correspondência normativa.

A segunda é a de não se estar enfraquecendo o mínimo existencial, tornando-o ponderável frente aos deveres familiares. A fórmula desenvolvida visa densificar o dever estatal de tutela, incluindo, no núcleo constitutivo dessa obrigação, a incapacidade financeira da família solidária, e não apenas a do indivíduo.

A terceira é reiterar que não se está a sugerir medida a abranger outros direitos sociais. Versa-se, exclusivamente, a situação de recusa do Estado em fornecer medicamento em razão do alto custo e da ausência em listas oficiais de distribuição. Essa orientação, inclusive, não deve ser observada se a negativa alcançar produto incluído em rol próprio de política de distribuição universal, considerada a configuração inequívoca do dever legal.

Ante o exposto, estando configurados, conforme assentado na origem, os elementos objetivo e subjetivo do direito da recorrida à tutela estatal do mínimo existencial, desprovejo o recurso do Estado do Rio Grande do Norte.

Proponho a seguinte tese para efeito de fixação sob o ângulo da repercussão geral: o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política

Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil.

Plenário Virtual - minuta de voto - 21/08/2020 09:20