

APLICAÇÃO DA ÓTICA PROCESSUALISTA CÍVEL AO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS E DESAFIOS ENFRENTADOS

Danilo Cosme Santos Sampaio

Acadêmico cursando Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas –
UEA (Manaus-AM/BRASIL)
e-mail: danilocss07@gmail.com

Túlio Macedo Rosa e Silva

Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
Professor Adjunto da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas, no curso de
Graduação e no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental.
Juiz do trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região.
e-mail: tuliomasi@hotmail.com

Recebido em: 16/03/2020

Aprovado em: 08/03/2020

RESUMO

O presente artigo objetiva realizar uma análise da aplicação de institutos processuais cíveis nas demandas judiciais relativas ao direito à saúde, tomando como parâmetro principal a busca pela efetividade e celeridade, princípios consagrados pelo Código de Processo Civil de 2015. Por meio de pesquisas bibliográficas, acompanhada de pesquisa jurisprudencial e legislativa, o trabalho realiza breve exposição principiológica e histórica das garantias asseguradas pelo ordenamento jurídico ao tema, além de cotejar os instrumentos utilizados pelos juristas na resolução das lides relacionadas à matéria. Fez-se necessário discorrer sobre a atuação do Poder Judiciário, na medida em que vêm à tona os desafios provenientes da interferência dos tribunais em matérias que, a princípio, não são de sua competência, bem como evidenciar elementos processuais úteis para observar as balizas da lei adjetiva e promover segurança jurídica, principalmente pela uniformização da jurisprudência e utilização de precedentes com força vinculatória.

Palavras-Chave: Direito à saúde; Judicialização; Processo; Efetividade;

ABSTRACT

The present article aims to realize an analysis of application of civil procedural institutes in the judicial demands related to the right to health, using as a main parameter the search for effectivity and celerity, principles respected in the Código de Processo Civil de 2015. Through bibliographic research, as well jurisprudential and legislative research, the work makes a short principiological and historical presentation of the guarantees ensured by the legal system to the theme, in addition to analyze the instruments used by the jurists in resolution of judicial cases related to the question. It was necessary to face the performance of Judiciary, as the challenges arising in reason of the interference of the courts in matters that, at first, doesn't represents its competence, as well as to show useful procedural elements to observe the goals of the adjective law and promote legal certainty, mainly by standardizing jurisprudence and using precedents with binding force.

Keywords: Right to health; Judicialization; Process; Effectivity;

1 INTRODUÇÃO

A ciência do direito é dinâmica, adapta-se às transformações e desenvolve-se conforme a evolução da sociedade, sempre na busca pela manutenção do controle social. Pelo decorrer da história, a humanidade experimentou diversas revoluções, cujos efeitos interferiram significativamente no modo de vida em sociedade, culminando no estágio atual, em que, mais do que nunca, a agilidade e eficiência se manifestam indispensáveis em todos os segmentos que orbitam a vida dos sujeitos contemporâneos.

Em razão disso, o direito processual civil passou por diversas reformas no sentido de conferir a almejada efetividade e celeridade à tutela jurisdicional. Dessa forma, o presente trabalho busca analisar as questões principiológicas e procedimentais dos instrumentos úteis para fomentar a satisfação do direito no âmbito das ações relativas ao direito à saúde.

Em um Estado Democrático de Direito, é incontestável a necessidade de haver efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, respeito ao devido processo legal e viabilização do acesso à justiça, temas abordados no capítulo inaugural, juntamente à exposição de comentários sobre o direito constitucional à saúde, alvo de litígios nos tribunais constantemente.

Ademais, considerando a diversidade de instrumentos existentes no Código de Processo Civil fundamentados na garantia de satisfação do direito, na celeridade processual e na efetividade do processo enquanto instrumento da justiça, tornou-se imperioso destacar e comentar alguns. Seguindo tais premissas, descreveu-se sobre aspectos procedimentais da tutela provisória, bem como da possibilidade de estabilização da tutela antecipada antecedente, além da fixação de multa diária para compelir o vencido a cumprir a obrigação, haja vista que são constantemente utilizadas nas demandas judiciais, em especial quando a questão envolve direito à saúde.

Em seguida há de ser analisada a atuação do Poder Judiciário na consagração do direito à saúde, pois é de suma importância que os magistrados exerçam suas funções com a devida responsabilidade, uma vez que a implementação de direitos sociais pela via judicial não segue os mesmos critérios adotados pelo administrador das contas públicas.

Assim, é imperioso realizar apontamentos acerca da aplicação Teoria da Reserva do Possível e do mínimo existencial na saúde na seara jurisdicional, considerando a dificuldade em promover políticas públicas capazes de suprir os anseios e exigências da população.

Por fim, levando em conta a relevante judicialização do direito à saúde, em especial no ajuizamento de ações para fornecimento de medicamentos, é feita uma análise dos recentes julgados promovidos pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, observando a relevância dos precedentes que possuem um caráter vinculativo, os quais se revelam como alternativa para auxiliar na promoção da segurança jurídica.

2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICADOS NAS DEMANDAS JUDICIAIS RELATIVAS À SAÚDE

Leciona Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 23) que o compromisso do processualista moderno é garantir ao sujeito que se encontra em situação de vantagem no plano jurídico ter condições de usufruir dos efeitos da proteção, é o chamado “processo de resultados”. Assim, considerando a necessidade de atualizar e adequar os meios que o Estado promove a solução de conflitos intersubjetivos, nota-se que o direito processual civil passou por diversas reformas legislativas com o intuito de atribuir a efetividade e celeridade à prestação jurisdicional.

Afirmando sua relevância para o ordenamento jurídico pátrio, a celeridade foi inserida, explicitamente, no bojo da Carta Magna, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Responsável por instituir a reforma do Poder Judiciário, essa emenda promoveu relevantes inovações no sistema de justiça nacional, das quais se destacam a constitucionalização do princípio da razoável duração do processo e da celeridade, consagrando-os em grau de direito fundamental individual, ao acrescentar o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal.

Dessa maneira, a Emenda Constitucional nº 45 representou a necessidade de assegurar constitucionalmente a efetividade da tutela jurisdicional e dos princípios positivados. Nesse sentido, explica Pietro de Jesus Lora Alarcon (2005, p. 34):

Impõe-se por consequência, rever a habilidade do procedimento para realizar a finalidade processual, sua flexibilidade para atender os interesses em jogo e a segurança com que se garantem os direitos questionados. Inclui-se, de logo, nos parâmetros de durabilidade do processo, o tempo prudente e justo para que a decisão jurisdicional renda a eficácia esperada, ou seja, a razoabilidade se estende não ao tempo de afirmação do direito em litígio, senão à própria execução da decisão, à realização de seu conteúdo, à aplicação efetiva do direito.

Não obstante o próprio texto do Código de Processo Civil de 1973 passasse por reformas visando, segundo Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 22), “acelerar a prestação jurisdicional, tornando-a mais econômica, mais desburocratizada, mais flexível e mais efetiva no alcance de resultados práticos para os jurisdicionados”, é escopo do atual código de 2015

primar por ideais asseguradores de um processo justo com garantia de tutela jurisdicional efetiva e célere. Nesse ponto, elucida Fredie Didier Jr. (2017, p.129) o art. 4º do Código de Processo Civil de 2015 reforça o princípio da efetividade como garantia do processo, ainda que em nível infraconstitucional.

Salienta-se que a utilização dessa ótica célere para obtenção de provimento jurisdicional não afasta a observância de garantias processuais conferidas às partes, como bem leciona Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 79), a celeridade processual não deve ser observada a qualquer custo, mas sim para que o tempo utilizado seja suficiente para “assegurar os meios legais de defesa, evitando “dilações indevidas”, mantido o equilíbrio processual no patamar do conjunto das garantias formadoras da ideia de processo justo, na perspectiva da Constituição”.

Ademais, em um Estado Democrático de Direito, é imprescindível a criação de mecanismos que assegurem aos cidadãos o pleno gozo de seus direitos fundamentais sem a interferência abusiva e autoritária do Estado. No exercício da atividade jurisdicional, a principal limitação estatal está na observância ao devido processo legal, princípio consagrado como direito fundamental e disposto pelo art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal.

Além do viés limitador, disserta Fredie Didier Jr. (2017, p.78) que “um processo devido não é apenas aquele em que se observam exigências formais: devido é o processo que gera *decisões jurídicas* substancialmente devidas”. Isso implica dizer que não basta apenas corresponder aos requisitos procedimentais para observar o devido processo legal, é imprescindível que haja a garantia de satisfação, efetividade e justiça.

Também decorre do devido processo legal, o avanço do ordenamento jurídico para exigir do juiz, na função de intérprete da lei, mais do que uma simples releitura do dispositivo legal. Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 49) entende que o devido processo legal é o processo justo, e para haver justiça o magistrado deve complementar a legislação aplicando critérios “para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça”.

Por esses motivos, a simples entrega do provimento jurisdicional não basta para observar o disposto pelo atual Código de Processo Civil. A obtenção do bem da vida após o pronunciamento judicial é o escopo, pois inócua seria a decisão que observa os parâmetros legais, mas perde sua efetividade no plano material em razão da demora na prestação jurisdicional. Assim, os efeitos dessa morosidade ficam ainda mais evidentes nas demandas relativas ao direito à saúde, uma vez que a ineficácia do provimento seria capaz de culminar em danos irreparáveis aos litigantes.

2.1 Acesso à Justiça

O Estado, na posição de responsável pela manutenção da ordem social, tomou para si a função de resolver os conflitos intersubjetivos (com ressalvas às hipóteses de autocomposição e autotutela), valendo-se da jurisdição como função exercida para dizer o direito a ser aplicado e solucionar litígios.

Na promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, foi consagrado o inciso XXXV do art. 5º aduzindo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” disso decorre o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Nesse ponto, vale destacar que apesar da disposição na sua literalidade trazer o termo “lei”, essa limitação não se destina somente ao Poder Legislativo, elucida Fredie Didier Jr. (2017, p. 201) que uma vez vedado à lei restringir o acesso à justiça, nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderia excluir algo da apreciação do Poder Judiciário.

Ainda nesta seara, analisando esse dispositivo constitucional, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2015, p. 195) dissertam que é necessária a intervenção legislativa, porém é vedada “aquela intervenção legislativa que possa afetar a proteção judicial efetiva”. Logo, ganha relevância na comunidade jurídica a discussão sobre aplicabilidade e eficiência do acesso à jurisdição.

Merece destaque o estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth ao apresentarem os motivos que obstam o acesso à justiça, em sua obra “*Access to Justice: The World wide Movement to Make Rights Effective*” de 1978. Além disso, os eminentes autores levantaram propostas de solução para oportunizar o ingresso à justiça, conhecidas como “Ondas Renovatórias”. Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 92) explica em ensaio jurídico intitulado “Acesso Coletivo à Justiça como instrumento para efetivação dos direitos humanos: por uma nova mentalidade” a finalidade das propostas apresentadas:

A **primeira onda** cuida de assegurar a assistência judiciária aos pobres; a **segunda onda**¹¹, também cognominada de coletivização do processo, propugna uma adequada representação dos interesses coletivos lato sensu, que abrangem os interesses difusos, coletivos (stricto sensu) e individuais homogêneos; a **terceira onda** – também chamada pelos referidos autores de “enfoque do acesso à Justiça” – é mais abrangente, porque nela reside uma enorme gama de fatores a serem analisados para melhor aperfeiçoamento da solução dos conflitos.

O entendimento de que as dificuldades inerentes ao acesso à justiça estão ligadas às desigualdades socioeconômicas das partes é corroborado pelo ensinamento de Fernando Antônio Negreiros Lima (2015, p. 22) ao dissertar que questões como a falta de acesso à

educação política, desconhecimento de seus direitos, dificuldades para arcar com custos do processo são obstáculos a serem superados.

É evidente que com a evolução do Estado em promover a solução de conflitos, foram extintos alguns dos óbices que bloqueavam o acesso à justiça e, concomitantemente, o ingresso ao Poder Judiciário foi facilitado. Por outro lado, em concordância com Carlos Henrique Ramos (2008, p. 58) é observada a falta de aperfeiçoamento do Poder Judiciário para suprir a elevada demanda de litígios, fenômeno que culmina na falta de efetividade e desprestígio do órgão judicante.

Assim, considerando o atual panorama aplicado ao acesso à justiça, em razão da constitucionalização do processo civil, uma vez garantido ao demandante requerer judicialmente seus direitos, como o direito à saúde, espera-se que ao trazer seu pleito para apreciação do Poder Judiciário, além da viabilização de seu ingresso, haja a garantia de uma solução justa e efetiva.

2.2 Direito à saúde

A elevação do direito à saúde como garantia constitucional é consequência de uma evolução histórica experimentada pelo Brasil que resultou na existência de um ordenamento jurídico solidário e que preza pela erradicação das desigualdades sociais.

Com a ascensão de Constituições voltadas para a criação e concretização de direitos dotados de um viés mais social, como observado no início do século XX, vide Constituição do México de 1917 e Constituição da República de Weimar de 1919, instaurou-se a necessidade das nações adotarem postura mais incisiva na promoção de ações que garantissem condições materiais para os cidadãos usufruírem suas liberdades asseguradas.

Isso culminou na consagração dos direitos sociais chamados de direitos fundamentais de segunda geração, como elucida Pietro de Jesus Lora Alarcon (2004, p. 79):

“A partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais ou direitos de segunda geração, que traduzem, sem dúvida, uma franca evolução na proteção da dignidade humana. Destarte, o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade, como seja, a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis, o que outorgará sentido à sua vida”

Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, representando a democratização e a nova ótica neoconstitucionalista, garante por meio do art. 196 o direito fundamental à saúde a todos, definindo que incumbirá ao Estado o dever de

prestá-la, em razão da busca pela redução das desigualdades e efetivação dos direitos sociais. Importante destacar o ensinamento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2015, p. 660) ao demonstrarem o aspecto individual e coletivo do direito à saúde, pois, se o disposto no art. 196¹ fosse adotado como pura e simples norma programática, sem possibilidade de produzir efeitos concretos imediatos, isso representaria uma negativa ao objetivo do texto constitucional.

Para a concretização dos direitos fundamentais de segunda geração, exige-se do Estado uma atuação eficaz na promoção de políticas públicas que materializem as garantias abstratamente conferidas pelo texto constitucional, surge então a necessidade de enfrentar as dificuldades acerca da disponibilidade de recursos e execução dos serviços.

Nesse sentido, abordando o direito à saúde, explicam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2015, p. 661):

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

Logo, frente à indispensabilidade de recursos econômicos na efetivação dos direitos sociais e com a limitação desses recursos para as infinitas necessidades, os entes políticos apresentam justificativas para a ausência de ações estatais, em especial, a Teoria da Reserva do Possível, tópico que será abordado posteriormente.

Por outro lado, o indivíduo que se sente prejudicado pela falta de planos governamentais na concretização dos direitos sociais, como os atinentes ao direito à saúde, utilizará da sua garantia de acesso à justiça para requerer judicialmente a efetivação do seu direito constitucionalmente assegurado.

Em consequência disso, desponta o debate sobre a atuação do Poder Judiciário, a intervenção e a separação dos Poderes, as limitações orçamentárias e a efetividade dos direitos sociais previstos na Constituição.

3 TUTELAS PROVISÓRIAS

¹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Os conflitos levados para apreciação do Estado-juiz anseiam por uma resposta que coloque fim à lide. Assim, segundo Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 639), quando prestada a atividade jurisdicional de modo exauriente e resolvendo o conflito de direito material definitivamente será concedida a tutela principal.

Há, contudo, situações em que o lapso temporal exigido na tramitação processual até a entrega do provimento exauriente é capaz de ensejar danos irreparáveis aos litigantes ou mesmo resultar na ineficácia do pronunciamento judicial.

Dessa forma, para ser cumprida a função da Justiça, é necessário que o processo, enquanto instrumento na efetividade da tutela jurisdicional, preveja mecanismos capazes de impedir que o transcurso do tempo macule a satisfação e usufruto daquele que é detentor de certo direito.

Em virtude disso, foram previstas as tutelas provisórias no Livro V do Código de Processo Civil de 2015. Para Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 640-641) “as tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial”.

Partindo da leitura do art. 294 do Código de Processo Civil², é possível extrair duas formas de tutela provisória: a de urgência e de evidência, uma vez que a de urgência se desmembra em cautelar e antecipada.

A respeito da tutela de evidência, Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 193) enxerga tal instrumento como “uma técnica processual destinada a viabilizar a tutela do direito do autor quando os fatos constitutivos do direito são incontroversos ou evidentes e a defesa é infundada, e, portanto, quando o exercício da defesa pode ser visto como um abuso”.

Por outro lado, a tutela de urgência, seja ela conservativa ou antecipatória, exige a comprovação de elementos que demonstrem a probabilidade do direito, bem como o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, confirmando a emergência do direito. Tal exigência ascende a partir do art. 300 do Código de Processo Civil³. Convencionou-se chamar esses dois requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, respectivamente, por ser, em regra, necessário comprová-los simultaneamente.

2 Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

3 Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

§ 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

§ 3º A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Diz-se em regra, pois Humberto Theodoro Júnior (2019, p.643) expõe a existência de casos em que a tutela de urgência dispensará obediência aos dois requisitos simultaneamente, assim, será possível a concessão de antecipações de tutela satisfativa sem a presença do *periculum in mora*, como ocorre na preliminar das possessórias, na ordem de pagamento *initio litis* da ação monitória e nas execuções provisórias em geral.

Analisando a sistemática da tutela de urgência cautelar, também chamada de conservativa, consta prevista no art. 301 do Código de Processo Civil e, segundo a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 35), tem como escopo conservar a efetividade da tutela satisfativa do direito material, ou seja, é um instrumento da tutela satisfativa.

De fato, o que interessa à tutela cautelar é permitir a conservação de um direito, e não sua satisfação. O arresto, sequestro, arrolamento de bens, que são medidas previstas pelo art. 301 para assegurar o direito, não permitem seu usufruto, restringem-se somente a preservar a possibilidade de gozo, que poderá vir a ser realizada futuramente.

Diferentemente, ocorre quando a tutela de urgência apresenta a natureza satisfativa, é então chamada de tutela antecipada. A tutela de urgência satisfativa, conforme explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 697) “tem utilidade em casos de ameaça não à utilidade do processo, mas ao próprio direito subjetivo material da parte, que não se acha em condições de aguardar o desfecho natural do processo ordinário”.

Assim, verificado o preenchimento dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, ou seja, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e diante da impossibilidade de a parte aguardar o fim do processo com a solução para a lide, deve ser permitida a satisfação imediata do direito pleiteado.

Apesar de tal instrumento funcionar como mecanismo assegurador da satisfação de determinado direito que deveria ser conquistado ao fim do julgamento da lide, não tem a qualidade da eficácia de sentença, em razão de não haver na tutela de urgência a definitividade que há na sentença, conforme ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 54).

Nesse contexto, Fredie Didier Jr. (2015, p. 600) disserta que o art. 300 § 3º do Código de Processo Civil elenca outro pressuposto para a concessão da tutela antecipada, a possibilidade de reversibilidade dos efeitos da decisão, a fim de evitar injustiças.

Já que a tutela provisória satisfativa (antecipada) é concedida com base em cognição sumária, em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação -, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada ao final do processo, o ideal é que se retorne ao status quo ante, sem prejuízo para a parte adversária.

Além disso, por corresponder à satisfação do direito em razão da urgência e perigo do transcurso temporal, a tutela de urgência antecipatória é fundada em um procedimento que se destina a facilitar o requerimento da tutela antecipada. Seguindo o disposto pelo art. 303 da lei adjetiva processual civil, é permitido que a petição inicial esteja limitada à exposição sumária da lide.

Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 698) levanta exemplo prático e contemporâneo sobre o tema, em que um segurado por plano de saúde, diante da negativa de custeio do tratamento e da necessidade imediata para o início do procedimento médico, ajuíza uma ação formulando um pedido de tutela satisfativa antecedente com a intenção de “viabilizar a imediata proteção do seu direito, postergando a formulação e fundamentação completa do pedido principal para um aditamento da petição inicial”.

Resta clara a utilidade e eficácia da tutela antecipada enquanto instrumento processual nas ações que envolvem direito à saúde. Logo, é inegável a atuação das tutelas provisórias, de urgência e de evidência, como instrumentos hábeis a garantir a efetividade da prestação jurisdicional e representarem a materialização do acesso à justiça e do devido processo legal.

3.1 Possibilidade de estabilização da decisão satisfativa

Como dito, o Código de Processo Civil de 2015 pautou-se na busca constante pela celeridade, razoável duração do processo e efetividade. Assim, ao disciplinar a tutela provisória de urgência, o legislador optou por permitir que nos casos de concessão da tutela antecipada antecedente haveria a possibilidade da sua estabilização, conforme o caput⁴ do art. 304.

A estabilização da tutela antecipada antecedente consiste na manutenção dos efeitos da decisão concessora da tutela de urgência, ante a inércia do réu em prosseguir a discussão em conflito, extinguindo-se o processo.

Na visão de Fredie Didier Jr. (2015, p. 604) “a estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa”, pois no procedimento da ação monitoria a ausência de apresentação dos embargos monitorios viabilizará a formação do título executivo judicial, pavimentando a trilha para satisfação de seu direito.

De fato, com a ausência de interesse do réu em questionar os fundamentos e resultados

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

advindos da concessão da tutela de urgência satisfativa, não haveria motivo para continuar a tramitação do processo, na busca por uma cognição exauriente (lembra-se que as tutelas provisórias são realizadas mediante um juízo de cognição sumária), haja vista que, de certa forma, a parte afetada pela determinação judicial, ao quedar-se inerte, manifesta sua concordância com o entendimento do juiz, nesse sentido, elucida Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 718):

Com isso, a decisão proferida por meio de antecipação de tutela, no âmbito do procedimento preparatório, por opção dos próprios interessados, pode produzir seus efeitos sem depender de instauração do processo de conhecimento de cognição plena.

Estabilizada a decisão e extinto o processo, o Código concede às partes o prazo de 2 (dois) anos para que seja revista, reformada ou invalidada a tutela antecipada, podendo alcançar, ao fim do processo, um julgamento definitivo.

Fredie Didier Jr. (2015, p. 605) demonstra as vantagens da estabilização para o réu, ao dissertar que a será permitida a diminuição dos ônus gerados pelo pagamento das custas processuais, uma vez que seria cabível realizar uma aplicação analógica do art. 701 do Código de Processo Civil⁵, que versa sobre o procedimento da ação monitória, assim, seria possível isentar o réu do pagamento de custas, nos moldes do §1º e reduzir o percentual dos honorários advocatícios ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor da causa.

Assim, é indubitável que a possibilidade de estabilização da tutela antecipada em caráter antecedente, aprimorada pelo Código de Processo Civil de 2015, constitui uma eficiente ferramenta na busca pela celeridade e razoável duração do processo, sem que haja prejuízo à observância do devido processo legal e seus afluentes, como o contraditório.

A inércia do réu, que significa conformidade com a decisão do juiz, é imprescindível para a estabilização, dessa forma, com a manifesta insatisfação do recorrido com a tutela antecipada, não poderá ser estabilizada a decisão, bem como nos casos em que as partes têm interesse em prosseguir com o julgamento em cognição exauriente, nesses casos o processo seguirá seu curso, até a resolução definitiva.

3.2 Fixação de multa para garantir o cumprimento da decisão

A fim de conferir a tão almejada efetividade aos provimentos jurisdicionais, o Código

5 Art. 701. Sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, concedendo ao réu prazo de 15 (quinze) dias para o cumprimento e o pagamento de honorários advocatícios de cinco por cento do valor atribuído à causa. § 1º O réu será isento do pagamento de custas processuais se cumprir o mandado no prazo.

de Processo Civil de 2015 inovou e aperfeiçoou alguns dos institutos já dispostos pelo código anterior para assegurar o cumprimento da ordem judicial. Dentre esses, destaca-se a multa coercitiva, também chamada de astreintes.

Para Guilherme Rizzo Amaral (2004, p. 85) “as astreintes constituem técnica de tutela coercitiva e acessória”, destinadas a coibir o devedor no cumprimento do mandamento judicial, na medida em que ameaçam seu patrimônio. Assim, são consideradas mecanismos de execução indireta ou meios de coerção, pois não asseguram a realização da própria obrigação, mas funcionam como estimulador para tanto.

Ordinariamente, a multa coercitiva é bastante utilizada em decisões interlocutórias que concedem tutelas provisórias ou sentenças que condenem o vencido a cumprir uma obrigação de fazer, não fazer e de entregar coisa. Nesse ponto, vale salientar o ensinamento de Rodolfo Kronenberg Hartmann (2011, p. 230) ao destacar a falta de coerência na fixação de astreintes para compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação de pagar quantia certa, uma vez que “se a obrigação de pagar já não está honrada, um meio executivo que cria uma outra obrigação de pagar gera fundadas dúvidas se será obedecido ou não”.

O disposto pelo art. 537 da lei adjetiva processual civil que é possível haver a fixação de multa pelo juiz de ofício, sem prejuízo de eventual requerimento da parte, devendo o valor arbitrado ser compatível e suficiente com a obrigação, podendo ser aplicada tanto nas sentenças, quanto nas tutelas provisórias.

Contudo, tema ainda muito controvertido acerca das astreintes diz respeito à possibilidade de reexame da multa aplicada, em especial ao versar sobre parcelas vencidas e a perda de seu efetivo caráter coercitivo.

A permissão para que o juiz possa modificar o valor ou a periodicidade da multa a qualquer tempo e de ofício, na visão de Luiz Guilherme Marinoni (2017, p. 103) “se deve ao fato de que a multa é uma modalidade executiva e, assim, deve ser proporcional à finalidade a que se destina”. Dessa maneira, pode ser aumentado o valor arbitrado pela multa a fim de potencializar o caráter coercitivo, bem como reduzi-la para que esta não funcione como causa de enriquecimento ilícito da parte beneficiada pela abundância do montante definido pelo magistrado.

Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 192) explica que na vigência do Código de Processo Civil de 1973, para promover a alteração das astreintes bastava analisar e constatar tão somente seu excesso ou insuficiência, sem possibilidade de preclusão, ainda que a parte não manipulasse recurso questionando a abusividade da multa.

No entanto, extrai-se da leitura literal do § 1º do art. 537 do código atual⁶, somente ser cabível a modificação do valor ou da periodicidade das parcelas vincendas, gerando dúvidas sobre qual tratamento seria aplicado às multas vencidas. Na visão do autor Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 193) a razão disso seria evitar as dilações para impugnação, mas não retirando a flexibilidade para analisar a justiça da manutenção das multas vencidas:

A intenção da norma é compelir o devedor a questionar logo a multa que ele considera excessiva, evitando impugnações tardias, quando as astreintes já teriam se acumulado, sem resistência alguma do obrigado. Muitas vezes é o próprio credor que provoca a progressão da multa. É preciso, portanto, avaliar caso a caso a razão pela qual as multas vencidas se acumularam, para que o art. 537, § 1º, seja aplicado de forma justa e razoável.

Ademais, o ensinamento elaborado por Humberto Theodoro Júnior (2018, p. 215) dispõe que não existe definitividade nas astreintes, logo não há de se falar em coisa julgada, entendimento comum ao do aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento que definiu ser possível “a modificação do valor dessa sanção até mesmo de ofício, a qualquer tempo, inclusive na fase de execução, quando irrisório ou exorbitante”⁷.

Sob essa ótica, Daniel Roberto Hertel (2018) defende a permissão para que o julgador excluísse até mesmo multas já vencidas, ante a ausência de coisa julgada e considerando a redação do art. 537, § 1º, assim argumenta que se a intenção do legislador fosse de proibir a exclusão da multa vencida, se teria optado por uma redação mais clara nesse sentido.

Em verdade, o cabimento da alteração a qualquer tempo e de ofício, se dá em razão da proteção a todas as partes do processo, haja vista que a tutela jurisdicional não deve servir para prejudicar os litigantes, ainda que figurem como parte vencida em um processo judicial.

Ainda sobre a multa coercitiva, em recente julgado, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que as astreintes podem ter natureza patrimonial e serem transmitidas a herdeiros nas ações que envolvem direito à saúde, para que não sejam sustados seus efeitos estimulantes.

No caso em comento, a multa foi fixada para compelir o Estado de Santa Catarina a fornecer medicamento conforme tutela antecipada deferida, com o descumprimento da obrigação, foi movida ação de execução, porém a exequente faleceu no curso da execução, então os herdeiros assumiram o polo ativo, o Estado questionou a legitimidade da parte e após

6 §1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I - se tornou insuficiente ou excessiva; II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

7 STJ. AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1589503/SC, Relator: Min. Marco Aurélio Bellize, Terceira Turma, julgado em 06-06-2017, DJe 23-06-2017. **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/472381077/agravo-interno-nos-embargos-de-declaracao-no-agravo-interno-no-recurso-especial-agint-nos-edcl-no-agint-no-resp-1589503-sc-2016-0061071-0?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 31/01/2020.

exaurimento dos graus recursais, o caso chegou ao STJ.

Favoravelmente à legitimidade dos herdeiros, considerando a finalidade da multa coercitiva e a relevância do direito à saúde, o acórdão restou assim ementado:

[...]11. Nos casos em que a morte fosse decorrência dessa ilícita omissão estatal, seria criado um cenário completamente esdrúxulo, em que o réu se beneficiaria da sua própria torpeza, deixando de fornecer o medicamento ou tratamento determinado judicialmente e sendo recompensado com a extinção dos valores pretéritos da multa diária.

12. A eficácia prática do instrumento previsto no art. 537 do Código Fux restaria assim não só prejudicada, mas verdadeiramente invertida, pois se converteria em meio de estimular o réu a ignorar a determinação judicial e aguardar pelo perecimento do direito da parte autora [...]8

Fica claro, portanto, o poder coercitivo das astreintes e a função atribuída pelo ordenamento jurídico a tal instrumento na efetivação dos provimentos jurisdicionais, principalmente àqueles que envolvem tutelas de urgência satisfativa, motivo pelo qual os tribunais pautam-se por uma postura para que não se perca a eficiência da multa em compelir a parte vencida ao cumprimento da ordem judicial, como demonstrado pelo julgado do STJ.

4 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Assegurado constitucionalmente o amplo acesso à justiça, não haveria como afastar da jurisdição os atos realizados pelo Estado. Nesse contexto, ganha destaque a atuação do Judiciário na promoção dos direitos sociais e na implementação de políticas públicas, em especial àquelas atinentes ao direito à saúde.

Reconhecido que cabe ao Poder Executivo desenvolver ações para garantir a materialização dos direitos sociais, questiona-se a legitimidade para interferência do julgador em matérias que não pertencem a sua competência. Contudo, há atualmente uma ineficiência do Administrador em prover os direitos, assim, cabe ao Judiciário, mediante provocação dos requerentes, sanar as falhas dos outros poderes. Esse fato acaba por incentivar a judicialização dos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal⁹, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, estabeleceu a possibilidade de intervenção excepcional do Poder Judiciário em temas atinentes à aplicação de políticas públicas na efetivação dos direitos de

8 _____. AgInt no AREsp 1139084/SC, Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 28/03/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/690904619/andamento-do-processo-n-1139084-agint-agravo-recurso-especial-28-03-2019-do-stj?ref=topic_feed>. Acesso em: 02/02/2020.

9 STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191

segunda geração, quando violado o mínimo existencial e ocorrência de abusividade governamental.

No entanto, como explica Marco Antônio da Costa Sabino (2014, p. 118) essa supremacia dada aos juízes para solucionarem conflitos do Executivo, gera o receio da eventual falta de preparo dos magistrados para exercerem o papel de outros Poderes, bem como da falta do cumprimento do dever de prestar contas, capaz de fomentar o risco de decisões judiciais inadequadas e excessivas.

Logo, os órgãos judicantes devem observar seus deveres de prestar a tutela jurisdicional aos indivíduos que recorrem à sua prestação, mas também precisam agir com cautela para não usurpar competências que não são de sua atribuição.

Além disso, o julgamento da ADPF nº 45 reforça a potencialização da judicialização dos direitos sociais, da mesma forma que adverte a necessidade de violação evidente aos preceitos constitucionais, para autorizar tal intervenção. Assim, garante-se ao cidadão que teve a mitigação de seus direitos sociais valer-se da tutela jurisdicional e de seus efeitos para usufruir de direitos constitucionalmente assegurados, como o direito à saúde.

4.1 Reserva do possível e mínimo existencial na saúde

Inegável é a necessidade de empreendimento de verbas públicas para custeio das atividades estatais, por este motivo, eventual ausência de ações do Poder Executivo para promover políticas públicas asseguradoras de direitos sociais pode ser consequência da falta de recursos financeiros. Dessa forma, ascende a teoria da reserva do possível, capaz de justificar a necessidade de o Poder Público fazer escolhas alocativas naquilo que promoverá, em razão da limitação dos recursos.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2015, p. 642), a chamada reserva do financeiramente possível tem suas origens no direito alemão, em razão do julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha a respeito do número de vagas das universidades do país e a garantia do direito de liberdade de escolha de profissão. Para os doutrinadores, definiu-se no julgado que “pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*), enquanto elemento externo à estrutura dos direitos fundamentais”.

Assim, considerando a falta de disponibilidade de recursos materiais, o Poder Público poderia se eximir de promover iniciativas na concretização de determinados direitos, deixando para tomar tal postura em momento mais oportuno.

Contudo, como bem asseveram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo (2015, p. 642), deve ser considerado que “em relação aos direitos sociais, a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada indivíduo”, logo, na mesma medida em que são realizados atos para proteger toda a coletividade, a partir da escolha da política pública mais adequada e efetiva para abranger o maior número de pessoas, há de existir um sistema que analise a necessidade de alocação dos recursos individualmente.

Nesse contexto, para proteger o cidadão que necessita da implementação, surge o conceito de garantia do mínimo existencial, ou seja, há direitos que devem ser assegurados independentemente das dificuldades orçamentárias e financeiras, pois dizem respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Explicam os autores Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo (2008, p. 12):

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, caput), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado.

Logo, aquilo que é considerado indispensável para garantir uma vida digna deve ser, imprescindivelmente, assegurado emergencialmente, transferindo a garantia da plenitude do direito social para momento posterior. Versando sobre o direito à saúde, observa-se a grande necessidade de esforços para preservar tal direito, ainda mais quando o Estado, como fez o Brasil, toma para si o dever de assegurá-la para todos.

Jeff King (2012, p. 38-39) disserta que aquilo que é considerado fundamental deve ser, incontestavelmente, abordado como questão prioritária, viabilizando a verdadeira concretização dos direitos humanos. Na visão do autor, por mais que não deva ser o único, o Poder Judiciário se manifesta como primeiro instrumento na reparação para fornecer o mínimo essencial.

A ideia de direitos humanos é a identificação de padrões fundamentais e mínimos que devem ser respeitados como questão prioritária. É um corolário, em minha opinião, da própria ideia desta qualidade de ser fundamental e de alta prioridade que algum mecanismo seja projetado para identificar lapsos e resolvê-los com urgência. Nosso interesse no mínimo social é uma razão suficiente para manter o Estado sob o dever de fornecer um mecanismo de reparação. Embora os tribunais imediatamente venham à mente para esse remédio, este não precisa ser o único (ou mesmo principal) mecanismo.¹⁰ (tradução nossa)

10 *The idea of human rights is the identification of fundamental, minimal standards that must be respected as a matter of*
R. Curso Dir. UNIFOR-MG, Formiga, v. 11, n. 2, p. 200-222, jul./dez.2020

Assim, pelo menos o mínimo necessário para concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana nunca deixará de ser objeto da proteção oriunda da tutela jurisdicional, tampouco de seus efeitos, garantidores da efetividade e dos meios capazes de fomentar sua satisfação, em especial ao se tratar em decisões fundadas na tutela de urgência.

No entanto, partindo do ponto de vista que é inevitável que o juiz não tome a postura mais adequada para a preservação da dignidade da pessoa humana, em detrimento da teoria da reserva do possível e das políticas orçamentárias, espera-se que no cumprimento de sua atuação na garantia dos direitos sociais, o Poder Judiciário haja com a devida cautela para não onerar os cofres públicos demasiadamente.

Entende-se que o dever de agir com responsabilidade ao manusear os recursos públicos também deve ser imposto ao juiz, logo, na intenção de efetivar a decisão, ao fixar astreintes ou bloquear verbas públicas, é essencial agir com razoabilidade para não prejudicar o plano orçamentário do Poder Executivo. Dessa maneira, não será inviabilizada a posterior alocação de recursos nas políticas públicas a serem realizadas pelo administrador.

4.2 Critérios estabelecidos pelos tribunais para concessão de medicamentos

A definição de critérios para a concessão de medicamento via tutela judicial tem um duplo efeito. Na mesma medida em que auxilia os magistrados a conferirem celeridade e efetividade na entrega do provimento jurisdicional ao cidadão que busca o reconhecimento de seu direito à saúde, também promovem a mitigação do prejuízo ao Poder Público que terá de dispor dos recursos para fornecer insumos que não constem em previsão orçamentária.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou critérios a serem observados pela justiça no fornecimento de medicamentos não listados pelo SUS – Sistema Único de Saúde, mediante julgamento sob rito dos recursos repetitivos, logo os juízes e tribunais precisarão observar tal entendimento.

O recurso especial cadastrado sob o nº 1.657.156, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, foi escolhido como representativo da controvérsia. Importa destacar a modulação dos efeitos da decisão, em que os ministros decidiram que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da

priority. It is a corollary, in my view, of the very idea of this quality of being fundamental and high priority that some mechanism be designed to identify lapses and remedy them as a matter of urgency. Our interest in the social minimum is a sufficient reason for holding the state to be under a duty to provide a remedial mechanism. Although courts immediately come to mind for such a remedy, this need not be the only (or even principal) mechanism.

conclusão do presente julgamento”¹¹.

O acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO. [...] 4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 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 na ANVISA do medicamento. [...]¹²

A tese definida exige a presença cumulativa de laudo médico indicando a imprescindibilidade do medicamento e ineficiência daquilo que é disponibilizado pelo SUS, a incapacidade financeira de arcar com os custos por conta própria e existência de registro do medicamento na ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Além disso, a decisão determina a comunicação, após o trânsito em julgado de cada processo, ao Ministério da Saúde e à CONITEC – Comissão Nacional de Tecnologias do SUS para promoverem a realização de estudos na viabilidade da incorporação dos medicamentos pleiteados judicialmente ao Sistema Único de Saúde¹³.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal dois são os principais processos acerca do fornecimento de medicamento mediante via judicial: os recursos extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG, reconhecida a repercussão geral de ambos os processos¹⁴.

Discute-se no recurso extraordinário 657.718/MG sobre a obrigação do poder público a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Em recente julgado, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, por

11 Primeira seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **Superior Tribunal de Justiça** [online], Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS>. Acesso em: 10/02/2020

12 STJ. Recurso Especial nº 1657156 RJ 2017/0025629-7, Relator: Min. Benedito Gonçalves, S1 Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574252474/recurso-especial-resp-1657156-rj-2017-0025629-7?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 13/02/2020.

13 Primeira seção define requisitos para fornecimento de remédios fora da lista do SUS. **Superior Tribunal de Justiça** [online], Brasília, 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-requisitos-para-fornecimento-de-rem%C3%A9dios-fora-da-lista-do-SUS>. Acesso em: 14/02/2020

14 STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1). **Revista Consultor Jurídico** [online], 27 de abril de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>> Acesso em: 16/02/2019

maioria de votos, fixar 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 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; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
- 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União.¹⁵

Assim, definiu o plenário da Corte que para o caso de medicamentos experimentais, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, não há hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los. Para os medicamentos com eficácia e segurança comprovadas, mas sem registro na ANVISA, pode haver excepcionalmente o fornecimento mediante decisão judicial, desde que preenchidos os requisitos estabelecidos, conforme ementa supracitada. Além de estabelecer que a competência da justiça federal para julgar processos em que seja demandado o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA¹⁶.

Noutro giro, recentemente, o Supremo ao julgar o recurso extraordinário 566.471/RN entendeu que em hipóteses excepcionais é possível que o Estado seja compelido a fornecer medicamento de alto custo e não disponível nas listas do Sistema Único de Saúde ao portador de doença grave sem condições financeiras para comprá-lo. Ressalta-se que restam pendentes algumas controvérsias a serem respondidas pelo RE 566.471/RN, pois os ministros optaram por formular a tese que elencará os requisitos necessários para este fornecimento em outra sessão, as quais serão observadas pelos tribunais inferiores¹⁷.

Em que pese a Corte Suprema tenha optado pelo fornecimento do medicamento, os votos dos ministros já revelam o aumento da cautela ao definir políticas públicas pela via judicial, em razão do reconhecimento de que a judicialização da saúde traz diversos desafios a serem enfrentados. Na redução desse problema, os tribunais superiores utilizam mecanismos

15 Decisão do STF desobriga Estado de fornecer medicamento sem registro na Anvisa. **Supremo Tribunal Federal** [online], Brasília, 22 de maio de 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857>> Acesso em: 16/02/2020.

16 Informativo STF. **Supremo Tribunal Federal** [online], Brasília, 20 a 24 de maio de 2019 - Nº 941. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo941.htm#Direito%20%20C3%A0%20sa%C3%BAde%20e%20medicamento%20sem%20registro%20na%20Anvisa%20E2%80%93%203>> Acesso em: 16/02/2020.

17 Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS (atualizada). **Supremo Tribunal Federal** [online], Brasília, 11 de março de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&ori=1>> . Acesso em: 13/03/2020

processuais, como a fixação de teses, para tentar solucionar tais dificuldades.

A definição de parâmetros para a concessão de medicamentos pelos tribunais apresenta-se como aliada à redução dos danos inerentes ao dispêndio de recursos públicos com gastos não previstos, além de orientar o juiz na aplicação da lei e do direito à saúde, evitando a prolação de decisões prejudiciais aos indivíduos e ao erário.

4.3 A importância dos precedentes vinculativos

Considerando o aumento de decisões judiciais relativas à implementação do direito à saúde, uma aliada na incorporação de efetividade, celeridade e, principalmente, segurança jurídicas aos conflitos, é a utilização dos precedentes judiciais vinculativos.

O atual Código de Processo Civil primou pela instituição de mecanismos que resolvam causas repetitivas, simplificando o procedimento e auxiliando na estabilidade e uniformização da jurisprudência. Na visão de Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 842):

Diante dos termos com que o NCPC sistematiza os instrumentos especificamente destinados à uniformização da jurisprudência, com vistas a disciplinar os casos em que se lhe hão de conferir força vinculatória, deve-se reconhecer que houve, legalmente, sistema de formação de precedentes, o qual se acha formado por:

- (a) incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR);
- (b) incidente de assunção de competência (IAC); e
- (c) procedimento de julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos.

Assim, esse sistema de formação de precedentes deve ser utilizado pelos tribunais para efetivar a prestação jurisdicional nos casos relativos ao direito à saúde. Em realidade, como analisado no item inerente à fixação de critérios para o fornecimento de medicamento, os tribunais já se valem desses mecanismos para uniformizar as decisões.

As vantagens sobre o uso do sistema de precedentes transcendem a estabilidade das decisões e alcança a celeridade na efetivação da tutela jurisdicional, na medida em que reflete na interposição de recursos e na sua admissibilidade. Nesse contexto, ao tratar da força vinculante dos julgados proferidos em recursos extraordinários sob regime de repercussão geral, explica Humberto Theodoro Júnior (2019, p. 849):

Além disso, o art. 1.042 dispõe que não cabe agravo contra a decisão local que não admite recurso extraordinário fundada na aplicação de entendimento firmado pelo STF em regime de repercussão geral. Conjugados os arts. 1.030 e 1.042, é possível divisar um tratamento dispensado pelo NCPC que, de alguma forma, equipara a repercussão geral aos recursos repetitivos, para efeito dos precedentes vinculantes categorizados pelo art. 927.

Além disso, outra vantagem trazida pela valorização dos julgamentos em sede de casos repetitivos é a viabilização da tutela de evidência, conforme já estudado anteriormente.

Seguindo o disposto no art. 311 do Código de Processo Civil, quando as alegações forem comprovadas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, as partes poderão valer-se da tutela de evidência, garantindo, portanto, a satisfação de seu direito protegido judicialmente.

Dessa forma, a partir do sistema de formação de precedentes, a judicialização do direito à saúde pode ser reduzida, auxiliando na segurança jurídica das decisões, bem como na facilitação da satisfação do direito a partir dos efeitos inibidores da interposição de recursos e na garantia da celeridade processual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvidas, houve considerado avanço em relação à efetividade e à celeridade da prestação jurisdicional, as grandes reformas pelas quais o direito processual civil passou foram fundamentais para alcançar o atual estágio, em que o objetivo da tutela judicial é, acima de tudo, permitir a satisfação do direito tutelado.

Os mecanismos existentes demonstram-se hábeis para a finalidade do processo. As tutelas provisórias, a estabilização da tutela antecipada e a fixação das astreintes permitem que as partes obtenham a resposta devida com a possibilidade de gozo do direito em tempo oportuno.

Porém, considerando que a judicialização do direito à saúde não teve seu desfecho concluído, acredita-se que o aperfeiçoamento dos mecanismos processuais existentes se faz necessário. A viabilização do acesso à justiça e a consagração do devido processo legal parecem auxiliar os indivíduos a obterem a tutela adequada e efetiva, não mais reféns de um processo rígido e pouco objetivo.

O uso das tutelas provisórias corresponde aos anseios daqueles que não podem aguardar o desfecho natural do processo. Contudo, uma vez que a tutela antecipada concedida em caráter antecedente é comumente utilizada nas demandas relativas ao direito à saúde, a utilização mais frequente da estabilização seria capaz de evitar gastos e tempo com processos em que a manutenção do trâmite revela-se apenas como mera formalidade.

Além disso, com a formação de precedentes firmados em julgamento de casos repetitivos, abrir-se-á possibilidade para a utilização da tutela de evidência. Outra vantagem da utilização dos precedentes é a materialização da segurança jurídica, tão pretendida nas demandas abordadas por este trabalho, em especial na gerência das verbas públicas, uma vez que as despesas a serem custeadas em razão de decisões judiciais não constam no

planejamento orçamentário dos entes.

No mais, como visto pelos julgamentos dos tribunais superiores, a formação de critérios capazes de direcionar os magistrados dos tribunais de origem revela-se como uma importante aliada na busca pela solução das incongruências geradas pela implementação de direitos sociais pela via judicial.

Em razão da complexidade do tema, é necessário um aperfeiçoamento constante dos instrumentos processuais, porém, não se pode negar que o caminho traçado parece estar na direção de uma solução, ou ao menos um aprimoramento dos problemas enfrentados pela população que espera do Poder Judiciário a devida tutela ao seu direito à saúde.

REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

ALARCON, Pietro de Jesús Lora; LENZA, Pedro; TAVARES, André Ramos (orgs). **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método, 2005.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16/01/2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16/01/2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 16/01/2020.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, v. 2, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, v.

1, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. As astreintes e o seu tratamento pelo NCPC (LGL\2015\1656). **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 54, p. 227-237, abr.-jun. 2011. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista54/Revista54_227.pdf> Acesso em: 19 jan. 2020.

HERTEL, Daniel Roberto. As astreintes e o novo Código de Processo Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5407, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65543/as-astreintes-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/1>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

KING, Jeff. **Judging social rights**. University College London. 2012

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Acesso coletivo à justiça como instrumento para efetivação dos direitos humanos: por uma nova mentalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 35, jul, p. 89-108, dez. 2009.

LIMA, Fernando Antônio Negreiros Lima. **Teoria geral do processo judicial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela da Evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça**. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

RAMOS, Carlos Henrique. **Processo Civil e o princípio da duração razoável do processo**. Curitiba: Juruá, 2008.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Políticas públicas, judiciário e saúde: limites, excesso e remédios**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-11022015-134309/pt-br.php>>. Acesso em: 25 jan. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 24, 02 jul. 2008. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/61269/reserva_possivel_minimo_existencial.pdf>. Acesso em: 26/01/2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Informativo nº 345**. Brasília, 2004. Disponível em <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em 03/02/2020

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**, 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 52. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2019.