

AS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO NAS DEMANDAS DE SAÚDE

Walter Rodrigues Ferreira¹, Fernanda Santos Sampaio Santoro²

RESUMO

A presente dissertação aborda aspectos referentes ao resultado útil do processo frente a possibilidade de concessão de tutelas provisórias. As tutelas provisórias são consideradas instrumentos de aceleração processual, uma vez que por meios delas, preenchidos os requisitos, se alcança no início do processo aquilo que seria concedido apenas ao final.

A saúde é um direito fundamental garantido pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais. Logo, o Estado tem o dever de atender as normas programáticas ali estabelecidas, ainda que sob os limites da “reserva do possível” e do “mínimo existencial”.

Discute-se também aqui se a razoável duração do processo na Justiça Federal possibilitará o seu resultado útil e quais requisitos autorizam ao Poder Judiciário interferir nas políticas de saúde de modo a não comprometer o sistema como um todo; e também a não banalizar as normas programáticas constitucionais como instrumento gerencial de administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL.

¹ Servidor do Conselho da Justiça Federal. Graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (2019). Especialista em Planejamento Estratégico com Ênfase no BSC pela Universidade Católica de Brasília.

² Professora Mestre em direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal-UDF. Pesquisadora do grupo de pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável do UDF - ODS 8. Possui especialização em Direito Público pela Funcesi-MG e em Direito Civil pela PUC-Minas. Possui Curso de Didática de Ensino Superior. Atualmente é professora de Direito Civil, Processo Civil e atua no Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário UDF. É advogada atuante com experiência nas áreas de Direito Civil, Penal e Trabalho, com ênfase em Direito Civil e Processo Civil. Mediadora de processos Cíveis e Família.

ABSTRACT

This dissertation deals with aspects related to the useful outcome of the process in view of the possibility of granting interim relief. Provisional protections are considered instruments of procedural expediency, since, by means of them, fulfilling the requirements, one reaches at the beginning of the process what would only be granted at the end.

Health is a fundamental right guaranteed by the Federal Constitution and by nonconstitutional laws. Therefore, the State has a duty to comply with the programmatic norms established therein, even if it is within the limits of the “reserva do possível” and the “mínimo existencial”.

It is also discussed here whether the reasonable length of the process in Federal Justice will enable its useful outcome and what requirements allow the judiciary to interfere with health policies so as not to compromise the system as a whole; and not to trivialize constitutional programmatic norms as a management tool for public administration.

KEYWORDS: STABILIZATION OF ANTICIPATED TITTLE; SINGLE HEALTH SYSTEM, “MINIMUM EXISTENTIAL”; “RESERVE AS POSSIBLE”.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil – CPC de 2015 estabeleceu algumas mudanças em relação ao antigo, de 1973, e visando celeridade e estabilidade, estabeleceu que as tutelas provisórias agora podem ser fundadas em urgência e evidência. Para Câmara (2017, p. 143), as “Tutelas provisórias são tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em cognição sumária (isto é, fundadas em um exame menos profundo da causa, capaz de levar à prolação de decisões baseadas em juízo de probabilidade e não de certeza). Podem fundar-se em urgência ou em evidência (daí por que se falar em tutela de urgência e em tutela da evidência)”. Enquanto as tutelas de urgência são normalmente requeridas em caráter antecedente, as tutelas de evidência são pedidas no decorrer do processo, em caráter incidental. Em ambos os casos visam a proteger ou antecipar um direito que somente seria concedido no final do processo.

A saúde é um direito previsto na Constituição Federal de 1988 como Direito Social, aduz o 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.”. Já o art. 194/CF determina que a seguridade social (na qual está inserido o direito relativo à saúde) é competência do poder público, o qual deve ter como objetivo, dentre outros: “I - universalidade da cobertura e do atendimento”. De fato, o art. 196 estabelece que “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.”.

Muito embora o legislador tenha assegurado todo o arcabouço jurídico para que o Estado cumpra a sua função social relativa à saúde, o fato é que ainda deixa muito a desejar. Frequentemente vemos reportagens jornalísticas as quais mostram que o acesso ao sistema de saúde é precário ou inexistente. Em matéria publicada no dia 7 de abril de 2019, no site do jornal Correio Braziliense³, foi noticiado que “O sofrimento que a família passou é apenas um retrato da situação de muitas outras pessoas que dependem da saúde pública no Distrito Federal, sucateada nas últimas décadas. É um problema histórico que o governo do Distrito Federal tenta resolver. Recorrer ao serviço virou sinônimo de angústia para brasilienses de qualquer faixa etária, sobretudo àqueles que deveriam ser tratados com prioridade: crianças e idosos” -

Frequentemente, os usuários do sistema de saúde buscam no judiciário provimento jurisdicional que obrigue o Estado a atender sua demanda. Assim, forma-se

³<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2019/04/07/interna_cidadesdf,747938/a-via-crucis-de-criancas-e-idosos-nas-filas-de-hospitais-do-df.shtml> Acesso em 21/04/2019.

outra fila: a de julgamentos das demandas de saúde do Poder Judiciário.

O CPC/2015 trouxe algumas importantes mudanças, que objetivam, em síntese, a celeridade processual. Dessa forma, temos que os artigos 294 e seguintes do CPC tratam especificamente do tema. Importante ressaltar que, na técnica processual atual, a tutela antecipada, até que seja modificada, mantém seus efeitos mesmo que haja suspensão do processo. Por isso mesmo, tais tutelas, podem corrigir injustiças que possam vir a ocorrer em razão da morosidade processual.

A competência para processar e julgar as demandas de saúde é da Justiça Federal, e não há dúvidas de que a União é competente para compor o polo passivo da relação jurídica. Dispõe o art. 109, inc. I da CF/88 que compete aos juízes federais processar e julgar “I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.”

O CPC/2015, nos art. 294 a 311, ao tratar das tutelas provisórias, evidencia que as decisões interlocutórias podem ter sua prolação com base em um exame menos profundo, usando juízo de probabilidade e de certeza precária, dividindo-se assim em urgência e evidência. (CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157). Com efeito, pode o magistrado antecipar um direito que seria assegurado apenas após o longo processo, desde que presentes requisitos específicos, a saber:

A fumaça do bom direito (*fumus boni iuris*)

O perigo da demora (*periculum in mora*)

O perigo da demora pode fazer com que o processo não alcance resultado útil. Nos casos de tratamento de saúde ou aquisição de medicamentos, tal demora pode resultar em agravamento da doença, trazendo como consequência, sequelas graves, ou até mesmo a morte do autor da ação.

2. AS TUTELAS PROVISÓRIAS DE ACORDO COM O NOVO CPC

A decisão do Magistrado deve chegar em tempo razoável, e com as devidas garantias do contraditório e da produção de provas. Nesse sentido, vale lembrar que um processo rápido que não respeite as normas processuais também não produz resultados adequados.

As tutelas provisórias são “tutelas jurisdicionais não definitivas, fundadas em

cognição sumária”⁴. Ou seja, são fundamentadas em um exame menos profundo da causa. O CPC/2015 trata das tutelas em um único livro. E diferentemente do código de processo civil revogado, não há mais a existência do processo cautelar autônomo. Assim, temos que o pedido por tais tutelas se dão sempre em processo de conhecimento ou de execução.

A tutela provisória não decide definitivamente sobre a questão, não tendo força de coisa julgada. Ainda que dotada de eficácia imediata, poderá ser modificada em outros momentos processuais, conforme disposto no art. 296/CPC, parte final.

A decisão acerca da tutela provisória necessita ser, por óbvio, fundamentada (art. 298/CPC), cabendo ao juízo o qual proferiu a decisão que defere o pedido, assegurar o cumprimento do comando judicial, tomando de ofício, ou a requerimento da parte, as medidas coercitivas necessárias a sua execução.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

As tutelas provisórias podem ter como fundamento a urgência ou a evidência.

A tutela provisória de urgência requer que estejam presentes os requisitos do artigo 300, caput, do CPC, que são o *fumus bonis juris* e o *periculum in mora*, significando respectivamente, a probabilidade do direito e o risco de prejuízo irreparável ou de difícil reparação em razão da demora processual.

A tutela provisória de evidência poderá ser concedida de acordo com os requisitos do art. 311 do CPC e não se baseia em um perigo. Esse tipo de tutela tem o condão de inverter o ônus da excessiva duração do processo, que em geral, recai sobre o autor da demanda.⁵ Nesse caso, verifica-se um comportamento protelatório do réu, abusando do seu direito de defesa. Ou ainda, comprova-se o alegado por meio de provas documentais as quais a parte contrária não oponha dúvida razoável (inciso IV do art. 300/CPC).

A tutela provisória de urgência poderá ser requerida no início do processo ou momento posterior, de forma incidental. Noutro giro, a tutela de evidência terá sempre caráter incidental e deverá ser dirigida ao juízo onde tramita o feito.⁶

2.1.1 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência, em razão do disposto no art. 294/CPC, poderá ser cautelar ou satisfativa.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 159

⁵ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito civil processual esquematizado - São Paulo, 2016. Pag. 351

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 159

Na lição de Alexandre Câmara, a tutela cautelar é aquela que visa assegurar o resultado útil do processo, em que há fundamentada urgência, como no caso do devedor que tenta desfazer-se de seus bens penhoráveis antes de vencida a dívida, de modo a frustrar uma possível execução.

Nesse caso, se faz necessário que mecanismos processuais assegurem o futuro resultado útil do processo. Ressalte-se que não se trata de tutela satisfativa (a qual permite a fruição imediata do direito), mas de tutela “não satisfativa”, que apenas assegura o resultado útil, no caso sentença ser favorável à pretensão autoral.

No mesmo sentido posiciona-se Marcus Vinícius Rios Gonçalves, para que assevera que “o juiz não concede, já, o que só seria deferido no final, mas determina providências de resguardo, proteção e conservação dos direitos em litígio.”.

Com outro objetivo, temos a tutela de urgência satisfativa. Esta sim, se presta a fruição imediata do direito perseguido. Nos casos de demanda de saúde, em particular, dada a urgência que sempre acompanha tais situações, seja nas demandas por tratamento de saúde ou medicamento, esse parece ser o tipo de tutela mais adequado a se pedir.

Não obstante os requisitos autorizadores, temos também um requisito a ser vencido de caráter proibitivo: trata-se do §3º do já citado art. 300/CPC, que inicialmente, não permite a concessão de tutelas provisórias nos casos em que haja a possibilidade de irreversibilidade da decisão prolatada, como por exemplo, no caso da concessão do pedido de demolição de um prédio. Contudo, ressalva Alexandre de Moraes que esta proibição não é absoluta, como nos casos de fixação de alimentos e nas demandas de saúde. Para fundamentar seu raciocínio, o ilustre autor cita o enunciado n. 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: “Não é absoluta a regra que proíbe a tutela provisória com efeitos irreversíveis.”. Trata-se aqui da necessidade do juiz avaliar a quem deve ser menos oneroso suportar os danos da decisão, pois pode ser que não concessão da tutela requerida também cause danos irreparáveis.

Outro aspecto importante da técnica processual referente às tutelas é o que está disposto no §1º do art. 300/CPC, que trata da caução a ser oferecida pela parte demandante como garantia de acautelar os danos que possam sofrer a parte contrária. A regra é que haja o devido acautelamento. Entretanto, tal exigência encontra limites na hipossuficiência jurídica. Assim, se entender o magistrado, ficará, excepcionalmente, a parte autora dispensada de prestação de contracaução.

A tutela de urgência requerida em caráter antecedente requer procedimentos específicos para sua proposição, conforme se deduz da análise do art. 303/CPC, que se refere aos casos em que a urgência é contemporânea à propositura da ação. Há, no referido artigo, uma mitigação dos requisitos necessários à petição inicial. Isso ocorre em razão da urgência extrema que fundamenta sua proposição. Somente será necessário requerer: a) tutela de urgência pretendida; b) indicação do pedido final; c)

exposição sumária da causa; e, d) o direito que se busca realizar, além da situação de perigo de dano iminente ao direito material ou ao resultado útil do processo.

O Professor Alexandre Câmara⁷, para exemplificar a situação acima, toma como exemplo a demanda por uma internação hospitalar de emergência, recebida por juiz plantonista, em razão da urgência do procedimento. Assinala o referido autor que seria um “absurdo” exigir do demandante, mesmo que representado por seu advogado, a apresentação da peça inicial completa. Concedida a tutela de urgência, a técnica processual determina que o demandante complemente a petição inicial, com que tudo que for necessário, como novos documentos e informações.

2.1.2 TUTELA DE EVIDÊNCIA

No art. 311/CPC encontramos os incisos autorizadores da concessão da tutela de evidência, que são o abuso de defesa por parte da ré e também sua atitude protelatória. Não se trata aqui de um perigo iminente, mas de inverter o ônus da demora processual, mesmo que não haja urgência. A tutela de evidência será sempre incidental, uma vez que seus pressupostos evidenciam uma relação processual completa. Como o processo já está em andamento, o pedido será feitos nos autos principais.

Para exemplificar, Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁸ ilustra uma situação em que o réu, em ação de cobrança, abusa de direito de defesa ou utiliza da técnica processual com intuito protelatório (art. 306, inciso I, do CPC). Em casos, poderá o magistrado autorizar o cumprimento provisório da sentença, bem como determinar o arresto de bens garantidores da futura execução.

A tutela provisória de evidência tem caráter sancionatório, pois sua concessão demonstra que a parte contrária agiu em desacordo com os princípios processuais, em especial o princípio da boa-fé processual. A finalidade protelatória não pode ser tolerada, uma vez que o ônus suportado pelo demandante já é por demais excessivo.

2.2 ESTABILIZAÇÃO

A competência para julgar o pedido provisório será sempre do juiz que irá julgar também o pedido principal, conforme disposto no art. 299 do CPC⁹.

Uma vez deferida a tutela antecipada em momento antecedente, o prazo para o autor completar a inicial será, em regra, de 15 dias, contudo, pode o juiz determinar outro prazo.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 164

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 370

⁹ Art. 299 do CPC: “A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.”

O processo prosseguirá na forma do art. 296 do CPC¹⁰. Ou seja, até que a decisão concessória de tutela seja modificada (seja pelo magistrado em sede de retratação ou revogação, ou por determinação de decisão recursal), manterá sua eficácia. O processo então irá prosseguir, conforme rito próprio, até que seja pronunciada decisão de mérito. Haverá, por consequência, estabilidade provisória da medida, conforme descrito no art. 304 do CPC, mas que pode ser modificada por pedido das partes.

Em embora o CPC referira-se a ao termo estabilização da tutela no Livro V, trata-se de estabilização de tutela provisória, que poderá ser reformada ou revogada a qualquer tempo. Isso porque se trata de decisão que poderá ser modificada quando da sentença. A sentença sim possui caráter exauriente de cognição do juízo competente.

Não restam dúvidas de que poderá haver concessão de tutela provisória em face da fazenda Pública. Contudo, dada às peculiaridades do Estado enquanto parte numa ação judicial, existem certos limites, de modo a não acarretar prejuízos elevados a coletividade. Isso porque a fazenda pública defende, no geral, interesses públicos e direitos indisponíveis.

Em certos casos, a decisão sumária, ainda que sem força de coisa julgada, poderá decidir definitivamente (por tempo indeterminado) acerca do direito tutelado. Isso ocorrerá nos casos em que ambas as partes concordem com a decisão provisória prolatada em sede de cognição sumária. A decisão provisória irá regular a questão, antes controvertida, até que se alcance a prescrição ou a decadência, ou ainda que haja ação específica para modificar o que foi anteriormente decidido.

Finalmente, não há que se falar em estabilização da tutela de evidência ou da tutela antecedente de caráter cautelar. A tutela cautelar, como visto, visa a proteger direitos materiais para o futuro. Logo não seria coerente estabilizar um direito sem poder usufruir dele.

2.3 ATITUDES DO RÉU E DO AUTOR APÓS A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECEDENTE

O autor e o réu serão chamados a intervir nos autos após a decisão do juízo onde foi protocolado o pedido de tutela provisória. Há a possibilidade de as partes se manterem inertes e a tutela concedida vir a ser estabilizada. Entretanto, para que haja a estabilização da tutela antecedente, é necessário que haja manifestação expressa do autor. A não concessão da tutela requerida implicará em intimação do autor para

¹⁰Art. 296 do CPC: “A tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada”.

Art. 304 do CPC: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.”

ciência e providências, conforme determina o §6º do art. 303¹¹.

Por outro lado, caso haja o deferimento do pedido ao autor, então o réu é que deverá se manifestar. Caso queira combater a decisão proferida, deverá apresentar agravo de instrumento ou outra medida que demonstre inconformismo. Caso tome essa medida, o processo terá prosseguimento pelo procedimento ordinário, o que levará a cognição completa da situação. Noutra sentida, caso o réu entenda ser favorável não se insurgir contra a decisão do magistrado, haverá extinção do processo, nos termos ao art. Art. 304, caput, do CPC. A tutela conservará seus efeitos, conforme disposto no §3º do referido artigo.

3. O DIREITO À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

O direito à saúde, no campo da Constituição Federal de 1988, como direito social, consta do art. 6º da CF88¹². Os direitos sociais são voltados para a proteção do povo brasileiro e nesse sentido são direito fundamentais de 2ª dimensão. Os direitos sociais, como o próprio nome diz, são em prol da coletividade, o que invariavelmente as associará a ideia de solidariedade.

O acesso à saúde pública e à assistência social se faz de forma “não contributiva”, ou seja, os serviços são prestados de forma gratuita, com recursos advindos da prestação de tributos¹³, conforme definido no art. 3º do Código Tributário Nacional.

A prestação de serviços de seguridade social norteia-se por princípios, cuja maioria está listada no rol do art. 194 da CF/88. Vamos tratar aqui, daqueles que mais interessam à prestação da saúde pública.

Universalidade da cobertura e do atendimento (Inciso I, do Art. 194/CF88): a assistência social e a saúde pública são gratuitas e são prestadas de forma solidária. Ou seja, não pagamento de forma direta pelo beneficiário.

Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços. (Inciso III, do Art. 194/CF88): a seletividade diz respeito à eficiência no uso dos recursos disponíveis. Como já foi visto, os recursos não são suficientes para o atendimento

¹¹ Art. 303, §6º: “Caso entenda que não há elementos para a concessão de tutela antecipada, o órgão jurisdicional determinará a emenda da petição inicial em até 5 (cinco) dias, sob pena de ser indeferida e de o processo ser extinto sem resolução de mérito.”

¹² “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.”

¹³ O conceito de tributo está definido no art. 3º do Código Tributário Nacional: “Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

de todas as demandas, de modo que o administrador público deve selecionar riscos sociais relevantes para serem atendidos.

Solidariedade (Inciso I do Art. 3º da CF88): a prestação de serviços de saúde pública independe de pagamento por parte do beneficiário, seja no momento da oferta dos serviços, seja como contribuinte ao sistema de saúde.

Em termos infraconstitucionais, a Lei 8.080/90 dispõe sobre as condições gerais para funcionamento do SUS, reafirmando mais uma vez, que a saúde é um direito fundamental (artigo 2º) e que é dever do Estado garantir a saúde (§1º do artigo 2º). Ainda, em seu artigo 7º reafirma os princípios da universalidade, integralidade e igualdade do sistema.

3.1 NORMAS PROGRAMÁTICAS CONSTITUCIONAIS

A constituição brasileira é um bom exemplo de constituição programática. Isso por que o conteúdo de nossa constituição está permeado de normas com conteúdo fortemente social. Normas programáticas correspondem à metas a serem atingidas pelo Estado.¹⁴ As normas programáticas, para que não se transformem apenas em objetivos, precisam ser executadas, sob pena de serem apenas declarações de boa vontade.

O direito subjetivo à atuação do Estado demanda que os órgãos públicos tomem providências no sentido de se alcançar os programas definidos pela Constituição. Obviamente que toda ação estatal requer disponibilidade orçamentária e financeira. Mas a simples alegação de falta de recursos não obsta a realização do “mínimo existencial”.

A Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental ADPF-45¹⁵ foi um dos julgados mais importantes acerca do tema ao definir a garantia de recursos financeiros mínimos a serem aplicados na prestação de serviços de saúde. Sabe-se que a Suprema Corte não tem atribuição para a formulação de políticas públicas, no entanto, de forma indireta, o faz quando determina o cumprimento de normas constitucionais que representam a eficácia dos direitos constitucionais.

Em que pese a realidade de contingenciamento de gastos, não pode o Estado permanecer inerte frente à argumentação de falta de orçamento, uma vez que toda a administração pública está vinculada aos direitos sociais. Nesse sentido, não pode o princípio da dignidade humana, ao ser confrontado com o princípio da eficiência, ser totalmente mitigado. Ao contrário, deve haver ponderação de modo a nenhum deles sucumbir.

¹⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. Ed. Saraiva. São Paulo. 2012

¹⁵ <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381> - visitado em 05/09/2019

3.2 A “RESERVA DO POSSÍVEL” E O “MÍNIMO EXISTENCIAL”

O orçamento dos entes federados não é capaz de atender a todas as demandas sociais, muito embora haja a garantia constitucional de acesso universal à saúde¹⁶ (inciso I do Art. 194/CF), tal universalidade de atendimento encontra-se limitada pelo orçamento disponível.

Ingo Sarlet¹⁷ considera que a crescente judicialização das demandas de saúde cobra uma atuação arrojada dos operadores do direito, em especial do Juiz, que com frequência é obrigado a manifestar-se acerca de alocação de recursos públicos. Tal intervenção é questionada, uma vez o processo de elaboração do orçamento não passa pela esfera judicial.

O fato é que as normas constitucionais são imperativas e, nesse sentido, sua inobservância tem consequências punitivas. Não pode a Constituição tornar-se refém do momento político ou econômico. Normas programáticas não são meras conjecturas morais. Pelo contrário, tais normas vinculam o legislador, revogam conteúdo normativo contrário às suas disposições e são fonte interpretativa para o Poder Judiciário. O não cumprimento de tais ditames equivaleria a uma subversão da hierarquia das normas, uma vez que não pode a lei maior deixar de ser cumprida, frente a uma não atuação legislativa ou executiva.

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Conforme disposto no art. 198 na CF, os serviços públicos de saúde são integrados por uma rede regionalizada e se constituem em um sistema único. Assim, o Sistema Único de Saúde configura-se com uma política pública prevista na própria Constituição Federal. O sistema tem como uma de suas diretrizes a descentralização. Ou seja, estados e municípios devem prestar serviços de saúde, o que também está disposto no art. 23, II da CF¹⁸. No âmbito infraconstitucional, a Lei 8.080/1990 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, enquanto que a Lei. 8.142 do mesmo ano dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências de recursos financeiros.

¹⁶ Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

¹⁷ Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações(1) http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html - visitado em 06/09/2019

¹⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: ... II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

Os decretos, portarias e resoluções, pela facilidade de serem criados e alterados, são ferramentas para aprimoramento e ajustes do sistema. Nesse sentido, a Portaria 3.916/1998 instituiu a Política Nacional de Medicamentos - PNM e adotou a revisão permanente da Relação de Medicamentos Essenciais (Rename). Ou seja, o Rename é parâmetro para a definição da lista de medicamentos a serem fornecidos pelo governo, enquanto que a PNM define em que consiste a assistência farmacêutica¹⁹.

Não se pode afirmar que todas as necessidades referentes aos serviços de saúde possam ser consideradas como direito subjetivo, uma vez que existem relações de medicamentos e procedimentos autorizados pelo Ministério da Saúde, e também vedações expressas na lei, como por exemplo, as vedações contidas no art. 19-T da Lei 8.080/90.

4. AS TUTELAS PROVISÓRIAS COMO GARANTIA DO RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO

O CPC/2015 estabelece no art. 4º que todos têm direito de obter a solução da demanda judicial em prazo razoável. Porém não basta o comando inserido no CPC para que isso se torne uma realidade. “O processo civil brasileiro é um procedimento em contraditório, que desenvolve de forma isonômica perante o juiz natural...²⁰”. Isso significa que ocorre um “devido processo legal” que deve ser respeitado, sob pena de nulidade. O modelo insculpido na Constituição Federal aborda com clareza os princípios do contraditório e da ampla defesa como garantias do processo.

Para Alexandre Câmara, nosso processo civil é comprometido com a razoável duração do processo sem uma busca desenfreada pela celeridade processual. É necessário, para o autor, que se respeite as garantias fundamentais, mesmo que isso leve algum tempo a mais.

Outro princípio que merece destaque é o de que as partes devem cooperar. Conforme art. 6º do CPC todos devem cooperar para que se obtenha o resultado do processo em tempo razoável. Nesse sentido, não são admitidas atitudes meramente protelatórias, uma vez que tais comportamentos atentam contra a boa-fé processual.

¹⁹ Assistência Farmacêutica - Grupo de atividades relacionadas com o medicamento, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia Terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional de medicamentos.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019. Pag. 14

No que diz respeito às demandas de saúde, parece óbvio que a urgência estará sempre presente, uma vez que a demora na prestação jurisdicional poderá acarretar danos irreversíveis ao paciente. Como exemplo, citamos a Doença de Fabry²¹, doença rara que atinge o coração, rins, cérebro e leva à morte do paciente. O custo para o tratamento gira em torno de duzentos mil dólares (US\$200.000) por ano.

Para Marcus Vinicius Rios Gonçalves²², a demora no julgamento dos processos representa um dos entraves mais problemáticos ao funcionamento da justiça. Desse modo, os juízes devem zelar pela agilidade processual, buscando uma rápida solução para o litígio. Afirma ainda o autor, que entre as numerosas medidas que foram tomadas como forma de tornar o processo mais eficiente, estão as tutelas de urgência.

4.1 A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

A União, defendida por sua Advocacia-Geral da União – AGU sustentava que a presença da União no polo passivo da relação jurídica violaria os artigos 2º e 198/CF. Pleiteava a AGU que a obrigação de fornecer medicamentos fosse exclusiva dos órgãos locais referentes ao local de residência do autor da ação. Mas entendeu de forma diversa o STF e assentou a tese de que como os entes federados possuem competência comum para cuidar da saúde (art. 23, inciso II/CF), também são solidários nas demandas na área de saúde.

Considerando que a saúde é um direito de todos, não se pode dizer que o art. 196/CF, por ser um direito social, materializa-se apenas em norma programática sem efetividade e incapaz de produzir efeitos. O entendimento é de que o direito a saúde é um direito subjetivo assegurado. Ou seja, o cidadão tem uma relação com o Estado, assim, caso não haja a prestação espontânea pela Administração Pública, encontra-se legítima a atuação do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional Justiça – CNJ, no uso de suas atribuições elabora desde 2005, estatísticas de todo o Poder Judiciário nacional por meio do anuário “Justiça em Números”²³. Conforme o referido relatório, um processo de conhecimento na Justiça Federal comum, demora em média, 3 anos para ser julgado no primeiro grau e 2 anos e 5 meses no segundo grau. Desconsiderando eventuais recursos para os tribunais

²¹ Doença de Fabry, doença de Anderson-Fabry ou deficiência de alfa-galactosidase A é uma doença genética rara associada ao cromossomo X. É causada pela deficiência de uma enzima lisossômica chamada alfa-galactosidase A e afeta entre 1 e 3 de cada 100.000 nascidos vivos. A Doença de Fabry é hereditária e está ligada ao cromossomo X. Ela se dá quando ocorre uma mutação no gene GLA (Xq22.1.) que é responsável pela produção de uma enzima presente nos lisossomos conhecida como Alfa-Galactosidase A (α-Gal A), gerando sua total ausência ou deficiência. Fonte: https://pt.wikipedia.org/wiki/Doen%C3%A7a_de_Fabry (visitado em 12/09/1969)

²² GONCALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito Processual Civil Esquematizado. Pag. 95

²³ Justiça em Números 2019. Conselho Nacional de Justiça.

superiores, temos um tempo médio de tramitação de 5 anos e 5 meses.

Comparativamente, temos que o tempo de tramitação médio na justiça estadual é de 3 anos e 3 meses e na justiça do trabalho o tempo médio é de apenas 1 ano e 1 mês.

Quanto à conciliação, o referido relatório informa que o índice de conciliação na Justiça Federal comum é de apenas 9%.

4.2 A UNIÃO NO POLO PASSIVO DA RELAÇÃO PROCESSUAL

Quando uma ação é proposta em face da União, caberá ao Procurador da Advocacia-Geral da União defender os interesses do Estado. Ocorrendo a citação válida, abrir-se-á o prazo (em dobro, conforme art. 183/CPC) para a AGU se manifestar em defesa do réu (União). Os procuradores possuem independência funcional e não podem ser penalizados administrativamente pelo juiz, que, caso assim entenda, deverá oficiar o órgão competente para tanto, conforme disposto no §6º do art. 77/CPC²⁴.

Feitas essas considerações, adentramos nos aspectos combatidos quando surge a demanda por medicamentos ou tratamento de saúde em face da União. Para tanto, foram observados os pareceres referenciais n. 00008/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU²⁵ e 00008/2019/CONJUR-MS/CGU/AGU²⁶, que tratam de temas relativos ao fornecimento de medicamentos pelo SUS.

Inicialmente, a defesa técnica inicia sua fundamentação alegando a falta de interesse de agir quando o medicamento já é disponibilizado pelo SUS, ou seja, caso o princípio ativo do remédio vindicado conste da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – Renome entende-se que não há pretensão resistida, pois o remédio, cumpridas as exigências médicas e protocolares, poderá ser dispensado ao requerente.

Um dos pontos mais combatidos pela AGU é que a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde existentes, determinando entrega de medicamentos não recepcionados pelo SUS, não poderia ser concedida judicialmente, pois se não constam em protocolo clínico do SUS, não são políticas públicas. Para tanto, invocam o AgRg STA 175/CE²⁷, que em decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, observa

²⁴ CPC, art. 77, § 6º: Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

²⁵ <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/24/PARECER-REFERENCIAL-n.%2000008-2019-CONJUR-MS-CGU-AGU.pdf> – Visitado em 30/09/2019.

²⁶ <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2019/abril/24/PARECER-REFERENCIAL-n.%2000008-2019-CONJUR-MS-CGU-AGU.pdf> – Visitado em 30/09/2019.

²⁷ Trata-se do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175, formulado pela União, e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178, formulado pelo Município de Fortaleza, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1), que deferiu a antecipação de tutela recursal para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES...

ser necessário política estatal que fundamente o pleito.

Defende a Procuradoria da AGU, ainda, que de acordo com o REsp n. 1657156/RJ, devem ser cumpridos requisitos cumulativos para que o Poder Judiciário defira pedidos de medicamentos não incorporados pelos SUS, como por exemplo: necessidade comprovada por laudo médico circunstanciado e também, comprovar a ineficácia dos fármacos utilizados pelo SUS.

Outro ponto relevante para a AGU é o escopo da integralidade do atendimento do Sistema Único de Saúde: entende que o Poder Judiciário interpreta conceitos vagos de forma extensiva, o que não se coaduna com o art. 19-M da Lei 8.080/90, inciso I e II, que estabelecem que a dispensação de medicamentos de saúde deve ser feita em conformidade com diretrizes terapêuticas definidas pelo protocolo clínico, e a oferta de procedimentos devem se restringir à tabelas elaboradas pelo SUS.

Como terceiro argumento, surge a necessidade de perícia judicial prévia, que é para a AGU o único instrumento hábil capaz de atestar a necessidade e adequabilidade do medicamento ao caso concreto, não sendo o laudo do perito possível de ser suprido pelo laudo médico, uma vez que cabe ao autor comprovar seu direito, nos termos do art. 373, inc. I, do CPC de 2015. Fundamenta seu entendimento, no AgRg no AREsp 39.368/RS, que teve como relator o Rel. Ministro Mauro Campbell Marques²⁸ e nos enunciados das Jornadas de Direito da Saúde, promovidas pelo CNJ, que contaram com a participação da magistrados, advogados público e particulares, acadêmicos e profissionais da saúde.

A hipossuficiência do requerente também é requisito para concessão de fármaco na visão da Procuradoria, uma vez que o fornecimento é medida excepcional, que se justifica quando o autor da ação não possui meios para custear o tratamento sem o sacrifício de seu sustento e de sua família. REsp 1.657.156/RJ²⁹.

Por último, argumenta a AGU que caso seus argumentos sejam vencido, serão necessárias contracautelas para a concessão do medicamento, como por exemplo, nunca entregar medicamento ou dinheiro diretamente ao paciente.

(STF - STA: 175 CE, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 16/06/2009, Data de Publicação: DJe-117 DIVULG 24/06/2009 PUBLIC 25/06/2009)

²⁸ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. TUTELA ANTECIPADA. NECESSIDADE DE PERÍCIA ACERCA DA IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. 1. O recorrente sustenta que a Corte de origem violou os artigos 130 e 420, parágrafo único, ambos do CPC ao não conceder impor ao recorrido, em sede de antecipação da tutela, a obrigação de fornecer os medicamentos pleiteados na inicial. 2. Contudo, foi com base nas especificidades do caso concreto que o Tribunal a quo asseverou que, antes de impor ao Estado a obrigação de fornecer os fármacos pedidos pelo recorrente, é necessária a realização de um laudo pericial indicando a necessidade do medicamento indicado por médico particular.

²⁹ São critérios para a concessão de medicamentos a comprovação por meio de laudo, a incapacidade financeira do autor e a existência de registro na ANVISA.

Em 22 de maio de 2019, o STF, no julgamento RE 657718³⁰, desobrigou o Estado a fornecer medicamentos que não possuam registro na ANVISA. Decidiu aquele plenário que, salvo em situações excepcionais, o medicamento experimental não é devido pelo Estado como política de saúde. Ressaltou o Ministro Marco Aurélio que “Para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade” e argumentou ainda que isso coloca em risco a própria capacidade de universalidade do atendimento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As tutelas provisórias asseguram o resultado útil do processo.

As tutelas requeridas em caráter antecedente não tem o objetivo de apresentar solução definitiva para a questão debatida. Porém, a solução dada pelo magistrado poderá se perpetuar ante a estabilização, ou no mínimo, produzir efeitos enquanto não for modificada, seja em sede de recurso, seja em sede de retratação.

O pedido provisório será julgado no mesmo processo do pedido principal. Nesse sentido, pode o autor da ação limitar-se ao pedido provisório, ou seja, após o deferimento da tutela antecipada, pode manifestar seu desinteresse no prosseguimento da ação. Nesse caso, se o réu mantiver-se inerte, o processo será arquivado. Por óbvio, não se admite a estabilização da tutela antecipada cautelar ou da tutela de evidência.

Caso o juiz indefira o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, não ocorrerá a estabilização, porém o autor poderá valer-se de recurso próprio para tentar modificar a decisão e após eventual reversão, poderá ocorrer a estabilização.

O réu sempre poderá, caso não se conforme com a decisão que deferiu tutela antecipada, impugnar o pedido por recurso, contestação, reclamação, ou outros meios capazes de reverter a decisão. Nesse caso também não haverá estabilização.

O pedido estabilizado poderá ser revisto por ação própria, conforme art. 304,

³⁰ A tese vencedora foi: “Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei 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”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.”

§6º do CPC.

Nos casos de demandas relativas a tratamento e medicamentos de saúde, embora seja garantido o acesso universal pelo SUS, o magistrado deverá observar alguns requisitos para concessão do tratamento ou medicamento, além de verificar a presença da fumaça do bom direito e do perigo ao resultado útil do processo. Isso por que o Estado deve observar a reserva do possível e o mínimo existencial em suas ações programáticas. Contudo, não pode o Estado manter-se inerte, devendo promover arrecadação suficiente para suas ações. Não pode também o Estado, com o intuito de atender demanda individual, colocar em risco a universalidade do atendimento. Assim, deve a parte autora comprovar hipossuficiência, ou seja, ser pobre nos termos da lei. Deve comprovar ainda, que o tratamento oferecido pelo SUS não é adequado ao seu caso.

No caso de indeferimento de tutela antecipada de urgência em caráter satisfativo, o autor deverá arcar com o ônus da demora processual, salvo se for evidenciado comportamento protelatório por parte do réu, o que poderá ensejar pedido de tutela de evidência, de modo a equilibrar o ônus da excessiva duração do processo.

Está reconhecida, em sede de repercussão geral, a competência da Justiça Federal para decidir sobre esses pedidos, e também resta reconhecida a competência da União para constar no polo passivo da demanda.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro - São Paulo: Atlas, 2019

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. Direito civil processual esquematizado - São Paulo, 2016

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado, Estabilização da Tutela Antecipada. Dissertação (Mestrado em Direito). UFBA. Salvador. 2017

AMADO, Frederico. Direito Previdenciário, Ed. JusPoduim. Salvador. 2017, Pag. 23

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. Ed. Saraiva. São Paulo. 2012

BUCCI, Maria Paula Dallari e DUARTE, Clarice Seixas (coordenadoras). Judicialização da Saúde. A visão do Poder Executivo. Ed. Saraiva Jur. São Paulo. 2017

Justiça em Números 2019. Conselho Nacional de Justiça

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. [Código (2015)]. Código de Processo Civil de 2015. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. [Lei (1990)]. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 23 set. 2019.