

O EXAURIMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA NÃO PODE SER CONDIÇÃO IMPOSTA À IMPETRAÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA PARA FORNECIMENTO DE REMÉDIO

EXHAUSTION OF THE ADMINISTRATIVE CHANNELS CAN NOT BE A CONDITION IMPOSED ON THE IMPETRATION OF WRIT OF MANDAMUS FOR MEDICINE SUPPLY

Gustavo Henrique Schneider Nunes¹

RESUMO

Por meio dessas linhas, será analisada a desnecessidade de o impetrante do mandado de segurança comprovar que obteve prévia recusa ao pedido de fornecimento gratuito de remédio em procedimento administrativo. Para tanto, o interesse de agir, ponto nevrálgico da questão, será pensado à luz dos direitos fundamentais processuais civis, a fim de tentar encontrar uma solução que se mostre mais adequada ao Estado Constitucional.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Fornecimento de remédios. Direitos fundamentais. Interesse de agir.

ABSTRACT

Through these lines, the lack of need for the plaintiff of the writ of mandamus to prove that he had previously been refused the request for free supply of medicine in administrative procedure will be analyzed. To this end, the interest in taking action, a

¹Doutorando em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Coordenador do Curso de Direito e Professor do Instituto Matonense Municipal Ensino Superior IMMES. Professor do Instituto Municipal de Ensino Superior de Bebedouro – IMESB. Professor dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP, da Escola Superior de Direito – ESD e do Centro Universitário UNIFAFIBE. Advogado. E-mail: ghsnunes@aasp.org.br.

crucial point in the matter, will be considered in the light of fundamental procedural civil rights in order to try to find a solution that is more appropriate to the Constitutional State.

Keywords: Writ of mandamus. Supply of medicines. Fundamental rights. Interest in acting.

INTRODUÇÃO

Na atualidade, tem sido frequente a utilização do mandado de segurança pelo cidadão hipossuficiente para compelir o Estado ao fornecimento gratuito de remédios, ante o cada vez mais constante indeferimento do pedido na via administrativa.

Trata-se de um fenômeno situado naquilo que se convencionou chamar de judicialização da política, ou, no caso, mais especificamente, *de* judicialização da saúde, uma vez que o Judiciário é quem tem concretizado este direito social quando da omissão do Executivo, promovendo um novo alinhamento na teoria da separação dos poderes, com forte intensidade ao exercício dos pesos e contrapesos, ainda que, por força disso, possa ocorrer uma certa espécie de tensão institucional.

Acontece que, na prática, há celeuma quanto à obrigatoriedade de a petição inicial do mandado de segurança estar acompanhada da recusa administrativa em relação ao fornecimento do remédio solicitado, pois, sem a apresentação da mesma, após a intimação do impetrante para proceder à emenda dentro do prazo legal de 15 dias, haveria, segundo se supõe, ausência de interesse de agir, de modo a acarretar o indeferimento da petição inicial e, por via de consequência, a extinção do processo sem resolução do mérito.

É justamente esse o ponto que se pretende discutir, a partir do desenvolvimento de uma visão crítica das normas processuais infraconstitucionais à luz dos direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal.

1. O FORNECIMENTO GRATUITO DE REMÉDIO PELO ESTADO COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à saúde, às condições para sua manutenção, o direito à vida e à dignidade humana, correspondem ao direito líquido e certo do impetrante do mandado de segurança que almeja a entrega de medicamentos gratuitos por parte do Estado. São direitos fundamentais, invioláveis e irrenunciáveis, garantidos pelos arts. 1º, III, 5º, *caput*, 6º e 196 da Constituição Federal.

Se por um lado existe a função de defesa dos direitos fundamentais (*status negativus*), consistente em normas de competência negativa para os poderes públicos, a fim de impedir que realizem ingerências indevidas na esfera jurídica do indivíduo, bem como implica o poder de exercer direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos para evitar lesões aos direitos dos indivíduos (liberdade negativa),² não se pode olvidar, por outro lado, a existência da função de prestação social a ser realizada pelo Estado em benefício do indivíduo (*status positivus*), como deve ocorrer, p. ex., na área da saúde.³

Trata-se de direito de segunda dimensão, que para ser efetivado necessita de prestações positivas do Estado. Aqui, não se cuida mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim de propiciar ao indivíduo direitos a prestações sociais, almejando-se a igualdade material.⁴

Pela própria leitura do art. 196 da CF e das leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos,⁵ vê-se que há duas situações que merecem ser enfatizadas para que ocorra a ótima efetividade do direito em apreço: a) o direito à saúde é um direito público subjetivo do indivíduo, de titularidade universal; b) devem existir normas de cunho impositivo de deveres estatais para implementar uma série de tarefas nessa seara, inclusive, referentes ao fornecimento gratuito de medicamentos aos necessitados.

Na esteira do que já bem decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello:

² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992, p. 373.

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, p. 374.

⁴ Nesse sentido: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 320; MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 626.

⁵ Ver, por todos: Lei nº 8.080/90; e Lei nº 9.313/96.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.⁶

O fornecimento de medicação ao necessitado é um direito amplamente reconhecido e assegurado pela jurisprudência pátria. Trata-se de um primado básico decorrente da hermenêutica jurídica: quem dá os fins tem que dar os meios. Assim, se a Constituição Federal assegura o direito à vida (art. 5º, *caput*) e o direito à saúde (art. 6º), assinala que nenhuma pessoa poderá ter a sua trajetória interrompida a não ser que fique demonstrada a inexistência de meios que estejam ao alcance do Estado para evitar a morte.⁷

Em relação ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, foram estipuladas balizas pelo STJ no âmbito do Recurso Especial Repetitivo nº 1.657.156-RJ, parcialmente alterado pelo acolhimento de embargos de declaração, para fixar tese nos seguintes termos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma

⁶STF, AGRG no RE nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.09.2000.

⁷TJSP, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 3029817-47.2013.8.26.0602-Sorocaba, Rel. Des. Luiz Sérgio Fernandes de Souza, j. 28.07.2014, *v.u.*

cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.⁸

Posteriormente à decisão prolatada pelo STJ, o STF, no RE nº 657.718, veio a decidir que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos sem a existência de prévio registro na ANVISA, exceto em casos excepcionais e urgentes, bem como assentou a impossibilidade de concessão de ordem judicial para o fornecimento de medicamento que ainda se encontre em fase experimental.

Para tanto, os parâmetros delineados na tese foram os seguintes:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.⁹

Portanto, sob a perspectiva da integridade do direito brasileiro (Constituição Federal, leis e precedentes), o fornecimento de medicamentos pelo Estado é parte indissociável à adequada tutela judicial da saúde,¹⁰ desde que observados os parâmetros definidos nos precedentes emanados das Cortes Superiores.

⁸ STJ, 1ª Seção, EDcl no REsp1657156/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 12.09.2018, *DJe* 21.09.2018, *v.u.*

⁹ STF, Pleno, RE nº 657.718/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do acórdão Min. Roberto Barroso, j. 22.05.2019, maioria de votos.

¹⁰ Ver: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas Para Implementação do Direito de Acesso a Medicamentos no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 879, 2009, p. 09.

2. DO DESNECESSÁRIO EXAURIAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA PARA A IMPRETAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O assunto em análise é bastante controvertido, pois há posicionamentos emanados da doutrina especializada a sustentarem que a petição inicial do mandado de segurança tem que necessariamente estar acompanhada da cópia do procedimento administrativo e, em especial, da recusa no fornecimento da medicação solicitada,¹¹ embora, neste trabalho, não se visualize tal ponto de vista como adequado, conforme se verá a seguir, já que ao mesmo tempo em que amparado pelo dogmatismo acrítico,¹² viola também os direitos fundamentais de ação, de acesso à justiça e de inafastabilidade jurisdicional, todos garantidos no art. 5º, XXXV, da CF.

Não se pode desconsiderar que a via do *mandamus* deve ser considerada adequada à natureza do pedido por ele formulado, uma vez a declaração médica a

¹¹Nesse sentido: “Trata-se, pois, de uma tendência, decorrente da releitura – atualizada e contextualizada – do interesse de agir, consagrando o entendimento de que, antes de esgotadas as vias suasórias (as quais, de resto, permitem que a pendência alcance o desejável grau de maturação), não se pode ter como configurada uma vera *lide* que possa e mereça ser, válida e utilmente, submetida ao Judiciário. Note-se que de modo algum por aí se apregoa uma genérica “jurisdição condicionada” ou um desmesurado esgotamento prévio da instância administrativa ou do plano consensual (nos moldes da EC 01/1969, § 4.º do art. 153), mas, antes e superiormente, essa proposta visa prevenir a judicialização direta, imediata e açodada de pretensões que sequer foram antes submetidas à contraparte ou às instâncias competentes, não tendo assim atingido o desejável ponto de maturação que permitisse configurá-las como *lides*, no sentido próprio da palavra. Esse renovado pensamento enseja que desse modo se estimulem as instâncias administrativas e parajurisdicionais a se estruturarem para atender com eficiência os objetivos a que se preordenam, e ainda estabelece um legítimo elemento de contenção contra o demandismo judicial excessivo”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**. Dez/2012, Vol. 926, p. 135. No mesmo sentido: “O fortalecimento do acesso à justiça não pode conduzir, contudo, no meu singelo sentir, a uma substituição da atividade administrativa, quando se tratar de obrigação *querable* ou que precisa ser requerida. Se, por um lado, o exaurimento da via administrativa, salvo no caso da justiça desportiva, não pode ser mais exigido para o exercício do direito de ação, isso não significa o puro e simples desaparecimento da necessidade de se formular prévio requerimento junto à Administração Pública, na medida que a pretensão administrativa precisa ser apreciada e negada para que se configure a *lide*, ou seja, o conflito caracterizado pela pretensão resistida. Do contrário, não haverá interesse de agir”. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Acesso à Justiça e as Condições da Ação. **Revista de Processo**. Ago/2009. Vol. 174, p. 325.

¹²“O dogmatismo determinou duas consequências indesejáveis para o Direito. A primeira decorrente da própria formação do *dogma* e da correspondente supressão de qualquer vestígio de pensamento crítico. O dogmático perde a capacidade de indagar pelo “por quê” dos fenômenos, das circunstâncias e obstáculos que o abraçam. O pensamento dogmático não pergunta pelas causas daquilo que acontece no domínio do Direito. Limita-se ao “como”. Isto acaba fortalecendo o próprio dogma”. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299.

indicar o diagnóstico de determinada doença, bem como a medicação necessária para tratá-la, são, por si só, suficientes em termos probantes.

À luz dos direitos e garantias fundamentais, o exercício ao direito de ação que visa a obtenção de provimento jurisdicional consistente na entrega de medicamentos por parte do Estado, não pode estar ou ser condicionado pelo esgotamento das instâncias administrativas.

Por força das mudanças pelas quais passou o Direito como um todo e especialmente o Direito Processual Civil nos últimos anos há necessidade de contextualizar o papel da prestação da tutela jurisdicional no Estado contemporâneo, notadamente por força da influência exercida sobre ele pela Constituição Federal de 1988 – que criou o Direito Constitucional Processual,¹³ ou, se preferir, o Modelo Constitucional de Direito Processual Civil¹⁴ –, em virtude, sobretudo, da forte presença de direitos fundamentais processuais civis em seu texto e da interpretação e aplicação da norma emanada do texto definirem o jeito de ser do processo.

O Desembargador Souza Meirelles, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, quando de seu significativo voto na Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071, teve oportunidade de enfatizar o quão desejável é, primeiramente, aportar-se o cidadão necessitado às vias administrativas, para, somente ao depois, no caso de recusa, socorrer-se ao Judiciário.

Mas, como bem destacado por ele, ao longo da construção de seu voto, não há como se vislumbrar

como pessoas de perfil ordinariamente humilde, grau de instrução por vezes rudimentar e fustigadas pelos transtornos psicológicos e emocionais que as enfermidades costumam infundir, poderiam se

¹³ “Naturalmente, o direito processual se compõe de um sistema uniforme, que lhe dá homogeneidade, de sorte a facilitar a sua compreensão e aplicação para a solução das ameaças e lesões a direito. Mesmo que se reconheça essa unidade processual, é comum dizer-se didaticamente que existe um direito constitucional processual, para significar o conjunto das normas de direito processual que se encontra na Constituição Federal, ao lado de um direito processual constitucional, que seria a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Não se trata, portanto, de novos ramos do direito processual” NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

¹⁴ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1, págs. 128 e ss.

deixar guiar por uma consciência jurídica tão aprimorada que lhes permita coligir provas por meios alternativos mediante os quais satisfatoriamente instruir suas rogativas.¹⁵

E, mais ainda: pode-se dizer que a desnecessidade do esgotamento da via administrativa,

[...] repousa em que, quando se nega ou se protraí a atender às justas reivindicações dos pacientes, o sistema público de saúde costumar adotar o método de **comunicação oral** ou mesmo a **estratégia do silêncio de caso pensado**, esquivando-se quanto possa, de emitir qualquer **manifestação formal de vontade** de modo a justificar sobredita recusa.¹⁶(*grifos no original*)

Nessa ordem de ideias, não se pode olvidar que seria desprezar o que se passa no plano da realidade¹⁷ imaginar que o impetrante obteria com maior grau de agilidade e eficiência a medicação de que necessita se antes a tivesse pleiteado na esfera administrativa, pois, ainda com fundamento no voto do Des. Souza Meirelles:

Subjazem nesse compasso impregnações de utopia em imaginar que fora do órgão jurisdicional os beneficiários serão melhor acolhidos,

¹⁵ TJSP. 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071-Bauru, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 05.02.2014, *v.u.*

¹⁶ TJSP. 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071-Bauru, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 05.02.2014, *v.u.*

¹⁷“A criação do “mundo jurídico”, tão presente em nossas concepções do Direito, foi uma consequência inevitável do *racionalismo*. Não é de estranhar que nossas Universidades limitem-se a ensinar “verdades externas” que prescindem dos fatos. O direito processual moderno, como disciplina abstrata, que não depende da experiência, mas de definições, integra o paradigma que nos mantém presos ao racionalismo, especialmente ao Iluminismo, que a História encarregou-se de sepultar. Esta é a herança que temos de exorcizar, se quisermos libertar de seu jugo o Direito Processual Civil, tornando-o instrumento a serviço de uma autêntica democracia. É ela a responsável pela suposta neutralidade dos juristas e de sua ciência, que, por isso, acabam permeáveis à ideologias dominantes, sustentáculos do sistema, a que eles servem, convencidos de estarem a fazer ciência pura”.SILVA, Ovídio A. Baptista da.**Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**, p. 79.

posto dificultoso crer-se que um aparelho burocrático empenhado em contestar e mobilizar empedernidamente todas as estratégias defensivas engendradas pela processualística, e, ao que temos sentido, sequer titubeia em descumprir ordens judiciais, esteja predisposto a adotar comportamentos de moralidade pública distintos daqueles que lhes timbra o proceder em Juízo.

Lógico que seria maximamente obsequioso aos anseios de aprimoramento da organicidade social os pacientes trocaram os escritórios de advocacia pelo caminho de volta ao Sistema Único de Saúde, de onde têm eles migrado por frustração e mesmo desesperança, contanto que esse êxodo se operasse sob o arnês da espontaneidade, impelido só e só pela reaquisição dos paradigmas de eficiência dos serviços perdidos ao longo do tempo, e não por influxo dos artifícios de intranscendência ou reducionismo dos institutos do direito processual civil garantidores do acesso à Justiça.

Além disso, será não mais que uma forma transversa de evasão dos problemas sociais, escamoteando-se sob o tapete a poeira historicamente acumulada de renitência em não fazer cumprir os direitos sociais fundamentais, assim o pensamos.¹⁸

No Estado contemporâneo, o processo civil deve ser pensado e aplicado na perspectiva dos direitos fundamentais e princípios constitucionais de justiça, com os olhos voltados às particularidades do caso concreto e à adequada, tempestiva e efetiva tutela do direito material e, por isso, o direito de ação, bem como a jurisdição e o processo, não podem mais refletir uma postura introspectiva a indicar que o sistema processual consiste em um objetivo em si mesmo considerado, sem preocupações com os resultados que deles esperam a sociedade, o Estado e os jurisdicionados.¹⁹

De acordo com o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco, a ideia que agora se busca concretizar é a do processo civil de resultados úteis, consistente

¹⁸TJSP. 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071-Bauru, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 05.02.2014, *v.u.*

¹⁹NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1, p. 111.

[...] na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela que se encontrava antes do processo. Não basta o enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito, quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar e proporcionando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. ‘Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de receber’ (Chiovenda), sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social. O processo vale pelo resultado que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida – e a exagerada valoração da ‘ação’ não é capaz de explicar essa convocação institucional do sistema processual nem de conduzir à efetividade das vantagens que dele se esperam.²⁰

Sendo o acesso à justiça um princípio-síntese e objetivo final da prestação da tutela jurisdicional, adverte Luiz Guilherme Marinoni, que “a realização de direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário”.²¹

Além disso, “para garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o direito da ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo que não os ter”.²²

Nesse ponto, asseverar que falta interesse de agir ao impetrante pelo não exaurimento da via administrativa é não compreender a modificação pela qual passou o interesse de agir, eis que não guarda relação apenas com a negativa peremptória do direito, mas também/ contempla a incerteza do atendimento ao pedido formulado em sede de procedimento administrativo, notadamente em razão do risco advindo das

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, p. 111.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006, v.1, p. 185.

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**, p. 185.

oscilações orçamentárias e da troca de administrador por força do processo eletivo quadrienal.²³

O interesse de agir há de ter uma conceituação mais ampla, porque não se resume ao trinômio adequação/necessidade/utilidade, projetado na perspectiva de ver-se formalmente declarado o direito, senão também para realizá-lo do ponto de vista prático sob o coeficiente da efetividade.²⁴

A exigência do esgotamento da via administrativa para ingressar com ação em juízo era algo admissível de regulamentação na realidade da CF/69, tendo em vista que funcionava como se fosse uma verdadeira “condição de procedibilidade” da ação civil, que, se não atendida, ensejaria a extinção do processo sem resolução do mérito.

Segundo a sempre abalizada lição de Nelson Nery Junior,

A CF de 1988 não repetiu a ressalva contida no texto revogado, de modo que não mais permite, no sistema constitucional brasileiro, a denominada ‘jurisdição condicionada’ ou ‘instância administrativa de curso forçado’. [...] Apenas quanto às ações relativas à disciplina e às competições esportivas que o texto constitucional exige, na forma da lei, o esgotamento das instâncias da justiça desportiva (CF 217 § 1º).²⁵

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de forma acertada, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que “o direito à saúde é

²³ TJSP. 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071-Bauru, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 05.02.2014, *v.u.*

²⁴ TJSP. 13ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 9000005-30.2012.8.26.0071-Bauru, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 05.02.2014, *v.u.*

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Op. Cit.**, p. 194. No mesmo sentido: “Também não há exigência de esgotamento de outras instâncias, administrativas ou não, para que se busque a guarida jurisdicional. Quando assim o deseja, a própria Constituição impõe este requisito, como ocorre em relação às questões esportivas, que devem ser resolvidas inicialmente perante a justiça desportiva para que, após o esgotamento das possibilidades, possam ser remetidas ao exame do Poder Judiciário. É a única exceção constitucional. Única. A Constituição passada permitia, ainda, que, em relação a algumas matérias, se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, § 4.º, da CF (LGL\1988\3)/69, que funcionava como uma espécie de condição de procedibilidade. A CF/88 (LGL\1988\3) não repetiu a ressalva. A mudança na redação dos dispositivos, entretanto, afasta qualquer interpretação no sentido de que esta imposição perdure nos dias atuais. Repita-se: a única imposição de esgotamento de vias extrajudiciais é em relação às questões desportivas. E só. Não se admite mais a chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado”. DIDIER JR., Fredie. Notas Sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: O Princípio do Direito de Ação ou da Inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. Out/2002. Vol. 108, p. 23.

assegurado constitucionalmente, sem condicionantes”,²⁶ conforme se visualiza dos julgados abaixo transcritos:

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Ação de Obrigação de Fazer c/c Pedido de Tutela Antecipada. Preliminar de falta de interesse de agir arguida pela Fazenda Estadual, uma vez que o autor não teria comprovado exaurimento da via administrativa. Desnecessidade. Princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CF). Preliminar rejeitada.²⁷

RECURSO DE APELAÇÃO – AÇÃO ORDINÁRIA – MEDICAMENTO. Processo extinto sem resolução do mérito. Indeferimento da petição inicial por entender o Juízo “a quo” que não houve comprovação de negativa no oferecimento do tratamento na via administrativa. Inadmissibilidade. O acesso ao Poder Judiciário não está vinculado ao prévio exaurimento da via administrativa. Dever constitucional do Estado, em seu sentido amplo, de fornecer o tratamento. Não cabe à parte escolher a instituição. Tutela deferida. Recurso provido.²⁸

FALTA INTERESSE DE AGIR. Ausência de prévio requerimento administrativo Descabimento – Garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) - Preliminar rejeitada. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. Paciente portador de “Síndrome da Apneia Obstrutiva do Sono” - Prova inequívoca da necessidade do aparelho CPAP para controle da doença Hipossuficiência para o custeio. Assistência integral à saúde. Dever do Estado. Imposição da Constituição Federal e Estadual e entendimento da Lei Federal nº 8.080/90. Inadmissibilidade de se afastar a obrigação do Estado sob os argumentos de necessidade de prévia dotação orçamentária, de

²⁶ TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 005945-46.2013.6.26.0637-Tupã, Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. 29.07.20014, *v.u.*

²⁷ TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 005945-46.2013.6.26.0637-Tupã, Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. 29.07.20014, *v.u.* No mesmo sentido: TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 018946-05.207.8.26.0348-Mauá, Rel. Des. Carlos Violante, j. 15.07.2014, *v.u.*; TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 0031296-40.2010.8.26.0309-Jundiaí, Rel.ª Des.ª Vera Andrisani, j. 15.07.2014, *v.u.*; STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 67451/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJ* 07.02.2012, *v.u.*

²⁸ TJSP, 5ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 0002569-43.2012.8.26.0619-Taquaritinga, Rel. Des. Marcelo Berthe, *DJ* 29.07.2013, *v.u.*

padronização do material postulado e de prova de sua eficácia Sentença de procedência mantida. Recurso não provido.²⁹26

Mandado de Segurança. Pretensão ao fornecimento de medicamento. Concessão da ordem. Inconformismo. Interesse de agir configurado não apenas diante da necessidade de reconhecimento do direito senão também pela busca de sua efetividade por meio de provimento jurisdicional garantidor da manutenção estável no orbe administrativo enquanto dele imprescindir o paciente, ante o risco de intermitências pela oscilação orçamentária e mudança de diretrizes de atendimento motivada pelo câmbio do gestor por meio do processo eletivo quadrienal. Sistema Único de Saúde caótico e que não disponibiliza aos concidadãos manifestação de vontade por escrito justificando a impossibilidade de cobertura, de par com análoga providência determinada pela ANS às Operadoras de Planos Privados de Assistência à Saúde, via da Resolução Normativa RN n. 319 – implausibilidade de exigência de exaurimento similar ao das vias administrativas como condição do direito de ação. Garantia constitucional do pleno acesso à saúde – aplicabilidade imediata da norma. Direito de todos e dever do Estado, semântica que se exaure na própria literalidade do enunciado inteligência do artigo 196 e seguintes da Sexta Carta Republicana. Sentença integralmente mantida apelo voluntário e reexame necessário desprovidos.³⁰

Por derradeiro, importa ainda destacar que, se a Súmula 89 do Superior Tribunal de Justiça é expressa no sentido de que “a ação acidentária prescinde do exaurimento da via administrativa”, por analogia, também há de ser assim consolidado o entendimento em relação à impetração de mandado de segurança para fornecimento de medicação.

CONCLUSÃO

Proporcionando a via judicial do mandado de segurança maior nível de efetividade em relação à tutela do direito almejada pelo impetrante em comparação ao que provavelmente obteria no procedimento administrativo, o interesse de agir deve ter

²⁹ TJSP, 12ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 4005810-68.2013.8.26.0506-Ribeirão Preto, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, *DJ* 13.08.2014, *v.u.*

³⁰ TJSP, 13ª Câmara de Direito Público, Apelação/Reexame Necessário nº 0012895-77.2013.8.26.0053-São Paulo, Des. Rel. Souza Meirelles, *DJ* 28.05.2014.

seu campo de atuação repensado para não consistir em empecilho aos direitos fundamentais de ação, acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição, vida e saúde.

Conclui-se, pois, que o exaurimento administrativo não é condição imposta à impetração do mandado de segurança, sendo-o apenas e tão somente em relação às ações afetas à disciplina e às competições esportivas, em conformidade com a exigência prevista no art. 217, § 1º, da CF.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.1.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1992.

DIDIER JR., Fredie. Notas Sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: O Princípio do Direito de Ação ou da Inafastabilidade do Poder Judiciário. **Revista de Processo**. Out/2002. Vol. 108.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Revista dos Tribunais**. Dez/2012, Vol. 926, p. 135.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. São Paulo: RT, 2006, v.1.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. O Acesso à Justiça e as Condições da Ação. **Revista de Processo**. Ago/2009. Vol. 174.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 11 ed. São Paulo: RT, 2013.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider Nunes. **Tempo do Processo Civil e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas Para Implementação do Direito de Acesso a Medicamentos no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 879, 2009.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Submetido em 01.10.2019

Aceito em 07.10.2019