

UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO
CURSO DE DIREITO

VALÉRIA COSTA BARROS

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: uma análise das tutelas provisórias de urgência para fornecimento de medicamentos nos processos em trâmite perante o Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Ilha de São Luís/MA

São Luís
2018

VALÉRIA COSTA BARROS

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: uma análise das tutelas provisórias de urgência para fornecimento de medicamentos nos processos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Ilha de São Luís/MA.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador (a): Prof. Me. Roberto de Oliveira Almeida

São Luís

2018

Catálogo da Publicação na fonte
UNDB / Biblioteca

Barros, Valéria Costa

A proteção jurisdicional do direito à saúde: uma análise das tutelas provisórias de urgência para fornecimento de medicamentos nos processos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Ilha de São Luís/MA. / Valéria Costa Barros. __ São Luís, 2018.

91f.

Orientador: Prof. Me. Roberto de Oliveira Almeida.

Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito – Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB, 2018.

1. Direito à saúde. 2. Proteção jurisdicional. 3. Tutelas provisórias de urgência. 4. Fornecimento de medicamentos. I. Título.

CDU 340:615(812.1)

VALÉRIA COSTA BARROS

A PROTEÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE: uma análise das tutelas provisórias de urgência para fornecimento de medicamentos nos processos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública Comarca da Ilha de São Luís/MA.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 27/11/2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Roberto de Oliveira Almeida (Orientador)

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Prof. Esp. Paulo Renato Mendes de Sousa (Examinador 01)

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

Profa. Dra. Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha (Examinador 02)

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB

À minha família e amigos, por todo apoio e compreensão.

RESUMO

O direito à saúde é um direito social insculpido na Constituição Federal. Sua promoção depende de prestações materiais advindas do Poder Público, que o satisfaz mediante políticas públicas, incluindo o fornecimento de medicamentos. Porém, em decorrência da limitação orçamentária, a concretização desse esse direito acaba sendo mitigada, isto é, não assegurada a todos, o que enseja a judicialização do direito à saúde com o fito de buscar do Poder Judiciário a tutela desse direito social constitucionalmente assegurado. Destarte, o presente trabalho monográfico tem como objetivo geral analisar a efetividade da tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde por meio da tutela provisória de urgência de natureza antecipada em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos, nos processos judiciais em trâmite perante o Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís. Com o fito de corroborar a compreensão, explanou-se no primeiro capítulo o direito fundamental à saúde, que é base do objeto da pesquisa, e no segundo capítulo o meio processual utilizado para a proteção dessa garantia constitucional, que é a tutela provisória de urgência, assim como a sua concessão em face da Fazenda Pública, especificamente para fornecimento de medicamentos. Por fim, o terceiro e último capítulo destinou-se a analisar a efetividade das tutelas provisórias de urgência de natureza antecipada para fornecimento de medicamentos nos processos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís. Utilizou-se como método o hipotético-dedutivo, no qual parte-se de um problema preexistente e, a partir da observação do objeto da pesquisa, formulam-se hipóteses que serão atestadas ao final da análise.

Palavras-chave: Direito à saúde. Efetividade. Fazenda Pública. Tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT

The right to health is a social right inscribed in the Federal Constitution. Its promotion depends on material benefits from the Public Power, which satisfies it through public policies, including the supply of medicines. However, as a result of the budgetary constraint, the realization of this right ends up being mitigated, that is, not assured to all, which causes the judicialization of the right to health with the purpose of seeking from the Judiciary Power the protection of this constitutionally assured social right. The purpose of this monographic study is to analyze the effectiveness of the judicial protection of the fundamental right to health by means of the provisional protection of urgency of an anticipated nature in the face of the Public Treasury for the supply of medicines in the judicial proceedings in process before the Special Court of the Public Treasury of the Term of São Luís. In order to corroborate the understanding, the first chapter explored the fundamental right to health, which is the basis of the object of the research, and in the second chapter, the procedural means used to protect this constitutional guarantee, which is the provisional protection of urgency, as well as its concession against the Public Treasury, specifically for the supply of medicines. Lastly, the third and final chapter was aimed at analyzing the effectiveness of provisional protection of urgency of an anticipated nature for the supply of medicines in the proceedings pending before the Special Court of Public Treasury of the Term of São Luís. The hypothetico-deductive method was used as a method, in which starts from a preexisting problem, and from the observation of the object of the research hypotheses are formulated that will be attested at the end of the analysis.

Keywords: Effectiveness. Effective jurisdictional protection. Right to health. Public farm.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1	–	Lapso temporal para concessão da tutela provisória pelo Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís.....	58
Gráfico 2	–	Prazo estabelecido para cumprimento da tutela provisória por quantidade de processos judiciais.....	58
Gráfico 3	–	Meios coercitivos utilizados pelo magistrado na decisão concessiva da tutela provisória.....	59
Gráfico 4	–	Lapso temporal para a satisfação da tutela provisória de urgência (em dias).....	60
Gráfico 5	–	Processos judiciais em trâmite com o benefício da prioridade de tramitação em decorrência de parte ou interessado ser pessoa idosa ou com deficiência, conforme previsão legal.....	61
Gráfico 6	–	Peculiaridades da tutela provisória com estipulação de 48 (quarenta e oito) horas para cumprimento.....	63
Tabela 1	–	Processos judiciais com tutela provisória por objeto o fármaco Lucentis (Ramibizumabe) para pessoa com prioridade de tramitação por idade.....	65
Gráfico 7	–	Índice de satisfação da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos.....	68
Gráfico 8	–	Processos pleiteantes de medicamentos inseridos ou não na política pública de saúde do SUS.....	69
Gráfico 9	–	Formas de satisfação da tutela provisória - Medicamento no RENAME.....	71
Gráfico 10	–	Formas de satisfação da tutela provisória. Medicamento não inserido no RENAME.....	75

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	14
2.1	Aspectos gerais dos direitos fundamentais	14
2.2	O direito à saúde como direito fundamental social	18
2.3	O Sistema Único de Saúde (SUS)	22
2.4	As teorias da reserva do possível e mínimo existencial e o direito à saúde	26
2.5	A judicialização do direito à saúde	29
3	A TUTELA PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DO DIREITO À SAÚDE	37
3.1	Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para a proteção do direito à saúde	37
3.2	A tutela provisória de urgência no CPC/15 como instrumento de tutela do direito fundamental à saúde	40
3.3	A tutela provisória urgência em face da Fazenda Pública e o cumprimento provisório da decisão que concede medicamentos	50
4	ANÁLISE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS PROCESSOS EM TRÂMITE NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO TERMO JUDICIÁRIO DE SÃO LUÍS	56
4.1	Campo de pesquisa	57
4.2	Critérios para análise dos dados	57
4.3	Apresentação de dados	58
4.4	Análise dos dados coletados	62
4.4.1	Análise da decisão interlocutória concessiva da tutela provisória de urgência para a imposição de fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública Estadual e Municipal	62
4.4.2	Análise da atuação da Fazenda Pública em relação às decisões interlocutórias concessivas da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos	67
4.4.2.1	Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)	71

<i>4.4.2.2 Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos não inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).....</i>	73
<i>4.4.2.3 Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos inseridos e não inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).....</i>	78
5 CONCLUSÃO.....	80
REFERÊNCIAS.....	84
ANEXO A - Processos judiciais com tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís.....	87

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um direito fundamental social disposto na Constituição Federal, protegido como cláusula pétrea pelo Poder Constituinte Originário. No entanto, por depender de uma prestação positiva por parte do Estado, o mesmo pode sofrer limitações, sobretudo pelo fato de depender diretamente de recursos públicos para a sua concretização.

Em decorrência disso, isto é, das inúmeras necessidades sociais e do limitado aporte financeiro estatal para políticas públicas, os anseios sociais transbordam para além do Poder Executivo, que tem o dever de satisfazê-los, e desaguam no Poder Judiciário, ocorrendo a chamada judicialização do direito à saúde.

A atuação jurisdicional é inafastável, o que incumbe ao magistrado tutelar todo e qualquer direito fundamental violado ou em iminente violação, que detêm aplicação imediata, independentemente do bem da vida envolvido, conforme art. 5º, §1º da Carta Magna. Logo, admite-se a tutela jurisdicional do direito à saúde, que deve ser igualmente efetiva, nos moldes do inciso XXXV do citado artigo (BRANCO; MENDES, 2017).

Diante dessa possibilidade e da necessidade premente de tutela ao direito à saúde, o mecanismo processual apto a protegê-lo quando em iminente violação é a tutela provisória de urgência, nos moldes da lei processual civil. Essa modalidade de tutela é concedida quando houver perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, quando o jurisdicionado não pode aguardar todo o trâmite processual para ver seu direito resguardado, devendo ser protegido desde logo.

Deste modo, tem-se como problemática no presente trabalho monográfico: a tutela provisória de urgência antecipada é efetiva para fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública na cidade de São Luís? Em outras palavras, busca-se averiguar se esse mecanismo processual é apto a tutelar de forma concreta o direito à saúde, especificamente quando impõe ao Poder Público o fornecimento de fármacos ao jurisdicionado detentor deste direito fundamental.

O tema em questão envolve a hodierna legislação processual que vem imbuída de preceitos constitucionais, visando uma concretização mais intensa da Constituição Federal. Uma das formas de concretização material dos direitos é a tutela provisória, que é a resposta imediata do Judiciário diante da necessidade de tutela a direito pleiteado antes de findar o trâmite processual. Logo, tal instituto é de suma importância para a efetividade dos direitos fundamentais, motivo pelo qual optou-se por abordá-lo nas obrigações de fornecimento de medicamentos contra o Poder Público para a proteção do direito à saúde.

Além disso, é um tema que envolve os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, que tendem a receber tutela mais efetiva com o instituto processual da tutela provisória, o que é, conseqüentemente, mais eficaz a todos da sociedade, principalmente no que respeita ao direito à saúde, que precisa ser imediatamente resguardado para não incorrer na violação de outros direitos igualmente importantes, tais como a vida e integridade física.

Desta feita, como graduanda fascinada por direito processual civil e por envolver outro assunto instigante, que são os direitos fundamentais, tal abordagem se mostrou interessante, uma vez que se investigou se há, de fato, efetividade da tutela provisória concedida para proteção ao direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Como método de pesquisa para o presente trabalho utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a fim de buscar as concepções do instituto da tutela provisória e do direito à saúde por meio das doutrinas e artigos publicados (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Como método científico utilizou-se o hipotético-dedutivo, partindo-se de um problema, do qual, com base na observação do campo da pesquisa, depreenderam-se hipóteses, consistentes na efetividade ou não da tutela provisória de urgência para fornecimento dos medicamentos (PRODANOV; FREITAS, 2013).

Para tanto, valeu-se da pesquisa documental, com a análise das decisões judiciais concessivas da tutela provisória proferidas pelo magistrado, assim como as petições juntadas aos autos pelos entes fazendários demandados referentes à tutela provisória deferida (PRODANOV; FREITAS, 2013).

O objetivo geral do trabalho, portanto, é analisar a efetividade das tutelas provisórias concedidas em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos para a proteção do direito fundamental à saúde.

Para tanto, dividiu-se a pesquisa em questão em 03 (três capítulos).

O primeiro capítulo abordará o direito fundamental à saúde, averiguando-se: os aspectos gerais dos direitos fundamentais; o direito à saúde como direito fundamental social; as teorias da Reserva do Possível e Mínimo Existencial que circundam o direito à saúde, além do tema acerca da judicialização do direito à saúde.

O segundo capítulo, por sua vez, examinará a tutela provisória como meio concretizador do direito fundamental à saúde, examinando-se: o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva; a tutela provisória como instrumento de tutela do direito à saúde; tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública e o cumprimento da decisão concessiva para fornecimento de medicamentos.

Por fim, o terceiro capítulo analisará a efetividade das tutelas provisórias de urgência concedidas em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos nos processos judiciais em trâmite perante o Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís, em ações autuadas entre os dias 01/06/2017 e 30/06/2018.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O direito fundamental à saúde é o bem constitucional que alicerça o presente trabalho monográfico. Antes de abordar as suas nuances, será feita uma exposição acerca dos aspectos gerais dos direitos fundamentais, a fim de corroborar o pleno entendimento do tema.

2.1 Aspectos gerais dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais são aqueles direitos considerados essenciais e valorosos ao ser humano por cada nação, reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET, 2015). São frutos de reivindicações concretas produzidas por situações de injustiças e violações a bens fundamentais intrínsecos ao sujeito de direitos (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017).

A essência desses advém dos direitos humanos, mas que com eles não se confunde, pois estes têm relação com os documentos do direito internacional, referindo-se àquelas posições jurídicas nas quais se reconhece o ser humano enquanto tal, independentemente da sua vinculação com qualquer ordem constitucional, o que enseja, por conseguinte, sua validade universal para todos, uma vez que detém um caráter supranacional (SARLET, 2015).

Os direitos fundamentais têm em seu âmago a intenção de ser aquilo que está na base e no fundamento dos demais direitos, diante da sua essencialidade para subsistência do homem, tanto no âmbito social quanto pessoal. Tais direitos podem ser associados ao direito natural, em decorrência da natureza humana, sendo inerentes a todos, conforme a doutrina Jusnaturalista. Por outro lado, as correntes não jus-naturalistas – contratualista, positivista, historicista e culturalista – entendem os direitos fundamentais como fenômeno cultural e histórico, advindos pela tradição ou positividade estabelecida pela sociedade (MARTINS; MENDES; NASCIMENTO, 2012).

Apesar de os chamados direitos fundamentais não terem surgido no mundo antigo, a Antiguidade pode ser considerada como o berço de algumas ideias primordiais para o reconhecimento dos direitos humanos – entendidos como aqueles inerentes à pessoa humana – e, posteriormente, dos direitos fundamentais (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017).

No que tange aos antecedentes pré-constitucionais desses direitos, pode-se dizer que foi na Inglaterra da Idade Média, em meados do século XIII, que se encontra o principal documento impulsionador dos direitos humanos. Refere-se à chamada *Magna Charta*

Libertatum, que foi um pacto firmado em 1215 pelo Rei “João Sem-Terra” e os barões e bispos ingleses, no qual consagrou-se alguns direitos e liberdades civis clássicos, como o direito de propriedade e o *habeas corpus*, apesar de terem sido assegurados tão somente para parte da nobreza, excluindo-se a população em geral (SARLET, 2015, grifo original).

De igual importância para a evolução dos direitos fundamentais foram as declarações de direitos inglesas do século XVII, compreendendo a

[...] *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, subscrito por Carlos II, e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento e que entrou em vigor já no reinado de Guilherme d’Orange, como resultado da assim denominada “Revolução Gloriosa”, de 1688, havendo, ainda quem faça menção ao *Establishment Act*, de 1701, que definiu as leis da Inglaterra como direitos naturais de seu povo. (SARLET, 2015, p. 42, grifo original).

Os direitos e liberdades reconhecidos aos cidadãos ingleses – dentre os quais pode-se mencionar o princípio da legalidade penal, proibição de prisões arbitrárias e direito de petição – surgem como decorrência do direito costumeiro, resultando daí a paulatina limitação do poder monárquico e da afirmação do Parlamento ante a coroa inglesa. Com isso, percebe-se que houve uma extensão quanto à titularidade dos direitos, assim como uma ampliação quanto ao conteúdo das liberdades reconhecidas (SARLET, 2015).

Os direitos naturais do homem foram primeiramente positivados como direitos fundamentais constitucionais na Declaração de Direitos do povo de Virgínia, em 1776, e na Declaração Francesa, em 1789, nas quais se passou a admitir as características da universalidade e supremacia, concebendo-se, inclusive, a vinculação de todos os poderes públicos. Entretanto, o *status* constitucional de fundamentalidade em sentido formal foi definitivamente consagrado quando da incorporação de direitos à Constituição de 1791 (SARLET, 2015, grifo original).

Outra perspectiva histórica dispõe sobre a evolução dos direitos fundamentais em gerações, compreendendo-se, basicamente, três. Apesar de haver críticas a respeito dessa nomenclatura, tal denominação situa os diferentes momentos de surgimento desses direitos, devendo-se compreender a persistência dos direitos da geração anterior quando do advento da posterior, ainda que o significado de cada direito venha a sofrer estímulos decorrentes das novas concepções jurídicas e sociais do momento (BRANCO; MENDES, 2017).

A primeira geração abrange os direitos referidos nas Revoluções Francesa e Americana. Nesse momento, surgem os primeiros direitos a serem posteriormente positivados, com os quais pretendia-se estabelecer uma esfera de autonomia individual imune às expansões do Poder, daí serem direitos em que se busca uma abstenção estatal, criadores de

obrigações de não fazer, de não intervenção na esfera pessoal de cada cidadão (BRANCO; MENDES, 2017).

Conforme aduz Alexy (2011, p. 433, grifo original), “direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações *negativas* (abstenções) do Estado”, isto é, são garantias constitucionais em que se espera um não fazer por parte do Poder Público, visando à proteção da esfera particular de cada um. Entre eles pode-se mencionar o direito de consciência, à liberdade, à vida, ao domicílio, à reunião etc.

Com o advento da industrialização em massa e do exacerbado crescimento demográfico, novos problemas sociais surgem, necessitando, para tanto, de novas tutelas, o que culminou em reivindicações em busca de uma atuação positiva estatal para a realização da chamada justiça social, pois o Estado liberal absentéista já não satisfazia as necessidades da sociedade. Com isso surge a segunda geração de direitos fundamentais, na qual não se busca uma abstenção estatal, mas sim uma atuação positiva do mesmo com o fito de estabelecer uma liberdade real e igualitária a todos por meio de ações corretivas (BRANCO; MENDES, 2017).

Alexy (2011, p. 433, grifo original), inclusive, diz que os direitos de segunda geração são o contraponto dos direitos de primeira geração, sendo “direitos a uma ação *positiva* do Estado, que pertencem ao *status* positivo”, ou seja, buscam uma posição ativa do ente público. São eles os direitos à saúde, moradia, assistência social, educação etc.

Pode se dizer que a Constituição alemã de Weimar de 1919 foi o marco da consagração desses direitos de segunda geração, ao lado das liberdades individuais, ocasionando a transição do Estado liberal para o Estado Social de Direito, com significativa difusão no segundo Pós-Guerra (ZOLLINGER, 2005).

Os direitos de terceira geração – também chamados de direitos de fraternidade ou solidariedade (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017) –, por sua vez, são direitos de titularidade coletiva ou difusa, transindividual, já que não objetivam a proteção do ser individualmente considerado, mas sim da coletividade, do gênero humano em si, abarcando direitos como: o direito à paz, ao meio ambiente sustentável, à autodeterminação dos povos, à conservação do patrimônio histórico e cultural etc. (BRANCO; MENDES, 2017).

Importante frisar que, apesar da divisão dos direitos fundamentais em gerações (ou dimensões), eles devem ser compreendidos sob uma ótica una e indivisível, pois há uma constante interação entre umas e outras, sem haver qualquer exclusão. Ademais, pode-se concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III da Carta Maior, inspira todos os direitos fundamentais, independentemente da geração, sendo o

princípio base do ordenamento jurídico brasileiro, considerado o principal limitador do poder estatal (BRANCO; MENDES, 2017).

Quanto à dimensão dos direitos fundamentais, é possível classificá-la como objetiva e subjetiva. A dimensão subjetiva dá ao indivíduo uma posição subjetiva oponível em face do Poder Público, isto é, considera o sujeito como titular de uma posição jurídica exigível perante o Estado. Já a dimensão objetiva visa compreender os direitos fundamentais como valores que fundamentam o ordenamento jurídico como um todo, assim como a sociedade, ou seja, concebe os direitos não apenas como limite de atuação estatal, mas também como valores e fins diretivos para sua atuação (ZOLLINGER, 2005).

Quanto a sua aplicação no mundo fático, entende-se que os direitos fundamentais possuem aplicabilidade imediata, isto é, os seus efeitos decorrem diretamente do texto constitucional, conforme se depreende do art. 5º, §1º da Carta Maior, vinculando os poderes públicos e os julgadores, que deverão empregar as normas constitucionais imediatamente para resolver os conflitos na sociedade, não dependendo de comando legislativo infraconstitucional para tanto (BRANCO; MENDES, 2017).

Portanto, com o objetivo de conferir maior eficácia aos direitos fundamentais, o Poder Constituinte Originário conferiu ao legislador, administrador e juiz, além da obrigação de respeitá-los, condições de realização efetiva desses direitos contra ameaças advindas de terceiros mediante a evocação direta do texto constitucional (ZOLLINGER, 2005).

Quanto à eficácia dos direitos fundamentais, entendia-se que os direitos fundamentais vinculavam puramente a relação entre Estado e particular, que é a chamada eficácia vertical. No entanto, o surgimento da necessidade de proteção desses direitos entre particulares justificou a extensão da eficácia nas relações privadas, fazendo surgir a eficácia horizontal (ZOLLINGER, 2005).

Antes do advento da eficácia horizontal tinha-se a concepção de que os cidadãos, como sujeitos iguais entre si, estavam inseridos em relações privadas consideradas simétricas, nas quais não havia a necessidade de se valer da proteção de seus direitos fundamentais, preocupando-se somente em combater às ingerências estatais. Todavia, essa concepção formal de igualdade entre homens não condiz com a sociedade hodierna, pois determinados indivíduos assumem significativo poder econômico, político e social em detrimento de outros, o que gera obstáculos ao pleno exercício da liberdade, diante da nítida desigualdade material existente (ZOLLINGER, 2005).

Por fim, pode-se mencionar a classificação das normas constitucionais em materialmente constitucionais, formalmente constitucionais, e normas material e formalmente constitucionais.

Quando se está diante de uma norma com conteúdo tipicamente constitucional, com substância constitucional, está-se diante de uma norma materialmente constitucional. Caso a norma tenha assunto constitucional e está inserida no texto constitucional, isto é, preenche a forma tipicamente constitucional de inserção no texto e tem conteúdo constitucional, será esta uma norma material e formalmente constitucional. Enfim, quando o texto constitucional compreende normas que não tem sua essência constitucional, mas que foram inseridas no corpo do compilado legislativo, tem-se as normas formalmente constitucionais. Independentemente da classificação, todas têm a mesma hierarquia (BRANCO; MENDES, 2017).

Desta feita, após exposição acerca dos principais aspectos dos direitos fundamentais constitucionais, passa-se a abordar o direito fundamental social à saúde, a fim de contribuir com o entendimento do presente trabalho monográfico.

2.2 O direito à saúde como direito fundamental social

Os direitos fundamentais classificados como de defesa asseguram ao indivíduo uma proteção contra qualquer intromissão estatal. Os direitos prestacionais, por sua vez, querem que o Estado aja para liberar os indivíduos de suas necessidades, consistindo em direitos de promoção, que buscam uma efetiva igualdade entre os membros da sociedade política mediante a concessão de condições materiais para o gozo efetivo das liberdades asseguradas (BRANCO; MENDES, 2017).

Pode-se afirmar, portanto, a existência de direitos a prestações materiais, também chamados de direitos a prestação em sentido estrito, que advém da concepção social do Estado como fornecedor de condições materiais que satisfaçam as necessidades e atenuem as desigualdades sociais, o que é umbilicalmente ligado a desproporcional distribuição de riqueza na sociedade. São chamados direitos sociais por excelência, cujo objeto é uma utilidade concreta, um bem ou um serviço, extraíveis, em boa parte, do art. 6º da Constituição Federal, e dentre eles está o direito à saúde (BRANCO; MENDES, 2017).

Pode-se conceituar saúde como “o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças.” A saúde está

intrinsecamente ligada ao direito à vida, sendo pressuposto para a proteção desse outro importante direito fundamental (BULOS, 2014, p. 1.562).

Parece indiscutível que a ordem constitucional que protege os direitos à vida e à integridade física deve tutelar igualmente o direito à saúde, pois, do contrário, se estaria incorrendo no esvaziamento desses importantes direitos fundamentais (SARLET, 2013).

No ramo do direito público, o direito à saúde surge com a necessidade de o Estado assegurar a sua proteção, passando a admitir-se ao Poder Público a intervenção, regulamentação, autorização, proibição e fiscalização desse direito. Em 26 de julho de 1946 surge a Organização Mundial da Saúde (OMS) como órgão integrante das Nações Unidas (ONU), entretanto, foi com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, que o direito à saúde passou a ter uma posição mais favorável (MAMELUK, 2012).

A Constituição Federal de 1988, entre as cartas constitucionais brasileiras, foi a primeira a prever expressamente o direito fundamental à saúde, apesar de algumas terem trazido disposições esparsas sobre o tema, a exemplo da Constituição de 1824 que previa a garantia de “socorros públicos” em seu artigo 179, inciso XXXI (BRANCO; MENDES, 2017).

A Carta Magna de 1988 menciona o direito à saúde em dois momentos: no *caput* do art. 6º, indicando-o como direito social, e nos artigos 196 e seguintes, onde são delineadas, por meio de políticas sociais e econômicas a serem elaboradas pelo Estado, diretrizes de promoção do direito, estabelecendo-se a criação e incumbências do Sistema Único de Saúde (SUS) (MAMELUK, 2012).

O artigo 196 da Constituição Federal preceitua:

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. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que do direito à saúde decorre, além de sua condição como direito fundamental, a imposição de deveres fundamentais, vinculando principalmente o Poder Público na obrigação de efetivar esse direito. Ademais, desse extrai-se as dimensões preventiva, promocional e curativa do referido direito (SARLET, 2013).

A noção de saúde curativa se refere à garantia dada ao indivíduo de acesso aos meios que lhe possam trazer cura da enfermidade ou agravo sofrido, ou, caso esta não seja possível, a possibilidade de trazer-lhe, no mínimo, qualidade de vida, como ocorre com o fornecimento de medicamentos. A saúde preventiva está relacionada à efetivação de medidas que tenham como escopo evitar o surgimento de doenças e danos à saúde da sociedade. A

promoção da saúde, por sua vez, atrela-se à busca de qualidade de vida mediante ações que promovam melhoras nas condições de vida e saúde dos indivíduos (SARLET, 2013).

Apesar de consistir em um direito social, deve haver a produção de efeitos desses direitos no plano fático, pois a previsão constitucional do mesmo apenas como diretriz de observância do poder público, sem efetividade na sociedade, equivaleria à ausência de força normativa dos preceitos constitucionais (BRANCO; MENDES, 2017).

O legislador constituinte deixa evidente que, além de direito, a saúde é um dever fundamental que deverá ser prestado pelo Estado como um todo, isto é, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, sendo uma atribuição comum de todos os entes, consoante o art. 23, II, da CRFB/88, que enuncia: “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.” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 598).

Desta feita, assim como os demais direitos sociais dispostos na Constituição Federal, o direito à saúde demanda o cumprimento de prestações positivas, que ocorre quando o Poder Público providencia medidas para combater e tratar doenças, e prestações negativas, quando o Estado abstém-se de obstaculizar o exercício desse direito (BULOS, 2014).

Com a alteração do perfil do Estado e do conteúdo dos direitos fundamentais, a própria Constituição sofre modificações para abranger, ao lado das garantias de liberdade, programas de ação dirigidos ao Estado aspirando ao bem-estar dos cidadãos, positivados como normas programáticas – isto é, dependentes de políticas públicas para serem concretizadas – o que gerou a caracterização de Constituição dirigente elaborada por Canotilho, devendo o Poder Público tê-las como diretrizes materiais de atuação, com o fito de realizá-las (CANOTILHO apud ZOLLINGER, 2005).

Deste modo, o direito à saúde como direito fundamental social deve ser efetivado no plano fático, o que se fará, pelo seu cunho programático, mediante políticas públicas promovidas pelo Poder Público. Não deve haver obstáculo para a sua plena concretização e proteção perante os Poderes Públicos, que devem fornecer condições materiais para a sua satisfação, devendo o Estado atuar de forma positiva para isso (BRANCO; MENDES, 2017).

Esse dever do Estado, como dito, realiza-se por meio da promoção de políticas públicas que visem fornecer ações e serviços de acesso universal e igualitário ao direito, cuja existência é pressuposto para a efetividade dos direitos individuais que dela decorrem (SANTANA, 2011).

As políticas públicas são programas de intervenção estatal baseadas em ações sistematizadas do Estado que buscam a concretização de determinados fins setoriais ou gerais, com base na articulação entre a sociedade, o mercado e o Estado (APPIO, 2012).

Entretanto, a existência de normas materiais e instrumentais, por si só, não garante a efetividade das políticas públicas implantadas, pois requer quantificação, especificação, o que é alcançado anualmente pelas leis orçamentárias. Logo, apesar de as normas possuírem aplicabilidade e eficácia, a eficácia social, isto é, a efetividade da política pública, só ocorrerá nos termos das leis orçamentárias, pois não há despesa pública sem crédito orçamentário (SANTANA, 2011).

Conclui-se que, apesar do caráter universal do direito fundamental a saúde, a consecução dos meios para sua promoção, mediante prestações materiais, demandam, além das normas que estabelecem as políticas públicas, recursos públicos para sua satisfação, o que acaba ensejando a impossibilidade de satisfação integral do direito a todos.

O excesso de demandas materiais contempladas como direitos sociais e a escassez de recursos impõe ao Poder Público a organização da realização das políticas públicas, elencando-se prioridades, o que faz através de leis orçamentárias, nas quais organizam-se as necessidades sociais e as convertem em deveres prestacionais por parte do Estado (SANTANA, 2011).

Para tanto, evidencia-se o predomínio da atuação do Poder Executivo quanto à promoção das políticas públicas, pois a definição das políticas públicas nas leis orçamentárias é atividade do governo. Ora, a lei que estabelece o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual, assim como a criação de órgãos administrativos que executam as políticas públicas, são de iniciativa do Poder Executivo, conforme arts. 165 e 161, §1º, II da Constituição Federal, sem mencionar a atividade arrecadatória (SANTANA, 2011).

Deste modo, tendo o Poder Executivo a função de concretizar e executar as políticas públicas, plausível aceitá-lo como o ente responsável pela prestação e cumprimento material desse dever de prestação, o que fará de ofício ou por determinação judicial. Em decorrência disso há críticas quanto a entrega de prestações individuais pelo Poder Judiciário quando aprecia demandas requerendo a satisfação de direito social, especialmente à saúde (SANTANA, 2011).

Desta feita, apesar da natureza fundamental do direito, assim como os demais direitos sociais, o direito à saúde se submete a existência de dada situação econômica para a sua real concretização, afinal, não se pode conceder aquilo que não se possui. Ademais, a

existência de políticas públicas é essencial para a consecução do direito, sendo atribuição eminentemente do Poder Executivo, que deve agir positivamente para a promoção da garantia.

Um desdobramento do direito fundamental à saúde é a garantia da institucionalização do Sistema Único de Saúde (SUS), decorrente do próprio texto constitucional, conforme será exposto.

2.3 O Sistema Único de Saúde (SUS)

O Poder Constituinte Originário, ao dispor sobre o direito fundamental social à saúde, estabeleceu um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde, o que acentua a responsabilidade solidária existente entre os entes da Federação para a consecução desse direito, garantindo, ainda, “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”, conforme dispõe o art. 7º, IV, da Lei n. 8.080/90 (BRANCO; MENDES, 2017, p. 598).

Em uma visão ampla, o direito à saúde deve ser efetivado mediante ações específicas – dimensão individual – e por meio de políticas públicas que busquem a redução do risco de doenças e outros males – dimensão coletiva. Assim, as pretensões podem versar tanto sobre atos concretos como sobre políticas e ações administrativas que concorrem para a melhoria do sistema de saúde, abarcando também as normas de procedimento e organização (BRANCO; MENDES, 2017).

A dimensão subjetiva do direito à saúde remete à noção de direito de defesa, como direito a prestações, de cunho material, além de haver entendimento quanto a posições subjetivas ligadas à tutela do mínimo existencial. Ademais, a posição objetiva impõe diversos deveres de proteção ao Estado, como ocorre no dever de edição de leis, do qual decorre, por conseguinte, também a garantia institucional do Sistema Único de Saúde (SUS) (SARLET, 2013).

Apesar da admissão da dimensão individual do direito, tem-se o entendimento de que deve prevalecer a tutela coletiva do direito mediante políticas públicas em detrimento à tutela individual do caso concreto, principalmente no âmbito jurisdicional. Todavia, como direito diretamente ligado à vida, integridade física e, sobretudo, dignidade, não se deve afastar a tutela jurisdicional individual do mesmo, abrangendo, ainda, o direito às prestações materiais. De todo modo, a densificação do conteúdo da prestação dependerá das circunstâncias de cada caso concreto, aplicando-se a proporcionalidade, isto é, levando-se em

consideração a proibição de excesso e de insuficiência das medidas que restringem e realizam os direitos fundamentais (SARLET, 2013).

A instituição do SUS é decorrente da própria Constituição Federal, por princípios e diretrizes nela definidos, e detentora da mesma proteção dada às demais normas constitucionais, sendo, aliás, considerada como limite material à reforma constitucional e ao retrocesso (SARLET, 2013).

Tem-se como princípios que circundam o SUS o da unidade, descentralização, regionalização e hierarquização. O princípio da unidade remete a existência de sistema único, isto é, que engloba todas as ações e serviços de saúde, públicos ou privados, com as mesmas políticas e diretrizes, sem excluir a possibilidade de divisão em níveis nacional, regional, estadual e municipal. A descentralização remete a existência de direção própria em cada esfera do governo, enquanto a regionalização permite a adequação das ações e serviços às necessidades locais. Já a hierarquização se refere à divisão em diferentes níveis conforme a complexidade do caso concreto (SARLET, 2013).

Pelo aspecto regionalizado do Sistema Único de Saúde (SUS), a competência para cuidar da saúde fora definida pela Constituição Federal como comum a todos os entes da Federação. O art. 23, inciso II da Carta Magna prevê que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidariamente pela saúde para com o indivíduo e a coletividade. Para que seja efetivamente concretizado, o seu financiamento é questão primordial, principalmente aos Municípios (BRANCO; MENDES, 2017).

Considera-se o SUS como decorrente de processo de lutas e conquistas dos direitos fundamentais, no qual institui-se o princípio da universalidade da saúde, que resguarda o mínimo existencial do indivíduo, a sua própria vida. O SUS é o principal meio para a realização da política pública de saúde no país, podendo ser considerado uma das maiores conquistas sociais fruto da Constituição Federal de 1988 (MAMELUK, 2012).

Os princípios que orientam o SUS são os da universalidade, integralidade e equidade. Universal por visar garantir o acesso ao serviço de saúde a todo e qualquer indivíduo, independentemente de ser ofertado pelo público ou privado em contratação com o Poder Público, como se depreende do art. 196. Equitativo por fundar-se na noção de liberdade e igualdade, preconizando que todo indivíduo que necessite de ações e serviços de saúde deve ter o direito ao acesso a estes, visando apaziguar a desigualdade. Além disso, é integral, pois indica que todas as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde compõe um todo uno e indivisível que promove a assistência de forma integral (MAMELUK, 2012).

Conforme dispõe o artigo 198 da CRFB/88, o SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social de todos os entes da Federação – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, além de outras fontes. Todas essas entidades devem aplicar, anualmente, recursos mínimos para a manutenção do SUS, inclusive quanto ao fornecimento de medicamentos, que é um dever do Estado (BULOS, 2014).

Vale mencionar que, ao lado do SUS, a Constituição Federal também determinou que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, diante dos ditames do art. 199. Logo, ao mesmo tempo em que há a estatização da medicina, o Constituinte Originário deu oportunidade de prestação da saúde aos particulares, que dividirão com o setor privado a missão de realizar os ditames do artigo 196 da *Lex Mater*, como ocorre nos planos e seguros privados de assistência à saúde, regulados pela Lei 9.656/98 (BULOS, 2014).

Como determinado pelo art. 198 da CRFB/88, as ações e serviços públicos de promoção da saúde integram uma rede hierarquizada e regionalizada, e constituem um único sistema, que é organizado pelas seguintes diretrizes:

I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade. Prevê o § 4º deste art. 198 que os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. (DUTRA, 2017, p. 294).

Além disso, as entidades sem fins lucrativos e, com maior relevância, as de natureza filantrópica, podem associar-se ao SUS mediante contrato de direito público ou convênio, conforme dispõe o art. art. 199, §1º da CRFB/88 (BULOS, 2014).

Outrossim, do dispositivo supracitado ainda se extrai:

Art. 199. (...) § 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (DUTRA, 2017, p. 294).

Objetivando a promoção de assistência farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde, o Ministério da Saúde estabeleceu uma lista de medicamentos que devem ser ofertados em toda a rede, com a denominação Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), na qual consta a relação de fármacos indicados para doenças e outros agravos, conforme Lei 8.080/1990. Tal listagem deve ser atualizada periodicamente, levando-se em

consideração determinados critérios (patologias mais frequentes, diferenças regionais, eficácia e segurança do medicamento etc.) (MAMELUK, 2012).

A distribuição gratuita dos medicamentos ocorre através do SUS e visa promover o direito constitucional de universalização do direito à saúde. Ademais, o estabelecimento de medicamentos genéricos foi um dos meios utilizados pelo Poder Público para promover o efetivo acesso a todos ao direito social assegurado (MAMELUK, 2012).

O SUS baseia-se no financiamento público, bem como na cobertura universal das ações que promovem a saúde. Assim, para que o Estado possa fomentar o sistema, necessário se atentar para a estabilidade dos gastos com promoção da saúde para, por conseguinte, captar os recursos necessários (MAMELUK, 2012).

Portanto, a promoção do direito prestacional à saúde impulsionada pelo SUS necessita de recursos financeiros públicos aptos a sua real concretização. Do contrário, não haveria a possibilidade de concretização desse direito no plano dos fatos, uma vez que é satisfeito eminentemente com prestações de cunho material, sendo, inclusive, um direito custoso ao Estado.

Deste modo, apesar de ser, indiscutivelmente, uma evolução, no que tange a concretização do acesso à saúde, o SUS, como sistema jurídico, não é ilimitado, pois carece de uma dinâmica que assegure de maneira justa e eficiente o direito à saúde ao povo brasileiro. É nessa conjuntura que o Judiciário atua para tentar reparar as eventuais falhas, o que acaba ensejando uma crescente demanda de ações pleiteando o exercício desse direito essencial. O Poder Judiciário acaba se tornando a válvula de escape para o indivíduo carecedor de recursos financeiros para tratamento médico e compra de medicamentos, ensejando, assim, a judicialização do acesso à saúde (MAMELUK, 2012).

Ocorre que a atuação do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, baseando-se genericamente ao que dispõe a Constituição, quanto a imposição de fornecimento de tratamentos médicos e dispersão de fármacos não inseridos na política pública de saúde, por exemplo, acaba implicando na substituição da vontade dos governantes eleitos por um ato de vontade de juízes, que não são eleitos, o que leva-se ao questionamento quanto à legitimidade dos juízos em impor cumprimento de prestações materiais ao administrador em prol do jurisdicionado (APPIO, 2012).

Desta feita, expondo as nuances da principal instituição que promove o direito fundamental a saúde, o SUS, que é – pela natureza do direito social que protege – limitado aos recursos públicos, far-se-á uma abordagem acerca das duas teorias circundam a tutela prestacional do direito fundamental à saúde quanto a sua denegação ou concessão no âmbito

jurisdicional, que são as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, geralmente alegadas quando há o embate entre o direito fundamental individual e a limitação orçamentária estatal, conforme se passa a expor.

2.4 As teorias da reserva do possível e mínimo existencial e o direito à saúde

No que tange a efetividade de políticas que concretizam o direito fundamental à saúde, há duas teorias que circundam o tema com mais ímpeto: as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial.

Filósofos e juristas apoiam a tese de que o Poder Público deve garantir o mínimo existencial ao indivíduo, isto é, os direitos básicos da pessoa humana, sem possibilidade de intervir para menos que isso. Defendem, ainda, que esse “mínimo” deve ser analisado a luz do binômio necessidade do beneficiário da prestação e capacidade do provedor daquelas necessidades básicas. Ademais, essa necessidade premente do mínimo existencial se finca no princípio da dignidade da pessoa humana, indicando um direito que viabilize a satisfação das necessidades primordiais, dentre as quais o direito de ter saúde (MAMELUK, 2012).

Ao revés, como entrave para a concretização desse prestigioso princípio, tem-se a insuficiência de recursos públicos para a sua concretização, advindo à chamada “reserva do possível”. As necessidades materiais são incontáveis, principalmente as decorrentes dos direitos sociais, mas os recursos são escassos, impossibilitando o cumprimento de toda e qualquer prestação social a todos (MAMELUK, 2012).

É reconhecido que todos os direitos fundamentais, independentemente de sua dimensão (ou geração), têm custos públicos, conforme indicado por Stephen Holmes e Cass Sunstein. Para eles, “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”. Nesse sentido, passa a ter significativa importância o tema da reserva do possível, especialmente ao evidenciar a nítida escassez dos recursos, que gera a necessidade de se fazerem determinadas escolhas (HOLMES; SUNSTEIN apud BRANCO; MENDES, 2017, p. 581).

Pelo princípio da reserva do possível cabe ao Supremo Tribunal Federal exercer o papel atípico de garantir a efetivação dos encargos político-jurídicos, dados aos Poderes Legislativo e Executivo pela Constituição. Ademais, “a reserva do possível (*Voerbehalt des Moglichen*) pressupõe que os direitos fundamentais não consagram, apenas, uma proibição de intervenção (*Eingriffverbote*), contendo, também, um postulado de proteção (*Schutzgebote*).” (BULOS, 2014, p. 377, grifo original).

Desta feita, a reserva do possível se apoia justamente em verificar se os direitos fundamentais – como ocorrem nos direitos fundamentais de segunda geração, principalmente – estão sendo respeitados pelo Estado, que tem o dever de concretiza-los no mundo dos fatos, torna-los efetivos, conforme as possibilidades. É através da cláusula da reserva do possível, portanto, que o STF poderá ser provocado em sede de controle abstrato das normas para dizer a respeito da concretização dos direitos insculpidos na Carta Maior, dando efetivo cumprimento ao postulado de proteção inerente (BULOS, 2014).

No entanto, necessário se faz observar, cumulativamente, dois fatores:

[...] **razoabilidade da pretensão** - a razoabilidade da pretensão individual/social, deduzida em face do Poder Público, é o primeiro aspecto a ser examinado pela Corte. Nesse particular, cumpre-lhe indagar: houve omissão do Estado na prática de encargos que a Constituição da República lhe atribuiu? Existiu abusividade governamental ou arbítrio estatal responsável pela inefetividade de direitos sociais, econômicos e culturais? Se todas essas perguntas forem respondidas afirmativamente, está configurado o primeiro requisito para a Corte repudiar o ato pleiteado como inconstitucional. Quer dizer, o adimplemento, pelo Poder Público, dos direitos de segunda geração é uma prestação estatal de natureza positiva, cuja obrigatoriedade de implementação é requisito indispensável para a efetividade de prerrogativas individuais e coletivas, de enorme vulto constitucional; e **disponibilidade financeira do Estado** - a existência de disponibilidade financeira do Estado, para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas, é o outro ponto a ser observado pelo Supremo, em sua decisão. Aqui, cumpre à Corte Excelsa questionar: o Estado tem dinheiro para saldar os seus deveres constitucionais? Qual a sua realidade econômica? Como estão as suas finanças, receitas e despesas? (BULOS, 2014, p. 378, grifou-se).

Por certo, quando o STF, em sede de controle concentrado das normas, se deparar com situações que demandem a invocação do princípio da reserva do possível, ele deve equilibrar, de um lado, o cumprimento dos direitos fundamentais e, do outro, as possibilidades orçamentárias do Poder Público, pois são dois requisitos que devem ser levados em consideração de forma conjunta (BULOS, 2014).

Quando há a comprovação, de forma objetiva, que o Estado é incapaz, econômico e financeiramente, nada se pode exigir do mesmo, pois, do contrário, soaria irrazoável impor a efetivação dos ditames constitucionais de quem não tem subsídio financeiro para tanto. Em contrapartida, não se mostra lícito, tampouco ético-moral, que o Poder Público declare ausência de recursos com o intento de obstaculizar o cumprimento de deveres constitucionais ditos improteláveis, previstos em prol da própria essência da pessoa humana e dos cidadãos de modo geral daquele Estado (BULOS, 2014).

Todavia, quando há uma desproporcional afetação do sistema de saúde, com o conseqüente comprometimento da ordem pública, incluindo as diversas dimensões da reserva do possível, devem ser devidamente demonstrados pelo Poder Público (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017).

Isso porque as constituições contemporâneas – como ocorre na Constituição Federal de 1988 – prenciam

[...] condições materiais mínimas de existência, sem as quais o ser humano não viveria, muito menos sobreviveria. Tais condições materiais mínimas de existência irmana-se com o que se convencionou denominar mínimo existencial, que encontra na reserva do possível sua concretização e alcance. (BULOS, 2014, p. 378).

Deste modo, admite-se limitações de recursos financeiros para a satisfação integral dos direitos sociais, com ênfase no direito à saúde. Entretanto, a desproporcional afetação das políticas públicas de saúde com o conseqüente comprometimento desse deverá ser provado pelo Poder Público, uma vez que a Constituição Federal dispõe de patamares financeiros mínimos necessários para a sua promoção, não devendo a reserva do possível ser óbice para a materialização mínima do direito.

Desta feita, o princípio da reserva do possível não pode constituir obstáculo para a proteção mínima devida pelo Estado, não devendo esse, a pretexto de não possuir recursos, descumprir seus deveres perante a sociedade, consistindo em omissão constitucional, que deve ser repudiada veementemente (BULOS, 2014).

Perceptível, portanto, que os direitos fundamentais sociais, como conjunto de normas que buscam proporcionar condições materiais mínimas de existência humana – que, ao final, concretizam o direito do ser em ser feliz –, devem ser colocados em primeiro plano. Caso assim não fosse, daria azo para que o Poder Público agisse como bem entendesse, o que seria ilógico, pois qualquer conduta estatal negativa pode devastar direitos constitucionais básicos, como a educação, saúde, moradia etc., o que fulminaria o caráter fundamental que lhes é inerente (BULOS, 2014).

Destarte, mesmo que o direito à saúde esteja na seara de políticas públicas, não pode esse bem, assim como os demais direitos sociais, ser alvo de restrições e cerceamentos, a pretexto da aplicabilidade da reserva do possível, que pode ser alvo de controle do Poder Judiciário.

No entanto, especificamente em meio a recessões financeiras, não há como rejeitar que a função do Estado em assegurar a concretização dos direitos sociais pode vir a sofrer limitações pela restrição orçamentária. Nesses casos, a interpretação dada ao que dispõe a Constituição Federal deve se vincular aos obstáculos econômicos do Poder Público (BRANCO; MENDES, 2017).

Ocorre que, para os defensores da atuação do Poder Judiciário nesta senda, a concretização dos direitos sociais, especialmente ao direito à saúde e educação, se faz indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, princípio base do

ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o Estado deve proporcionar a sociedade ao menos o “mínimo existencial” de cada direito assegurado pela Carta Magna, sendo decorrência lógica da proteção da dignidade humana, o que pode, por conseguinte, ser objeto da apreciação jurisdicional (BRANCO; MENDES, 2017).

E é por esse fundamento que são poucos os que se defendem a teoria da reserva do possível como limite fático à efetivação dos direitos sociais, pois, apesar de haver, sem pestanejar, real escassez de recursos financeiros para o fomento de políticas públicas que reduzam as desigualdades, é viável estabelecer prioridades entre as metas a serem atingidas. Assim, com a racionalização dos recursos, parte-se da ideia de que certos gastos, de menor cunho social, podem ser diferidos em prol de outros, por serem considerados indispensáveis e urgentes para a sociedade, e, com isso, se protege o princípio essencial – que é pressuposto para o exercício dos demais direitos – da dignidade da pessoa humana (BRANCO; MENDES, 2017).

À vista disso, mesmo que os Poderes Públicos, como destinatários precípuos de um direito social, que é o direito à saúde, venham a opor ausência de recursos e incompetência do Judiciário para decidirem sobre a destinação dos recursos públicos, não parece ser aceitável essa solução dada pelo Estado, principalmente por envolver a preservação do bem maior, que é a vida humana (MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2017).

Portanto, o direito social à saúde se depara com o obstáculo aduzindo pelo poder público da reserva do possível como limite à sua real efetividade, na medida em que os custos oriundos da prestação desse salutar direito geram uma adequação das receitas públicas e dos recursos públicos. Todavia, entende-se que tal alegação não deve impedir o gozo do mesmo, pois prima-se pela preservação do mínimo existencial do sujeito, sua dignidade humana, assim como outros direitos fundamentais dele decorrentes.

Deste modo, o direito à saúde deve ser protegido pelo Estado para fins de tutela do mínimo existencial de todos, mas é indiscutível a existência de obstáculos palpáveis a promoção desse direito fundamental pelos órgãos competentes, assim como a disponibilidade orçamentária. Tudo isso, coadunando-se com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, gera a judicialização desse direito, que será abordada a seguir.

2.5 A judicialização do direito à saúde

Como dito alhures, há o entendimento de que o direito à saúde pode ser exigido como tutela individual ou coletiva, o que se depreende do dispositivo constitucional referente

ao direito, o artigo 196. Deste modo, entende-se pela possibilidade de judicialização desse direito fundamental social.

Apesar disso, a judicialização do direito à saúde é um assunto muito debatido na atualidade. Essa compreende a provocação e a atuação do Poder Judiciário em busca da efetiva assistência médica e farmacêutica, abrangendo o fornecimento de medicamentos e outros insumos, tratamentos médicos e disponibilização de leitos nos hospitais (MAMELUK, 2012).

A partir do momento em que a lei possibilita e assegura a tutela jurisdicional da norma fundamental, não há óbice à judicialização de todo direito insculpido na Constituição Federal. Pode-se dizer, inclusive, que há uma interdependência entre o direito material e o direito processual, visto que o direito processual existe para proteger a essência da norma material e, conseqüentemente, dar-lhe efetividade, mesmo em se tratando de direito social de cunho programático (ZOLLINGER, 2005).

Ademais, sem a existência de mecanismos processuais estruturados com o fito de buscar a efetividade dos direitos fundamentais, independentemente da geração, se de cunho individual ou coletivo, eles seriam meras promessas do Poder Constituinte, destituídos de efetividade (ZOLLINGER, 2005).

Ao Judiciário cabe, precipuamente, defender os direitos violados ou na iminência de sê-lo, conforme se extra do art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal. A defesa dos direitos fundamentais, destarte, é inerente à sua função. Os tribunais possuem o privilégio de controlar os atos dos outros Poderes, do Legislativo e Executivo, nos limites correlatos aos direitos fundamentais, e é essa vinculação que leva ao entendimento de que cabe a estes dar-lhes a máxima eficácia possível (BRANCO; MENDES, 2017).

A partir do momento em que há a crença em uma Constituição como norma, possuidora de caráter imperativo, os seus direitos passam a ser passíveis de tutela em juízo, isto é, se as normas fundamentais atribuem aos cidadãos posições jurídicas subjetivas, caberá ao ordenamento jurídico fornecer mecanismos hábeis a promover a realização concreta destes direitos (ZOLLINGER, 2005).

E é por esse motivo que o Poder Judiciário, como detentor da função principal de efetivar o direito objetivo quando objeto de dúvida ou violação, ou iminente lesão, atua em prol dos direitos fundamentais, sendo considerado como guardião das liberdades e dos direitos individuais (ZOLLINGER, 2005).

No entanto, em relação à judicialização do direito à saúde, dos direitos sociais como um todo, caberá ao Poder Judiciário, quando da apreciação da demanda, observar o

determinado binômio, o da razoabilidade da pretensão e disponibilidade de recursos financeiros do Estado para a efetivação do direito, sob pena de haver irrestritas decisões judiciais inócuas causadoras da falência estatal decorrente da impossibilidade de cumprimento dos atos decisórios (MAMELUK, 2012).

Ao revés, há quem entenda pela real impossibilidade de judicialização do direito à saúde, por ser esse um direito social promovido pelo Poder Executivo mediante políticas públicas estabelecidas por lei e em conformidade com o orçamento disponível, não devendo o Judiciário substituir a atuação do legislador e do administrador, que foram eleitos pelo povo para a escolha alocativa das necessidades públicas, pela aplicação direta dos direitos sociais da Constituição no caso concreto (APPIO, 2012).

Isso por que os direitos sociais dependem das condições institucionais, assim como das estruturas administrativas e financeiras, e se enquadram, geralmente, na categoria de direitos decorrentes de prestação. Por isso, não há como haver concretização do direito diretamente da previsão da Constituição Federal, já que dependerá da criação ou restauração de condições econômicas, administrativas e políticas indispensáveis para sua consecução (MIRANDA apud SANTANA, 2011).

O caráter relativo e histórico dos direitos sociais, assim como o viés universalizante e igualitário das políticas públicas, que se concretizam por prestações positivas do Estado, impõe-nos a desconsideração da moral como justificativa para interferência do Poder Judiciário para ater-nos aos parâmetros constitucionais estabelecidos e condições materiais de sua real efetivação (SANTANA, 2011).

Quando o Poder Judiciário intervém determinando ao ente público o fornecimento de medicamentos ou tratamentos não estabelecidos nas políticas públicas previamente legisladas, há um impacto orçamentário significativo no Erário (SOARES, 2015).

A condição do direito à saúde como direito a prestações materiais, portanto, é controversa, pois, de um lado há a limitação de recursos – públicos e privados – para a asseguarção desse direito fundamental, desaguando-se na chamada reserva do possível, e de outro o dever de preservação do mínimo existencial do sujeito (SARLET, 2013).

O direito à saúde é tido como um direito humano fundamental, inerente à proteção do direito a vida e dignidade da pessoa humana. Com isso, é de se afirmar que o direito vigente – tanto nas normas internacionais quanto nacionais – coaduna-se com a moralidade comum. Logo, deduz-se que o respeito ao direito à vida e à saúde como obrigações legais e morais é indiscutível, devendo, portanto, ser prontamente cumprido. Ocorre que, apesar de se

depreender que sejam encapados como direitos absolutos, na verdade não o são (BOBBIO apud PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

O que há são incontáveis necessidades sociais e insuficiência de recursos públicos para a satisfação do direito para todo e qualquer indivíduo. Em decorrência disso, pela busca da efetividade desse direito fundamental, isto é, do acesso às condições materiais de sua concretização, gera-se um alto índice de demandas judiciais no âmbito da saúde (PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

Determinadas pesquisas demonstram que a demanda judicial brasileira mais presente no âmbito da saúde consiste em pedidos, seja individual ou coletivo, de medicamentos. Tais pedidos se embasam em prescrição médica e na provável urgência em obtê-lo, ou para realizar determinado exame ou procedimento, que viabilizem a satisfação daquela necessidade. Diz-se que a busca pelo insumo por meio da via judicial se dá pela necessidade de incorporação daquele determinado medicamento ou procedimento no SUS, ou *déficit* de prestação pelo Estado na rede pública de saúde (PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

A resposta judicial basicamente consiste em determinar ao gestor público o cumprimento da prestação pleiteada, com base em certa prescrição médica. Ocorre que, em parte das vezes, o insumo requerido não está em conformidade com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT), ou não está nas listas de medicamentos financiados pelo SUS, o que acaba afetando o orçamento público, de forma imprevista (PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

Cabe ao Poder Judiciário apenas a fiscalização da execução dos atos administrativos, englobando as políticas públicas de promoção dos direitos sociais. No entanto, a atuação do juiz na formulação dessas políticas, anulando atos do Poder Executivo, acaba desnaturando a fiscalização, tornando-se ele o próprio administrador, usurpando sua competência (APPIO, 2012).

Logo, a substituição do legislador e administrador público pelo juiz não se mostra legítima politicamente, justificando-se, por exemplo, pelo fato de que: o administrador e legislador foram eleitos pelo sufrágio universal para estipular uma pauta de prioridades na realização de políticas sociais e econômicas; o Judiciário não tem ferramentas aptas para identificar as reais prioridades sociais, tendo que depender das informações empreendidas pela Administração Pública; além de que a atividade-fim do Poder Judiciário se resume a revisão dos atos realizados pelos demais Poderes, e não a sua substituição, sendo da Administração Pública a atribuição de estabelecer prioridades para a execução das políticas

sociais conforme critérios políticos, o que faz com discricionariedade e amplitude de atuação definida por lei (APPIO, 2012).

Caso o Poder Judiciário substitua a discricionariedade do administrador público, estará extrapolando seus limites funcionais, o que é imposto pelo sistema de “freios e contrapesos” (SANTANA, 2011).

Essa atitude do Judiciário acaba desencadeando tensões e discussões a respeito da sua legitimidade e competência técnica, e até mesmo legal para tanto, nas quais se debate o conteúdo e a forma de prestação estatal que deva ser cumprida pelo Poder Executivo no que tange à saúde, já que, precipuamente, é de competência do Poder Executivo, conjuntamente às instâncias da gestão administrativa do SUS, com base nas implicações orçamentárias e técnicas, a assistência à saúde, individual e coletiva (PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

A determinação judicial de retirada de receita atribuída por lei ou a redestinação das verbas públicas previamente estabelecidas para determinadas obras e serviços sociais para outros fins tidos como prioritários pelo magistrado – como a aquisição de um medicamento de alto custo – enseja a concentração das funções legislativa, executiva e judiciária nas mãos de um único Poder, o Judiciário (APPIO, 2012).

A decisão acerca das prioridades conferidas pelo Estado nessa senda é eminentemente política e moral, não judicial, motivo pelo qual as eventuais ações judiciais individuais contra o Estado não podem substituir a atividade imanente do administrador público (APPIO, 2012).

Por outro lado, essa limitação, que visa uma garantia arquitetada em favor do próprio indivíduo, pode, ao mesmo tempo, constituir óbice à atividade do Estado quando a vida humana de algum cidadão estiver em xeque (APPIO, 2012).

A negativa do direito pode ocorrer pela completa ausência de regulação legislativa de determinado direito disposto na Constituição de forma genérica. Nessa hipótese, o administrador público estará limitado à existência de políticas sociais existentes internamente à Administração Pública, uma vez que a execução desses programas já passou pela análise legislativa quando da aprovação da lei orçamentária (APPIO, 2012).

Ao revés, negar a pretensão de compra de determinado medicamento não previsto pode simbolizar a negativa do direito à vida daquele sujeito, garantido pela Constituição Federal da qual ainda decorre a garantia de aplicabilidade imediata, nos moldes do artigo 5º, §1º da Carta (APPIO, 2012).

Tem-se aí um conflito entre o direito à vida de um cidadão, que busca, através do Judiciário, a satisfação de um direito fundamental assegurado, que corrobora sua própria sobrevivência, e os direitos de outros cidadãos, que também dependem do orçamento público para tanto (APPIO, 2012).

Ocorre que a vida deve ser preservada e não violada, remetendo-se aos crimes dispostos no Código Penal (art. 121, CP e art. 122), sendo indiscutível que, assim como na seara penal, a área cível e administrativa também tem o dever de proteção à vida e integridade física do indivíduo (APPIO, 2012).

Esse dever genérico do Estado, assim com o direito à vida do cidadão, está condicionado à capacidade orçamentária desse, o que gera as mencionadas “decisões trágicas” do legislador e administrador. De todo modo, a proteção constitucional do direito à vida não pode ser compreendida como o dever do Estado de suprir todas as necessidades básicas de todos, uma vez que as decisões governamentais dependem de decisões políticas dos governos eleitos conforme os recursos disponíveis, sendo deles a atribuição de buscar melhores mecanismos para a satisfação das necessidades humanas e ampliar, paulatinamente, o direito tido como universal (APPIO, 2012).

Logo, apesar de dever ser assegurado o mínimo existencial dos cidadãos, principalmente nas áreas da educação e saúde, é sabido que a capacidade governamental não é ilimitada, pois essa universalização vai depender da execução de um projeto de governo (APPIO, 2012).

Deste modo, é indiscutível que há controvérsia no âmbito da judicialização do direito à saúde, cuja importância teoria e prática tornou-se extremamente relevante, envolvendo tanto os operadores do direito, quanto os gestores públicos, profissionais da saúde e a sociedade.

Apesar de o Judiciário ser essencial para o efetivo exercício da cidadania, surge certa inquietação com o advento de decisões judiciais que interferem na atuação dos executores e elaboradores das políticas públicas fomentadoras de direitos sociais, cujas determinações, muitas vezes, acabam contrariando, afrontando as políticas governamentais para área da saúde, e indo além das possibilidades orçamentárias do Estado (BRANCO; MENDES, 2017).

Sem embargo do revolvido dilema acerca da judicialização do direito à saúde, o juiz deve levar em consideração, em determinado caso concreto, as alternativas terapêuticas ofertadas pelo Sistema Único de Saúde, verificando se as mesmas satisfazem as necessidades do pleiteante, sem prejuízo próprio. Além disso, necessário observar se a prescrição médica

receitada, quando comparada ao que for disponibilizado pelo SUS e embasada por evidências científicas, é o único meio hábil a garantir a saúde daquele demandante (PEPE; SCHRAMM; SIMAS; VENTURA, 2010).

Com base na judicialização da saúde, inclusive, menciona-se duas teorias que predominam no âmbito do Supremo Tribunal Federal quanto a apreciação das demandas pela Corte.

No que tange a justiciabilidade do direito à saúde, a posição tradicional que prepondera no Supremo Tribunal Federal é a maximalista sem ponderação de custos, que preconiza a prevalência irrestrita da promoção do direito social em detrimento a qualquer outro argumento – como o de ausência de recursos públicos – em decorrência da preservação da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2015).

A posição maximalista com ponderação de custos, por sua vez, estabelece critérios para a concessão da prestação, considerando-se a existência do custo do direito – apesar de influenciar minimamente –, e não a concessão irrestrita do direito à saúde sob o argumento de assegurar a dignidade da pessoa humana. Gilmar Ferreira Mendes, em votos após a Audiência Pública n. 4 de 2009, passou a estabelecer critérios objetivos para o deferimento ou não da prestação à saúde, como mencionou na Tutela Antecipada n. 316 na qual trouxe hipóteses de desobrigação de fornecimento de medicamentos/tratamentos pelo Estado quando:

[...] a) cujos efeitos, senão idênticos, mas parecidos, possam ser obtidos com os remédios oferecidos gratuitamente; b) que não geram efeitos benéficos comprovados pela ciência, vale dizer, medicamentos ainda não aprovados pela Anvisa, ou que são inadequados para o caso do paciente postulante; c) cujos custos possam ser reduzidos mediante o fornecimento de medicamentos mais baratos, com os mesmos efeitos; d) experimentais; e) cujos custos sejam desproporcionais aos benefícios que promove; f) para fins puramente estéticos; g) a pacientes que não tenham se submetido aos tratamentos previstos pelo SUS e que têm indicação médica para o caso. (BRASIL apud SOARES, 2015, p. 12).

Isto é, admite-se o direito prestacional à saúde como direito subjetivo exigível, com fulcro nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, mas levando-se em consideração a exigência de custos para tanto, estabelecendo-se limites para concessão das prestações materiais em conformidade à garantia constitucional financeira mínima para sua promoção (SOARES, 2015).

Deste modo, pode-se afirmar que o crescimento de demandas judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos a partir de uma visão maximalista do direito à saúde pode comprometer a aplicação dos recursos para outras áreas da saúde. Ademais, a atuação do Judiciário em conceder irrestritamente fármacos não

inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) pode favorecer a indústria farmacêutica (SOARES, 2015).

Decerto, não é atribuição do Poder Judiciário a formulação de políticas públicas sociais e econômicas na área da saúde, mas é sua obrigação, sem pestanejar, verificar se as políticas eleitas pelos órgãos competentes se coadunam com os ditames constitucionais de acesso igualitário e universal à esse direito fundamental. Assim, quando constatada a existência de políticas públicas que materializam o direito fundamental à saúde, caberá ao Judiciário, diante de pretensões que buscam o fornecimento de medicamentos, identificar quais os motivos que levaram a Administração Pública a rejeitar tal prestação (BRANCO; MENDES, 2017).

Por conseguinte, quando se defere uma prestação de saúde que esteja incluída entre as políticas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Poder Judiciário não está criando nenhuma política pública, está apenas determinando que haja o seu efetivo cumprimento, caso em que não se hesita em confirmar a existência nítida de direito subjetivo público à política pública de saúde (BRANCO; MENDES, 2017).

Desta feita, perceptível que a judicialização do direito à saúde é um tema controvertido, pois pondera-se, de um lado, o direito do jurisdicionado na consecução do direito social à saúde, e de outro a definição do conteúdo das políticas públicas de saúde pelo Executivo e Legislativo.

No entanto, a judicialização de todo e qualquer direito fundamental é admissível, inclusive o direito à saúde para fornecimento de medicamentos, que é o objeto do presente trabalho. Diante da urgência preponderante na necessidade de recebimento do fármaco, os processos judiciais com esse fim geralmente requerem a concessão da tutela provisória, que é o meio processual apto a tutelar o direito em perigo, conforme se analisará.

3 A TUTELA PROVISÓRIA COMO INSTRUMENTO CONCRETIZADOR DO DIREITO À SAÚDE

3.1 Direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva para a proteção do direito à saúde

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal assegura o direito de ação, no qual também está imbuído o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Decorre do dispositivo, além da judicialização do mesmo, o monopólio de coação física do Estado, o dever de manutenção da paz em território específico, além da proibição de autodefesa, salvo em hipóteses excepcionais dispostas em lei (CANOTILHO apud ZOLLINGER, 2005).

Ocorre que o direito de ação, com perspectiva predominantemente formal, não satisfazia as necessidades pleiteadas em juízo. É irrazoável pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material em um Estado Constitucional, sendo equivalente a lhe negar qualquer valor, pois ser indiferente ao que ocorre no plano substancial equivale ser inapto a atender as necessidades de proteção e de tutelas provenientes dos novos direitos, principalmente os direitos fundamentais (MARINONI, 2017).

Deste modo, quando se constatou que o distanciamento do direito processual acarretava uma desvinculação da ação no que concerne ao direito material e, por conseguinte, da realidade social, passou-se a entender a importância da efetividade e instrumentalidade do processo (ZOLLINGER, 2005).

Com isso, o direito de ação passa a ser compreendido como um direito de acesso à justiça qualificado, já que a simples garantia formal não realizava o dever do Estado em prestar o direito materialmente. Assim, com o advento dos direitos sociais de segunda geração, o direito de ação começa a ser pensado como acesso efetivo da justiça, abandonando-se o aspecto puramente formal do direito, recebendo outras designações, dentre as quais a direito a uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva, adequada e, quando necessário, preventiva (MARINONI, 2011).

Conceber as normas constitucionais de direitos fundamentais como mero ideário jurídico é inconcebível, devendo-se, portanto, dar-lhes eficácia social, que é a concretização do comando normativo no mundo dos fatos, isto é, sua efetividade, o que se faz com a existência concomitante de mecanismos jurídicos aptos à sua realização plena, aproximando-se o dever ser normativo e o ser da realidade (BARROSO, 2006).

Neste sentido, sob a perspectiva de que se deve entender o processo tanto no seu aspecto formal quanto material, coadunando-se direito de ação com direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, inserto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, deduz-se que o Poder Constituinte Originário visou assegurar a todos a garantia de concretizar o direito material pleiteado, não somente a possibilidade de ir a juízo (MARINONI, 2011).

Deste modo, a tutela jurisdicional que visa à satisfação de determinado direito fundamental deve ser efetiva, ou seja, deve concretizar no plano fático o que é buscado pelo jurisdicionado, como deve ocorrer no direito fundamental à saúde para fornecimento de medicamentos.

Por se tratar de direito fundamental interligado a outros igualmente importantes – à vida, integridade física, dignidade da pessoa humana –, é justificável que a prestação jurisdicional, assim como a satisfação do direito ao fornecimento do fármaco requerido, deve ocorrer tempestivamente e de modo adequado pelo demandado.

A tempestividade inerente à tutela jurisdicional efetiva requer a concessão do direito pleiteado em tempo hábil a sua proteção, como visa à tutela antecipatória, que é a possibilidade de o jurisdicionado requerer judicialmente a obtenção da tutela antecipadamente ao mérito definitivo. Todavia, essa garantia não se limita a decisão concessiva da tutela antecipatória, mas ao próprio gozo do bem da vida concedido pelo ato decisório (MARINONI, 2010).

Portanto, a tutela provisória de urgência antecipada se mostra como instrumento processual apto e eficaz na proteção do direito à saúde, no que tange ao fornecimento de medicamentos, uma vez que o tempo é fator determinante para que esse bem da vida não pereça sem a devida salvaguarda estatal.

Se o direito à prevenção efetiva depende da antecipação da tutela final, ou se o direito à tutela jurisdicional efetiva não admite que o autor sofra dano pela morosidade de sua concessão, é evidente que tal direito está umbilicalmente ligado ao que dispõe o art. 5º, XXV da Constituição Federal, devendo – além de ser concedido pelo juízo – ser concretizado de forma plena e integral (MARINONI, 2010).

Entretanto, a tempestividade também deve ser entendida quanto ao uso racional do tempo no processo, por parte do juiz e do réu, que devem ter a intenção de dar ao feito duração razoável. Assim, se o réu tem o direito de defesa, injusto que se utilize dessa garantia para extrapolar os limites da sensatez. Equitativamente, o juiz lesa o direito a tutela tempestiva quando entrega a prestação jurisdicional em tempo inapto a concretizar o direito

pleiteado, em conformidade à estrutura do órgão jurisdicional e as circunstâncias do processo (MARINONI, 2011).

Assim, apesar da estrutura dos órgãos jurisdicionais e do exacerbado volume de processos judiciais para poucos magistrados e auxiliares da justiça, a prestação jurisdicional a destempo não garante a efetividade da tutela, principalmente em relação a direito relacionado à vida do sujeito, devendo essas demandas serem apreciadas preferencialmente pelo juízo.

Como direito fundamental, o direito à tutela jurisdicional efetiva tem aplicabilidade imediata, segundo o art. 5º, §1º da CRFB/88. Logo, o Estado-legislador tem o dever de editar normas protetoras de direitos materiais, além das instituidoras de técnicas processuais aptas a protegê-las. O Estado-juiz, por outro lado, também possui o ônus de proteção, que o faz no momento em que profere ato decisório a respeito desses direitos fundamentais. No entanto, a concretização da proteção não busca tão somente técnicas e procedimentos apropriados à tutela dos direitos fundamentais, mas sim técnicas idôneas à tutela efetiva de qualquer direito (MARINONI, 2011).

Desta feita, a resposta jurisdicional não se resume apenas a um meio de dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma maneira de conceder tutela efetiva a qualquer situação de direito substancial, incluindo aqueles que não buscam proteção, e sim prestação fática por parte do Poder Público, como ocorre no fornecimento de medicamentos (MARINONI, 2010).

Igualmente, o direito à tutela jurisdicional efetiva não requer que haja atenção somente ao direito material envolvido, mas também a realidade social. Se cabe ao Estado viabilizar o acesso à justiça a todos – englobando o acesso aos bens sociais –, forçoso concluir que aqueles que merecem técnicas processuais diferenciadas são exatamente os que têm obstáculos ao enfrentamento das formalidades do procedimento comum. Com base nisso, inclusive, que foi instaurado o procedimento dos Juizados Especiais, *exempli gratia*, que concede ao jurisdicionado a possibilidade de ver seu direito tutelado judicialmente mediante procedimento célere e gratuito, detentor de audiência única que abarca a fase conciliatória, instrutória e decisória – chamada audiência UNA (MARINONI, 2010, grifo original).

O procedimento do Juizado Especial, portanto, é técnica processual decorrente da efetividade da jurisdição, pois consiste em um meio rápido e econômico de acesso ao Poder Judiciário por aqueles que não detêm condições financeiras de arcar com os custos do procedimento comum e que pleiteiam direitos de pouco custo, como ocorre nas demandas em que se pleiteiam fármacos não concedidos pelas políticas públicas de saúde.

A Constituição Federal afirma no art. 3º, inciso III, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Logo, já que é o intuito da Carta Magna eliminar as desigualdades, não há como se conceber procedimento que realiza o contrário, cabendo ao legislador infraconstitucional estabelecer técnicas que não configurem privilégios e que, concomitantemente, atendam aos socialmente carentes, já que a diferenciação procedimental dá azo à exigência de uma igualdade substancial (MARINONI, 2011).

Deste modo, o direito à tutela jurisdicional efetiva – tempestiva, adequada e, quando necessário, preventiva – deseja que o acesso à justiça seja concretizado no plano material, por parte do julgador e do legislador, em prol do jurisdicionado, tratando-o como direito fundamental insculpido na Constituição Federal detentor de aplicabilidade imediata (MARINONI, 2010).

Pensar o atual estágio do direito processual civil destituído de meios que concretizem a essência do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é ilógico. Se esse direito, do qual decorre o direito à prevenção, depende da antecipação para impedir que o autor sofra dano em razão da morosidade da concessão da tutela jurisdicional final repressiva, é mais que nítido que a técnica da tutela antecipatória está albergada por ele. Além disso, seria incongruente entender que esse direito fundamental possibilita a sua concessão, mas não sua efetivação (MARINONI, 2011).

Ora, nem sempre, o resguardo de um determinado direito pode aguardar todo o trâmite processual, isto é, que a jurisdição exerça cognição exauriente da matéria posta sob sua apreciação para, então, ser usufruído pelo jurisdicionado. Assim, é possível, em um juízo de cognição sumária, deferir o pedido de uma das partes antecipadamente, caso haja necessidade de proteger os direitos de forma imediata.

Para isso, o Código de Processo Civil prevê a tutela provisória como uma das técnicas processuais adequadas e aptas a concretizar os direitos fundamentais insculpidos na Constitucional Federal, além do próprio direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, instituto esse que será exposto a seguir.

3.2 A tutela provisória de urgência no CPC/15 como instrumento de tutela do direito fundamental à saúde

O processo civil, durante o Estado de Direito de matriz liberal, no início do século XX, não se preocupava em dar tutela preventiva aos direitos, somente buscava assegurar as

liberdades e conquistas da classe burguesa da interferência estatal. O Estado tratava todos da mesma forma, independentemente da diferença de classe ou do direito envolvido. Entendiam-se os direitos como “coisas”, que, quando violados, bastaria a restituição em pecúnia, ressarcindo o dano pelo equivalente (MARINONI, 2017).

Não se tutelava o direito em si, mas sim o dano advindo de sua violação, sem sequer pensar em tutela preventiva do direito, pois se supunha que todos os direitos poderiam ser ressarcidos, o que decorria do fato de o Poder Público não deter a possibilidade de interferência na vida dos indivíduos, o que impedia, por conseguinte, que o Estado interferisse de modo a banir a violação de qualquer direito (MARINONI, 2017).

No mesmo viés, o direito liberal se limitava a atuar conforme os ditames da legislação. Somente se concretizava a justiça com a busca da “verdade”, que era atingida com um único julgamento, no qual o juiz estaria certo, convicto do direito levado a juízo, dando uma decisão segura e conforme a vontade da lei (MARINONI, 2017).

Consequentemente, incompatível era o instituto da tutela provisória com o direito do Estado Liberal do início do século XX, pois ao julgador, que era um mero aplicador da lei seca, não competia julgar com base na probabilidade do direito, o que garantia a liberdade dos cidadãos e permitia um controle do Judiciário. Entendia-se, inclusive, que tutelar o direito na pendência do processo violaria os valores que deram azo à fórmula técnica-jurídica da *nulla executio sine titulo* (MARINONI, 2017, grifo original).

Porém, chegou-se ao momento histórico em que a mera tutela jurisdicional com base na declaração, que só ocorria com o esgotamento da cognição, não tutelava outras situações de direito substancial que precisavam ser protegidas com base no juízo de probabilidade. A função da jurisdição não podia se resumir a mera aplicadora da lei, mas sim como meio capaz de tutelar os direitos de forma efetiva e preventiva, principalmente os fundamentais. A partir disso, deixou-se de afirmar que a decisão com base em juízo de verossimilhança não atendia a vontade da lei (MARINONI, 2017).

Destarte, a jurisdição no Estado contemporâneo passa a exercer uma função primordial de tutela dos direitos quando, com base em verossimilhança das alegações trazidas ao juízo impede, de pronto, a violação das normas protetoras de direitos fundamentais (MARINONI, 2017).

Tutelar os direitos, assim, é a função da Justiça e o instrumento por meio do qual se alcançará a efetividade da tutela é o processo. Por meio da técnica adequada o Poder Judiciário realiza, diante de cada situação litigiosa levada a juízo, a tutela pertinente (THEODORO JR., 2017).

A partir disso, com a exigência de haver diversas formas de tutela dos direitos, passa-se a admitir a tutela inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória com base em verossimilhança, vindo, por fim, a se tornar expressa a diferença entre tutela antecipada – compreendendo a tutela sumária satisfativa – e a cautelar (MARINONI, 2017).

A primeira técnica advinda com o Código de Processo Civil de 1973 foi a cautelar, que não era admitida pela doutrina e pelos tribunais como meio para a satisfação provisória do direito, mesmo que fosse indispensável para a concretização do direito de ação. Por isso, e diante do advento de novas situações jurídicas que necessitavam de uma tutela satisfativa sumária, o legislador inseriu o art. 273 na legislação processual, abrindo oportunidade para o requerimento de tutela antecipada em caso de perigo de dano (MARINONI, 2017).

Atualmente, sob o título “Tutela Provisória”, o Código de Processo Civil de 2015 reuniu três técnicas processuais passíveis de serem prestadas para complementar o aprimoramento eficaz da tutela principal pleiteada, que solucionará o litígio gerador do processo: a tutela provisória de urgência, antecipada ou cautelar, e tutela provisória de evidência (THEODORO JR., 2017).

A tutela provisória que circunda o presente trabalho é a tutela provisória de urgência de natureza antecipada, que é o meio processual utilizado nas demandas judiciais para fornecimento de medicamentos.

A tutela provisória é concedida pelo juiz mediante a chamada cognição sumária, isto é, quando o magistrado ainda não apreciou todos os elementos que circundam a lide, que corroboram com sua convicção, decidindo apenas com base em juízo de verossimilhança. É concedida com base na probabilidade, pois não há certeza quanto ao direito do pleiteante, mas apenas uma aparência (NEVES, 2017).

Já a cognição exauriente satisfaz por completo o princípio do contraditório, uma vez que todas as alegações de fato e de direito já foram expostas pelas partes ao magistrado, reforçando a formação do seu convencimento e juízo de certeza acerca da lide, levando à tutela final envolvida pela coisa julgada (MARINONI, 2017).

As tutelas provisórias detêm em comum o intento de combater riscos de injustiça ou dano decorrentes da espera, que é duradoura, pelo desate final do conflito submetido ao Judiciário. São provimentos imediatos que, de algum modo, impedem ou minimizam os incômodos suportados pela parte que se encontra em situação de vantagem aparentemente tutelada pelo plano material (*fumus boni iuris*), cuja morosidade do procedimento comum

acaba impedindo a usufruição do bem ou vendo-o perecer (*periculum in mora*) (THEODORO JR., 2017, grifo original).

É por isso que se coloca esse instituto processual como o adequado a preservar o direito à saúde do jurisdicionado que precisa, de pronto, da tutela estatal para fornecimento de medicamento indispensável para sua sobrevivência, o que provavelmente pereceria caso fosse obrigado a aguardar o desfecho do processo.

Tem-se o termo “tutela” como proteção que o Estado deve assegurar aos direitos de todos, o que faz mediante normas, atividades fáticas-administrativas, ou através de decisões judiciais. A tutela cautelar tem o fito de proteger o direito do jurisdicionado que pode ser prejudicado pela morosidade do processo. A tutela antecipada, por seu turno, é a própria tutela do direito almejada pelo autor da ação, é a satisfação daquilo que busca com o ajuizamento da ação, mas que seus efeitos são concedidos antecipadamente pelo perigo de dano (MARINONI, 2017).

Salienta-se que, apesar de comumente se afirmar, e o próprio legislador assim induz, não é propriamente a tutela final que é antecipada, mas sim os efeitos práticos no mundo dos fatos resultantes da concessão da tutela pretendida pelo autor. Logo, o objeto da antecipação não é a condenação prévia do réu a cumprir a pretensão buscada pela parte na ação, mas sim a ocorrência imediata dos efeitos executivos de uma possível tutela final benéfica ao autor (NEVES, 2017).

Assim, diante de um pedido de tutela provisória para fornecimento de medicamentos, no qual constata-se a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano, que justificam a urgência na concessão, deverá o magistrado deferir a medida, impondo ao réu a concessão do direito antecipadamente, justamente para evitar o perecimento do direito, podendo tal decisão ser revertida (ou confirmada) em cognição exauriente.

O Código de Processo Civil elencou disposições gerais das tutelas provisórias, dispostas no Título I do Livro V da Parte Geral do compilado legislativo, normas essas, portanto, que se aplicarão tanto a tutela provisória de urgência quanto a de evidência (NEVES, 2017).

Forçoso expor a respeito do termo liminar que, apesar de se trocar com a própria medida de urgência, com ela não se confunde. “Liminar”, lexicalmente, se refere à qualidade de inicial, preambular, isto é, aquilo que está no começo. Juridicamente, usa-se a expressão para identificar qualquer ato decisório tomado pelo juiz na abertura do processo, se referindo ao momento em que o provimento é decretado (THEODORO JR., 2017).

Caso haja em procedimento especial disposto em lei extravagante previsão do termo “liminar”, exercerá, nesse caso, a função de tutela de urgência satisfativa, no qual deve-se analisar se há diferença entre os requisitos da liminar nessa legislação e da tutela antecipada do CPC, conforme o pedido formulado e a condição apresentada pela parte. Da mesma forma, no procedimento sumaríssimo é cabível a tutela antecipada, já que o instituto é integralmente compatível com os princípios dos Juizados Especiais, apesar de as Leis nº 9.099/95 (Juizados Especiais Estaduais), nº 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) e nº 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública) serem omissas nesse sentido (NEVES, 2017).

O artigo 294, que inaugura o Livro V, dispõe que “a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência”. O parágrafo único desse artigo subdivide ainda a tutela de urgência em cautelar ou antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental (NEVES, 2017).

A tutela de urgência será pleiteada quando a parte demonstrar receio de que, enquanto aguarda a tutela final do processo, venha a inexistir circunstâncias de fato positivas que possibilitem o gozo do bem da vida passível envolvido, em decorrência de o mesmo estar em perigo de dano, com possibilidade de concreta violação até o deslinde final do feito. A demora na concessão do direito litigado gerará sua transgressão, comprometendo a efetividade da tutela jurisdicional que o litigante detém (THEODORO JR., 2017).

A tutela de urgência antecipada, de natureza satisfativa, objeto do presente trabalho, tem o objetivo de evitar ou fazer cessar o perigo de dano, conferindo, provisoriamente, ao autor, a imediata garantia de usufruto do direito material que busca na tutela definitiva. Por isso geralmente se confunde, no todo ou em parte, com o objeto do processo principal, pois são concedidos os efeitos do provável julgamento de mérito esperado, antecipando-o por meio da tutela provisória (THEODORO JR., 2017).

Assim, a tutela de urgência satisfativa tem sua atuação em casos de ameaça, não à utilidade do processo, mas ao próprio direito material objeto da lide, que não se encontra em condições de aguardar o desfecho final do processo, que é tipicamente moroso (THEODORO JR., 2017).

Ressalta-se que o direito à técnica antecipatória não consiste apenas no direito à obtenção concessiva da tutela em si, mas no direito ao bem da vida concedido pela decisão, isto é, só há tutela antecipada quando há sua plena e integral efetivação e usufruição (MARINONI, 2011).

Deste modo, a partir do momento em que o jurisdicionado pleiteia determinado medicamento prescrito pelo médico para tratamento de enfermidade ou agravo a ele acometido, é indiscutível que a tutela de urgência é a única apta a concretizar essa proteção, uma vez que a espera até o deslinde do processo esvaziaria o direito à saúde, assim, como o direito à vida e integridade física da parte.

O caráter provisório da medida significa deter uma duração limitada de tempo, seguindo a técnica de uma cognição sumária, rasa, fadada a ser substituída quando do processamento definitivo e completo da causa. Além disso, por estar sujeita ao procedimento de “cumprimento provisório de sentença”, disposto na legislação processual, é passível de revogação ou modificação posterior, desde que por decisão fundamentada, uma vez que fora proferida com base em avaliação superficial do juízo e apoiada em fatos mutáveis, conforme possibilita o art. 296 do CPC (THEODORO JR., 2017).

Quanto à oportunidade de concessão da tutela de urgência, dispõe o art. 294, parágrafo único, do CPC que “a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (THEODORO JR., 2017).

O pedido incidental se refere à tutela provisória requerida na exordial – ou, caso surja urgência durante a tramitação da ação, com pedido por meio de petição nos autos, não sendo devido pagamento de custas processuais (art. 295). Quando é feito incidentalmente, entende-se que é possível a concessão da tutela por parte do magistrado a qualquer momento do processo, seja no início ou ao final, com o trânsito em julgado (NEVES, 2017).

É provável, entretanto, que a urgência seja contemporânea à propositura da ação, não tendo o requerente condições – tempo, principalmente – para elaborar uma petição inicial robusta, ou ele sequer tem interesse em uma composição exauriente do litígio. Nesse caso, passou-se a permitir que o requerente se limite a fazer um requerimento da tutela antecipada ou cautelar com a indicação do pedido de tutela final e exposição sumária da lide, do direito pleiteado e demonstre o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, havendo a chamada tutela provisória de urgência antecedente, regulada pelos artigos 303 e 304 na modalidade antecipada, e nos artigos 305 a 310, na cautelar, da novel legislação processual (THEODORO JR., 2017).

Diz o art. 297 do CPC, *in verbis*: “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória”. O legislador utilizou o termo efetivação para se referir à execução da tutela concedida, que se dará no mesmo processo. O parágrafo único do mesmo dispositivo prevê que a efetivação da tutela provisória se dará por meio do procedimento de cumprimento de sentença provisório, porém o uso do termo “no que

couber” possibilita ao juiz, diante do caso concreto, se abster de aplicar as regras procedimentais da execução provisória que se mostrarem nocivas à efetivação da tutela concedida (NEVES, 2017).

O CPC de 2015, ademais, traz a necessidade de a decisão que concede, nega, modifica ou reforma a tutela provisória dever ser fundamentada pelo juízo, de modo claro e preciso, conforme os ditames do art. 298. Isso porque a decisão não consiste em mero ato discricionário do juiz, devendo-se expor, fundamentadamente, as razões do seu convencimento a respeito da existência (ou inexistência) do direito substancial invocado e a probabilidade de ocorrência de dano, coadunando-se com o dever de fundamentação das decisões judiciais disposto na Constituição Federal (art. 93, IX) (THEODORO JR., 2017).

Ademais, não existe discricionariedade do juiz em conceder ou não a tutela provisória: uma vez preenchidos os requisitos legais no caso concreto o juiz é obrigado a conceder a tutela provisória, também sendo igualmente impelido a indeferi-la quando ausentes tais pressupostos (NEVES, 2017).

A possibilidade de o juiz ser livre em conceder ou não a tutela provisória não pode ser confundida com o fato de as normas que versam sobre o instituto serem abertas, com conteúdo indeterminado – como os requisitos da tutela provisória de urgência, que são o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a probabilidade do direito –, que dão ao julgador certa liberdade valorativa (NEVES, 2017).

Quanto à iniciativa da tutela provisória de urgência e de evidência, o art. 299 induz ser tão somente da parte, ao afirmar que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. Todavia, como exceção ao princípio dispositivo – que impede o juiz de conhecer matéria que a lei exige iniciativa da parte –, em situação de vulnerabilidade da parte e grave risco de comprometimento da tutela jurisdicional, é cabível ao juiz determinar medidas urgentes fulcrais para a realização justa da lide (THEODORO JR., 2017).

O Título II do Livro V do Código de Processo Civil inaugura as disposições acerca da tutela provisória de urgência, cujo artigo inaugural é o art. 300, que dispõe, *in verbis*: “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”. Elenca-se, portanto, os requisitos necessários para a concessão de ambas as espécies (NEVES, 2017).

Os requisitos da tutela de urgência, seja cautelar ou satisfativa, fundam-se no *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, que são a probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, respectivamente. Esse compreende a existência de um

dano potencial que gera risco de o processo não ser apto a tutelar o direito pleiteado pela parte em razão da demora em conceder a prestação jurisdicional final, exigindo a tutela imediata. Aquele consiste na probabilidade de existência do direito substancial invocado pelo que busca a proteção do Estado (THEODORO JR., 2017, grifo original).

Para caracterizar a probabilidade do direito – disposta no art. 300 –, não é necessário comprovar, com veemência, a existência do direito, pois haverá um juízo de verossimilhança, devendo o julgador conceder a tutela pleiteada àquele que, aparentemente, detém a razão (THEODORO JR., 2017).

O art. 300, §2º do CPC prevê o momento de concessão da tutela provisória de urgência, que pode ser liminarmente ou após a justificação prévia, tornando-se perceptível que o legislador utilizou o termo liminar para se referir ao instante de deferimento da tutela provisória, e não como sinônimo de tutela provisória de urgência antecipada, cuja diferença já se expôs (NEVES, 2017).

Tal dispositivo incluiu entre os poderes atribuídos ao julgador a faculdade de conceder a tutela provisória liminarmente, isto é, antes da oitiva do requerido, ou após prévia justificação. Deste modo, verificando-se que a excepcional tutela provisória em cognição sumária, para ser concebida, precisa preencher os requisitos essenciais da probabilidade do direito e perigo de dano, nada mais apto a apurá-los como o estabelecimento do contraditório efetivo (THEODORO JR., 2017).

A concessão *inaudita altera parte*, ou seja, antes da citação do réu, ocorrerá em situações de extrema urgência, nas quais a espera da ciência do requerido com sua consequente manifestação já é tempo suficiente para o perecimento do direito do autor. Geralmente essa concessão ocorre quando o pedido é feito incidentalmente, no bojo da petição inicial, ou em caso de tutela de urgência antecipada antecedente (NEVES, 2017).

Desta forma, pode-se dizer os pedidos de tutela provisória nos quais se pleiteia prestações materiais aptas a prover a vida do cidadão, como a saúde, pleiteando tratamento medicamentoso, nos quais constata-se a prova da condição de necessidade, o magistrado geralmente concede a medida de urgência liminarmente, como forma de preservar a própria dignidade da pessoa humana, que não aguarda a oitiva do demandado.

Porém, caso o juiz entenda que não haverá maiores prejuízos ao pleiteante a concessão da urgência após a oitiva do réu, decidirá ouvi-lo primeiramente, mas não indeferirá a tutela antecipada. Aduz-se ainda que essa justificação prévia necessária para corroborar o entendimento acerca da medida de urgência pode ocorrer por meio de oitiva de

testemunhas do requerente, o que é possível tanto no pedido antecedente quanto no pedido incidental *inaudita altera parte* (NEVES, 2017, grifo original).

Dispõe o §3º do art. 300 que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Percebe-se que o legislador preocupou-se com os direitos ao contraditório e à ampla defesa, servindo como guardião do direito à segurança jurídica do réu. A irreversibilidade se refere aos efeitos práticos decorrente da concessão da tutela provisória, isto é, no mundo dos fatos, e não ao provimento antecipatório da tutela, pois todo provimento é passível de reversão diante da possibilidade de interposição de recurso em face da decisão concessiva ou superveniência de ato judicial que o substitua (NEVES, 2017).

Assim, caso a situação, após a concessão da tutela antecipada, possa retornar ao *status quo ante*, será reversível, não se aplicando o obstáculo imposto pelo citado dispositivo legal. Todavia, leva-se em consideração, primeiramente, a efetividade da tutela jurisdicional e os direitos envolvidos quando se estiver diante de uma tutela antecipada irreversível, devendo o juízo aplicar o princípio da proporcionalidade, visto que o direito do autor não poderá ser sacrificado pelo óbice legal imposto, como acontece constantemente em demandas envolvendo o direito à saúde (NEVES, 2017).

Desta feita, não se concederá, em regra, tutela provisória irreversível, pois a necessidade de valorização irrestrita do princípio da efetividade da tutela jurisdicional não pode ser justificativa para a anulação do princípio da segurança jurídica do réu, devendo a este ser resguardado o direito de reversão do provimento, caso seja ele, e não o autor, o vencedor da demanda. Frisa-se que será reversível a tutela passível de ser revertida ao *status quo ante*, e não indenização por perdas e danos, pois a tutela provisória não se presta a deslocar o risco de uma parte à outra (THEODORO JR., 2017, grifo original).

Marinoni (2017), ao apreciar o óbice disposto pelo legislador para a concessão da tutela – que, inclusive, aduz se enquadrar somente à tutela de urgência antecipada –, diz que a irreversibilidade é resultado lógico de toda e qualquer tutela do provável, considerando-a, por isso, uma norma sem sentido algum.

Câmara (2017), por sua vez, diz que a irreversibilidade é um requisito negativo que deve ser observado quando da concessão da tutela. Entretanto, ressalta que esse dispositivo deve ser observado com exceções, pois o fim da regra é impedir que decisão concessiva da tutela provisória produza efeitos definitivos, mas a sua denegação também não poderá ter efeitos irreversíveis, ocorrendo a chamada irreversibilidade recíproca.

Deste modo, a vedação legal não pode constituir obstáculo para a concessão da tutela provisória quando houver risco de irreversibilidade recíproca, isto é, danos para ambas as partes no feito, como ocorre na tutela cujo objeto é fornecimento de medicamentos, em que a concessão inviabiliza a devolução do produto caso o *decisium* seja revertido, já que serão consumidos, enquanto que a denegação da urgência pode gerar um dano indiscutivelmente maior, que é a morte daquele que não o receber (CÂMARA, 2017, grifo original).

Há outro fenômeno na tutela de urgência como empecilho para a sua concessão, o denominado perigo de dano reverso (ou inverso), que não se confunde com a irreversibilidade. Ocorre quando o deferimento da tutela provisória em favor do requerente afasta o perigo de dano irreparável enfrentado por ele, mas acaba ensejando ao requerido uma iminência de dano igual ou superior como consequência imediata da medida. Entende-se que tal fenômeno é inaceitável, pois o perigo do dano não deve ser encaminhado a uma das partes para que seja justa (THEODORO JR., 2017).

O artigo 301 do Código de Processo Civil preleciona: “A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”. Percebe-se que o dispositivo se refere à tutela de urgência de natureza cautelar, elencando formas que possibilitam o acautelamento o direito. O legislador nomeou algumas medidas já tipificadas na legislação anterior, mas não estabeleceu procedimento especial para cada uma delas, limitando-se apenas a citá-las (THEODORO JR., 2017).

Todavia, o mesmo dispositivo legal, assim como também o art. 297, dá azo para que o juiz determine outras medidas idôneas a assegurar o direito de qualquer situação de perigo que possa comprometer a efetividade do cumprimento jurisdicional, desde que preenchidos os requisitos cumulativos do art. 300 (*fumus boni iuris e periculum in mora*). Tal possibilidade é denominada de “poder geral de cautela”, sendo um ato discricionário do juiz, mas que deve agir de acordo com a razoabilidade do caso concreto e destituído de arbitrariedade, devendo ele adequar a medida escolhida – não necessariamente a pleiteada pela parte, mas a apta a tutelar o bem da vida – aos limites e objetivos da sua função jurisdicional preventiva (THEODORO JR., 2017).

Inclusive, há quem entenda ser mais bem denominado como poder geral de tutela de urgência, pois concede ao juiz a possibilidade de, excepcionalmente, conceder tanto a tutela cautelar quanto antecipada de ofício quando necessária para a proteção do direito envolvido, concretizando, assim, a efetividade da tutela jurisdicional (NEVES, 2017).

Deste modo, quando o magistrado impõe o cumprimento da tutela provisória de urgência ao ente público demandado para fornecimento de medicamentos, não vindo esse a cumprir espontaneamente no prazo estabelecido, poderá o juiz, com o fim de preservar o direito de qualquer lesão, proceder com o bloqueio das verbas públicas no valor equivalente do fármaco na rede farmacêutica privada, com base no dispositivo citado.

Quanto à competência, o art. 299 do Código de Processo Civil estabelece que “a tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal”. Assim, se já existe ação em trâmite, basta o peticionamento nos autos requerendo a tutela provisória, comprovando-se a presença dos requisitos positivos para tanto, não havendo, como anteriormente, a instauração de um processo cautelar em apartado. Caso se trate de tutela antecedente, a competência será estabelecida, conforme as regras comuns do processo de conhecimento ou de execução, pelo juízo competente para apreciar o pedido principal (THEODORO JR., 2017).

No presente trabalho, optou-se pela pesquisa processual nas demandas que pleiteiam medicamentos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário Sede da Comarca da Ilha de São Luís, regido pela Lei 12.153/2009, cuja competência é estabelecida pelo valor da causa – até sessenta salários mínimos – e ausência de complexidade do feito. Esse, portanto, é o competente tanto para a apreciação das tutelas provisórias requeridas quanto do pedido principal, que geralmente se confundem.

3.3 A tutela provisória urgência em face da Fazenda Pública e o cumprimento provisório da decisão que concede medicamentos

O presente tópico tem a finalidade de expor como ocorre a aplicação do instituto da tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública Estadual e Municipal, especificamente nas obrigações de dar para a concretização do bem pleiteado em juízo, que, no presente trabalho, é o direito à saúde materializado pelo fornecimento de medicamentos.

“Fazenda Pública” é uma expressão que se relaciona com as finanças públicas estatais, relacionada ao “Erário”, que representa o aspecto financeiro do Poder Público. A utilização corriqueira do termo Fazenda Pública fez com que se passasse a utilizá-lo em um sentido mais abrangente, significando a atuação do Estado em juízo. No Direito Processual, quando se fala em “Fazenda Pública em juízo” quer se referir ao Poder Público, ou Estado, em uma relação jurídica, isto é, quando figurar como parte em ações judiciais. Pode-se dizer,

ademais, que Fazenda Pública representa a personificação do Poder Público, englobando todas as pessoas jurídicas de direito público (DINAMARCO apud CUNHA, 2017).

A Fazenda Pública na legislação processual refere-se à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e suas respectivas autarquias e fundações. A Procuradoria Judicial e seus respectivos procuradores compõem um órgão da Fazenda Pública. Deste modo, o advogado público atuando nos órgãos jurisdicionais é a Fazenda Pública em juízo, pois ela se faz presente por intermédio desses (CUNHA, 2017).

A Fazenda Pública é apresentada pela Advocacia Pública em juízo, instituição reconhecida constitucionalmente pelos artigos 131 e 132 da Carta Magna, e na novel legislação processual pelos artigos 182 e seguintes. O *caput* do art. 182 dispõe:

Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta. (CUNHA, 2017, p. 37).

Os Estados são representados em juízo pelos procuradores dos Estados, que serão organizados em carreira, cujo ingresso se dá mediante concurso público de provas e títulos, com participação integral da Organização dos Advogados do Brasil (OAB). Os procuradores de Estado constituem a Procuradoria-Geral do Estado, órgão associado à Administração Pública direta estadual. Nas demandas contra o Estado, é incorreto requerer sua citação na pessoa do Governador, pois esse não é seu representante judicial, devendo-se operar perante o Procurador-Geral do Estado (CUNHA, 2017).

Apesar da redação do artigo 182, anteriormente transcrito, o artigo 75, inciso III do CPC mantém regra antiga já existente nas legislações anteriores de que a representação em juízo do Município se dá por seu prefeito ou procurador, seja ativa ou passivamente. Deste modo, em regra, a representação desse ente será na pessoa do Chefe do Executivo, salvo quando lei local criar o cargo de procurador, com função expressa de representação judicial (CUNHA, 2017).

A Fazenda Pública, quando em juízo, estará defendendo o erário, sendo esse o conjunto de receitas públicas pertencentes à sociedade como um todo, não ao governante daquela oportunidade. Por isso, quando a Fazenda Pública é condenada, ou se defende, seja contestando ação ou recorrendo de alguma decisão, o que está se resguardando é o erário, superando, portanto, qualquer interesse individual, consistindo a autoridade pública em mera administradora (CUNHA, 2017).

Somente por essa razão já demonstra-se a situação diferenciada que se encontra a Fazenda Pública, o que lhe confere, por conseguinte, um tratamento diverso do concedido aos particulares, já que não detém as mesmas condições. Assim, por atuar em prol do interesse público, interessa à população que a Fazenda Pública exerça sua atividade processual da melhor maneira possível, a fim de que não sofra condenações injustificáveis e perdas incalculáveis ao erário, a fim de que toda a coletividade se beneficie com os serviços públicos subsidiados por esses recursos (CUNHA, 2017).

Dentre as prerrogativas que possui, a Fazenda Pública têm prazos diferenciados e o instituto da remessa necessária, justificadas pelo exacerbado volume de trabalho, pelos obstáculos estruturas da Advocacia Pública em geral, além da burocracia imanente às suas atividades, o que prejudica o acesso aos elementos da causa (CUNHA, 2017), sem mencionar o fato de que sua defesa técnica necessita, geralmente, da movimentação da máquina administrativa para embasar suas alegações, o que requer um tempo maior para tanto (PEIXOTO, M.; PEIXOTO, R., 2018).

Portanto, em decorrência dessas peculiaridades inerentes à Fazenda Pública, o magistrado deverá estabelecer um lapso temporal razoável para cumprimento da tutela provisória concedida em seu desfavor, mas que, em contrapartida, não pode trazer malefícios à saúde e integridade do beneficiário da medida de urgência.

Ademais, o pagamento das dívidas da Fazenda Pública, que são despendidos pelo Erário, se faz por um mecanismo específico trazido pela Constituição Federal, sujeito a regras próprias, que é o precatório. Entretanto, se a condenação for considerada de pequeno valor – cujo limite deve ser fixado pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, ou, em não havendo, aplica-se os referenciais do art. 87 do ADCT –, não se expede precatório, podendo a Fazenda pagar voluntariamente (CUNHA, 2017).

Ocorre que o procedimento específico para pagamento de dívidas pelo regime do precatório não deve ser aplicado quando se tratar de execução das tutelas provisórias em face do ente público, o que desnaturaria o próprio intento da medida de urgência.

Deste modo, concedida tutela provisória, de urgência ou evidência, contra a Fazenda Pública – salvo as exceções previstas no art. 1.059 do CPC – ou qualquer outro demandado, sua efetivação será conservada durante a pendência do processo até o deslinde final do feito (art. 296) e observar-se-á, no que couber, as normas do cumprimento provisório de sentença, conforme artigo 297 (CUNHA, 2017).

Assim, quando o Poder Público for condenado a pagar quantia em sede de tutela provisória, deve essa ser cumprida, não devendo a sistemática do precatório – que depende de

trânsito em julgado da tutela final – ser óbice para a efetivação da medida, podendo-se requerer o cumprimento provisório da mesma até o aguardo da expedição dos requisitos (CUNHA, 2017).

Em caso de obrigação de entrega de coisa, por sua vez, seguirá o que dispõe o artigo 538. A recusa em cumprir a determinação judicial pode, ainda, configurar ato de improbidade administrativa, sujeito às penalidades como tal (CUNHA, 2017).

Deste modo, é plenamente possível a utilização do procedimento do cumprimento provisório de sentença em face da Fazenda Pública para o cumprimento da tutela provisória concedida em seu desfavor, uma vez que se tornaria inócua a concessão sem poder executá-la, ou sujeitá-la ao regime de precatório. A tutela provisória enseja a imediata efetivação da medida, devendo haver o cumprimento provisório da decisão, retornando as partes ao estado anterior e liquidar-se-ão eventuais prejuízos, caso a tutela seja revogada, modificada ou anulada (art. 520, II) (CUNHA, 2017).

Assim, nos processos judiciais nos quais há o deferimento da tutela provisória para fornecimento de medicamentos em face do ente público será cabível a aplicação das regras gerais de entregar coisa, caso o ente fazendário se comprometa a fornecê-lo, ou seguirá as regras de cumprimento provisório de sentença, quando for impelido a pagar medicamento ou tratamento médico, podendo o magistrado valer de meios coercitivos para tanto.

Caso o pronunciamento judicial seja ofendido, como denomina o direito processual anglo-saxônico de *contempt of court*, poderá haver o emprego de medidas que visem compelir o obrigado ao cumprimento da ordem judiciária, acarretando-lhe sanções econômicas, dentre as quais as astreintes, além da sujeição à reparação do malefício sofrido pela outra parte, sem excluir as sanções decorrentes do atentado à dignidade da justiça (THEODORO JR., 2017, grifo original).

Relativamente aos meios coercitivos, inclusive, o magistrado pode, com base nos artigos 139, IV, 500, 536, §1º, 537, 806, §1º, e 814, todos da novel legislação processual, estipular multa como meio coercitivo intentado a forçar o cumprimento da obrigação pela parte demandada. Portanto, ao conceder o provimento favorável, seja provisório ou definitivo, o juiz poderá impor multas, chamadas de astreintes, independente de o autor ter pedido, fixando-lhe prazo razoável para a efetivação do *decisium*, cujo valor será revertido à parte prejudicada (CUNHA, 2017, grifo original).

Não há óbice para que a Fazenda Pública sofra condenação ao pagamento dessas multas, isto é, quando o juiz concede determinada tutela de obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa, o magistrado pode impor as astreintes. Todavia, deve-se respeitar a

sistemática diferenciada de pagamento por esse, que é o sistema de precatório, independentemente do valor do crédito, salvo se considerado pequeno valor (CUNHA, 2017).

No entanto, entende-se que a efetividade do provimento judicial não será corroborada pela imposição de multa em caso de descumprimento por parte do Poder Público, pois o pagamento da multa se dará pelo procedimento do precatório, somente sendo exigida, portanto, após o trânsito em julgado da decisão que a fixar (CUNHA, 2017).

Em decorrência disso, há quem entenda como admissível a adoção de meios alternativos para busca da eficácia dos meios executivos, sugerindo que a multa seja imposta contra o próprio agente público responsável pelo cumprimento da decisão, desde que tenha se conferido ao agente o contraditório prévio, intimando-o para cumprir e dando-lhe ciência da possibilidade da penalidade pecuniária caso não acatada a medida. Entretanto, tal entendimento não prevalece (GUERRA apud CUNHA, 2017).

O bloqueio ou sequestro de verbas públicas como medida atípica, por seu turno, era entendido como inadmissível por razões de cunho patrimonial, pois, caso assim o fosse, a Administração Pública não conseguiria planejar e executar suas políticas públicas em decorrência da constante invasão no orçamento resultante de bloqueio judicial ou sequestro de valores. No entanto, tal entendimento foi flexibilizado em prol dos direitos dos jurisdicionados que eram gravemente lesados pelo descumprimento judicial, devendo, então compatibilizar a garantia dada a Fazenda Pública com as demais normas constitucionais (PEIXOTO, M.; PEIXOTO, R., 2018).

Em decorrência disso, chegou ao Superior Tribunal de Justiça um recurso especial repetitivo (RESP 1.069.810), no qual se firmou o entendimento de que é possível haver o bloqueio de verbas públicas, em casos excepcionais, quando se verificar a urgência e imprescindibilidade da prestação, além do necessário amparo constitucional ao direito à saúde. Todavia, deve-se utilizar tal meio quando esgotados os meios atípicos para forçar o cumprimento por parte da Fazenda Pública (PEIXOTO, M.; PEIXOTO, R., 2018).

No entanto, deve-se ressaltar que a execução provisória contra a Fazenda Pública é excepcional por evidente risco ao comprometimento do Erário, já que a inscrição em precatório geraria ao ente público a obrigação de pagar. Sendo o pagamento feito e, posteriormente, a decisão revertida, teria o Poder Público que buscar a devolução do valor recebido injustamente (PEIXOTO, M.; PEIXOTO, R., 2018).

Além disso, a admissão restrita da execução provisória para os entes públicos é justificada pela necessidade de planejamento orçamentário prévio para a execução das políticas públicas. Caso assim não fosse, as receitas públicas dos entes federativos – União,

Estados, Distrito Federal e Municípios – seriam consideravelmente comprometidas (PEIXOTO, M.; PEIXOTO, R., 2018).

É decorrente dessa excepcionalidade que há críticas quanto à atuação do Poder Judiciário para a preservação individual de direito social, cuja promoção é atribuída ao Poder Executivo, com base em políticas públicas previamente estabelecidas por leis orçamentárias.

Por fim, quanto a intimação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, assim como de suas respectivas autarquias e fundações públicas, ocorre perante o órgão da Advocacia Pública incumbido de sua representação, com fulcro no artigo 269, §3º do Código de Processo Civil. A intimação é pessoal, em qualquer processo, inclusive nos que tramitam em Juizados Especiais, podendo se concretizar por carga, remessa dos autos, ou meio eletrônico (CUNHA, 2017).

Quando o processo for eletrônico, far-se-á citação por meio eletrônico, preferencialmente, devendo os entes públicos, aliás, manter cadastro atualizado nos sistemas de processo em autos eletrônicos para fins de intimações e citações (art. 246, §§ 1º e 2º) (CUNHA, 2017).

O campo de pesquisa do presente trabalho monográfico consiste em processos judiciais eletrônicos ajuizados em face dos entes fazendários Estado do Maranhão e Município de São Luís, em que as citações e intimações dos entes se deram, portanto, por meio eletrônico.

Diante do exposto a respeito da tutela provisória concedida em face da Fazenda Pública, seus meios coercitivos e procedimentos executórios, passa-se a abordar o objeto central do presente trabalho, que é analisar a efetividade tutela jurisdicional do direito à saúde nos processos judiciais em trâmite perante o Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário Sede da Comarca da Ilha de São Luís para fornecimento de medicamentos.

4 ANÁLISE DAS TUTELAS PROVISÓRIAS DE URGÊNCIA ANTECIPADA PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NOS PROCESSOS EM TRÂMITE NO JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA DO TERMO JUDICIÁRIO DE SÃO LUÍS

O direito à saúde, como dito alhures, consiste em um direito fundamental social de segunda geração inserido pelo Constituinte Originário nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, detentor de aplicabilidade imediata, como se depreende do art. 5º, §1º do texto constitucional.

Ocorre que, apesar da possibilidade de aplicação direta do texto constitucional, o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais sociais, é concretizado, predominantemente, por prestações materiais, e isso requer recursos públicos, o que mitiga o seu efetivo acesso por parcela significativa da população.

Ou seja, em decorrência das infinitas necessidades da sociedade e limitações de recursos públicos, o Estado não tem capacidade de satisfazer os anseios sociais plenamente. Isso tem como desdobramento a judicialização do direito à saúde, em que o cidadão carecedor do prestação material pleiteia perante o Poder Judiciário a satisfação desse direito social garantido constitucionalmente não alcançado na seara administrativa.

Assim, quando o indivíduo não consegue perceber do Executivo a satisfação do seu direito à saúde, se vale dos mecanismos jurisdicionais aptos a fornecer o bem almejado, e o meio processual apto a tutelar o direito à saúde é a tutela provisória, por necessitar de uma proteção urgente, devendo ser essa efetiva.

Pode-se afirmar que efetividade é o cumprimento do direito no mundo dos fatos. É a concretização do direito abstrato no plano fático. É a real aplicação do comando normativo, materializando o direito positivado na realidade social (BARROSO, 2006).

A efetividade coaduna-se com o princípio da tutela jurisdicional efetiva insculpido no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, uma vez que a possibilidade de pleitear judicialmente um direito violado ou em iminente violação não se resume ao direito à ação ou direito a decisão de mérito, mas sim a sua plena concretização no plano fático, com o fito de, substancialmente, tutelar o bem da vida envolvido (MARINONI, 2011).

Uma das formas de tutela material do direito pleiteado em juízo é o instituto da tutela provisória de urgência disposto na legislação processual, pois é concedida quando há perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, ou seja, quando o jurisdicionado está

impossibilitado de aguardar o desfecho final do processo, incorrendo no risco de ver seu direito perecer sem a devida proteção estatal.

Com base nisso, tem-se como objetivo no trabalho a análise da efetividade das tutelas provisórias de urgência de natureza antecipada em face do Poder Público Estadual e Municipal para fornecimento de medicamentos, isto é, verificar se esse mecanismo processual é passível de satisfazer a dimensão curativa do direito fundamental do jurisdicionado, o que se fará no presente tópico.

4.1 Campo de pesquisa

O objeto do presente trabalho monográfico é a análise da efetividade das tutelas provisórias de urgência concedidas em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos, especificamente nos processos em trâmite perante o Juizado Especial do Termo Judiciário de São Luís, uma vez que é o competente para processar e julgar causas não complexas de até 60 (sessenta) salários mínimos, enquadrando-se as ações que requisitam medicamentos.

Para tanto, analisou-se os processos judiciais eletrônicos autuados via Processo Judicial Eletrônico (PJE) entre os dias 01 de junho de 2017 e 30 de junho de 2018. Filtrou-se os que possuem o assunto “Fornecimento de Medicamentos (11884)” e somente àqueles cujo objeto é o fornecimento exclusivo de fármacos, nos quais houve a concessão da tutela provisória de urgência pleiteada, totalizando 65 (sessenta e cinco) ações judiciais, conforme Anexo A (MARANHÃO, 2018).

4.2 Critérios para análise dos dados

O recorte dos dados foi feito com base em determinados critérios aptos a investigar a efetividade das tutelas provisórias concedidas nos processos judiciais.

Um dos desdobramentos do princípio da tutela jurisdicional efetiva é a tempestividade. Essa se refere a diversos momentos no processo judicial, como no lapso temporal para a concessão da tutela provisória pelo magistrado.

Para que a medida de urgência tenha a aptidão de satisfazer o direito pleiteado, deve ser proferida em tempo hábil a protegê-lo. Isto é, não poderá ser concedida em tempo tardio que torne inócua a proteção, pois incorre no risco de o direito sucumbir sem a devida tutela estatal.

Por isso, escolheu-se como critério de análise da efetividade da tutela provisória o lapso temporal que o magistrado levou para apreciar e deferir o pedido do autor.

Além disso, a tempestividade também se finca quando se refere ao prazo estipulado pelo magistrado para o cumprimento da tutela de urgência pelo demandado, uma vez que deve ser apto à tutelar efetivamente o direito e que, ao mesmo tempo, seja razoavelmente possível de ser cumprida.

Ademais, a tutela é tempestiva – e, por conseguinte, efetiva – quando o bem da vida objeto da medida de urgência for concedido em tempo apto a protegê-lo da violação, ou seja, quando for capaz de satisfazer a necessidade do jurisdicionado, o que também será levado em consideração.

O juiz pode, ainda, estabelecer meios coercitivos na decisão interlocutória com o fim de coagir o demandado a cumprir o *decisium*, sendo esse, também, um critério a ser analisado.

Deste modo, como parâmetros para análise da efetividade da tutela provisória de urgência utilizou-se: o lapso temporal para a concessão da tutela jurisdicional pelo magistrado; o prazo estabelecido pelo juiz para cumprimento da decisão judicial; o meio coercitivo utilizado pelo juiz para coagir o demandado a cumprir; o lapso temporal para o cumprimento efetivo do direito pleiteado ao ente público.

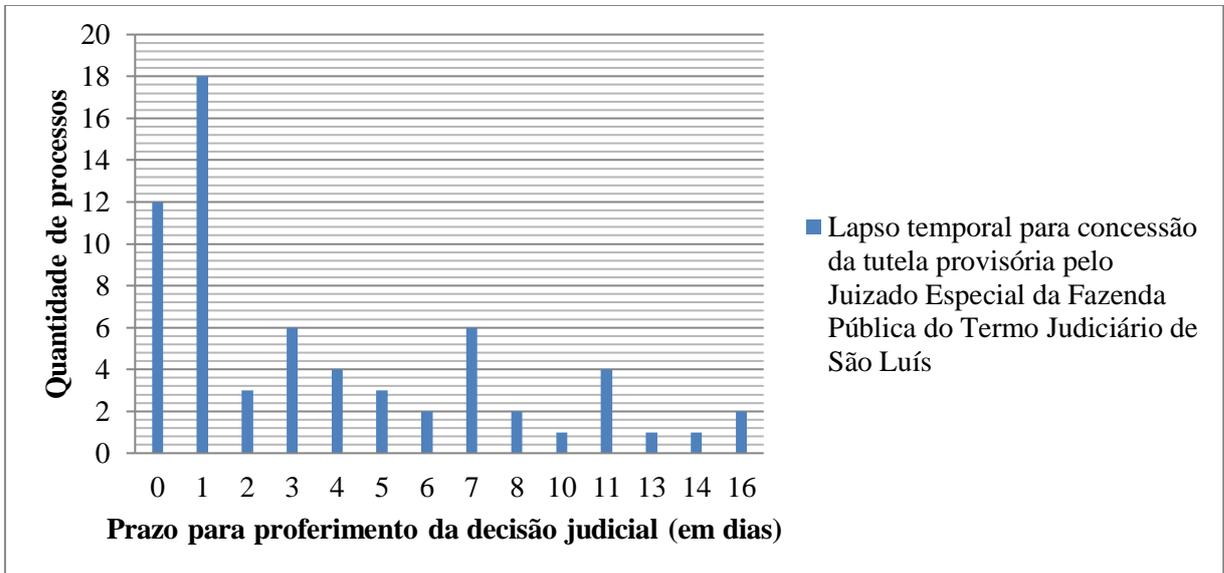
4.3 Apresentação de dados

No presente tópico será feita uma abordagem acerca dos parâmetros escolhidos para analisar efetividade das tutelas provisórias de urgência concedidas nos processos judiciais.

O campo da pesquisa equivale a 65 (sessenta e cinco) processos judiciais que pleiteiam medicamentos em face dos entes fazendários Estado do Maranhão e Município de São Luís.

Nesses processos, percebeu-se que o prazo que o magistrado levou para apreciar e conceder o pedido de tutela provisória variou entre nenhum e 16 (dezesesseis) dias, conforme se observa do gráfico a seguir:

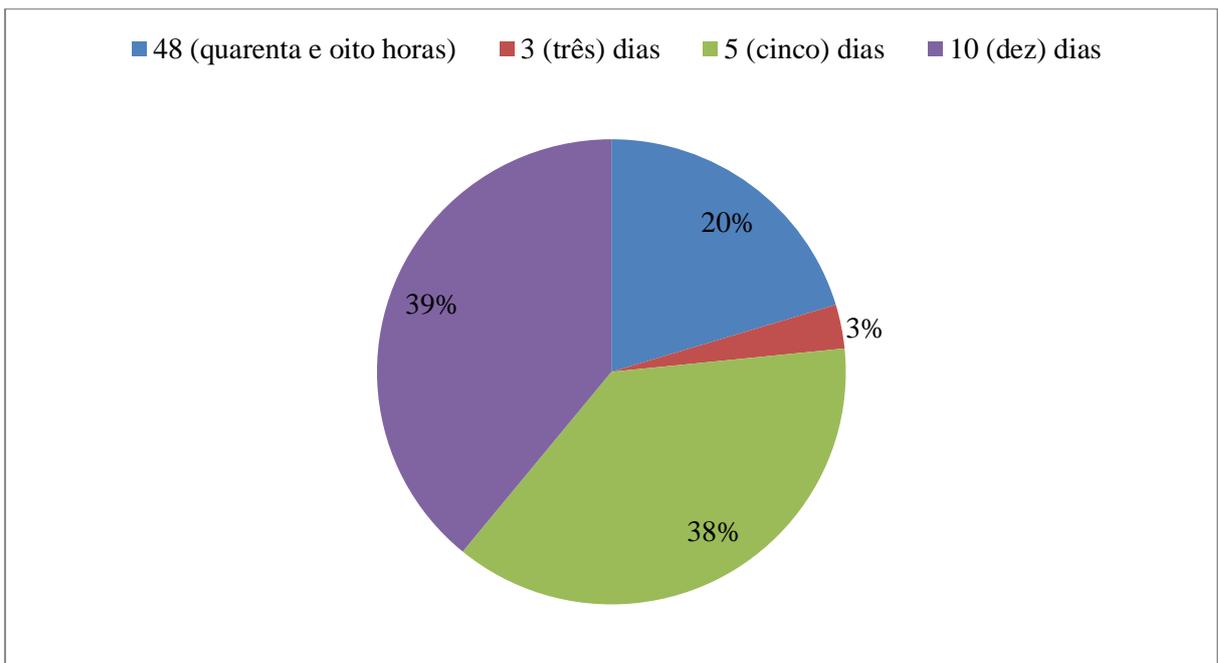
Gráfico 1. Lapso temporal para concessão da tutela provisória pelo Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís.



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Nos processos analisados, o julgador, na decisão concessiva da tutela provisória, estabeleceu diferentes prazos para cumprimento da medida, como mostra o seguinte gráfico:

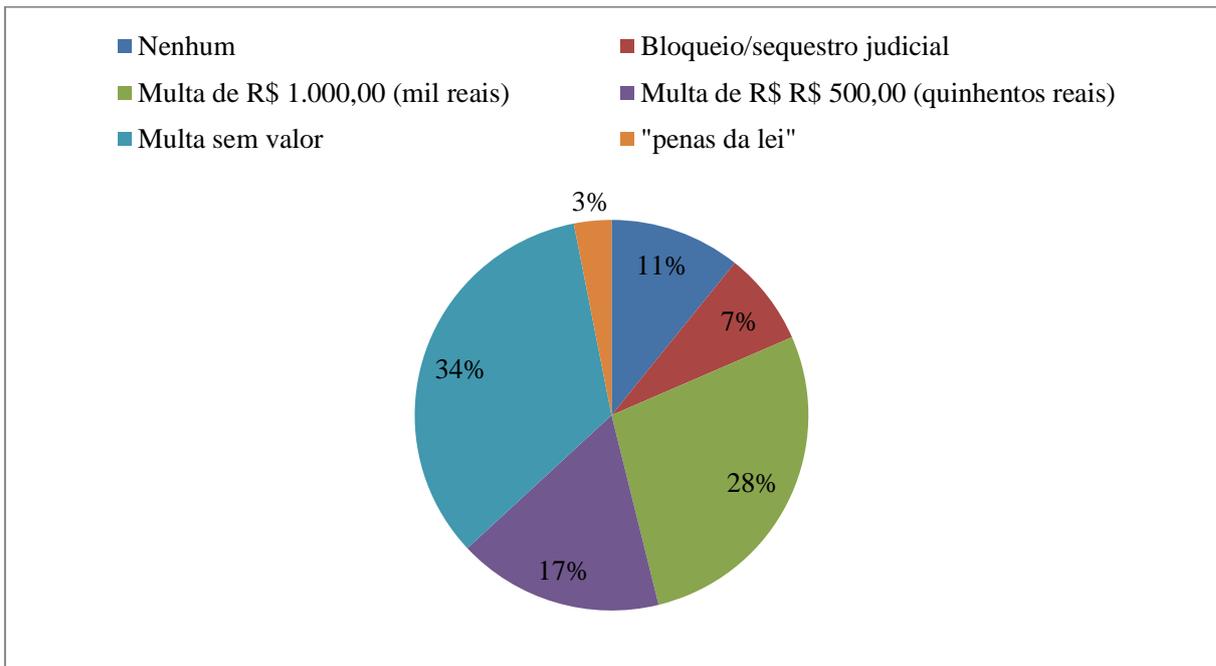
Gráfico 2. Prazo estabelecido para cumprimento da tutela provisória por quantidade de processos judiciais



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Nos processos analisados, os meios coercitivos empregados pelo magistrado, quando impostos, foram: possibilidade de bloqueio judicial das verbas públicas em caso de descumprimento da decisão; multa, sem valor estipulado e nos valores de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais); ocorrência das “penas da lei”, na seguinte proporção:

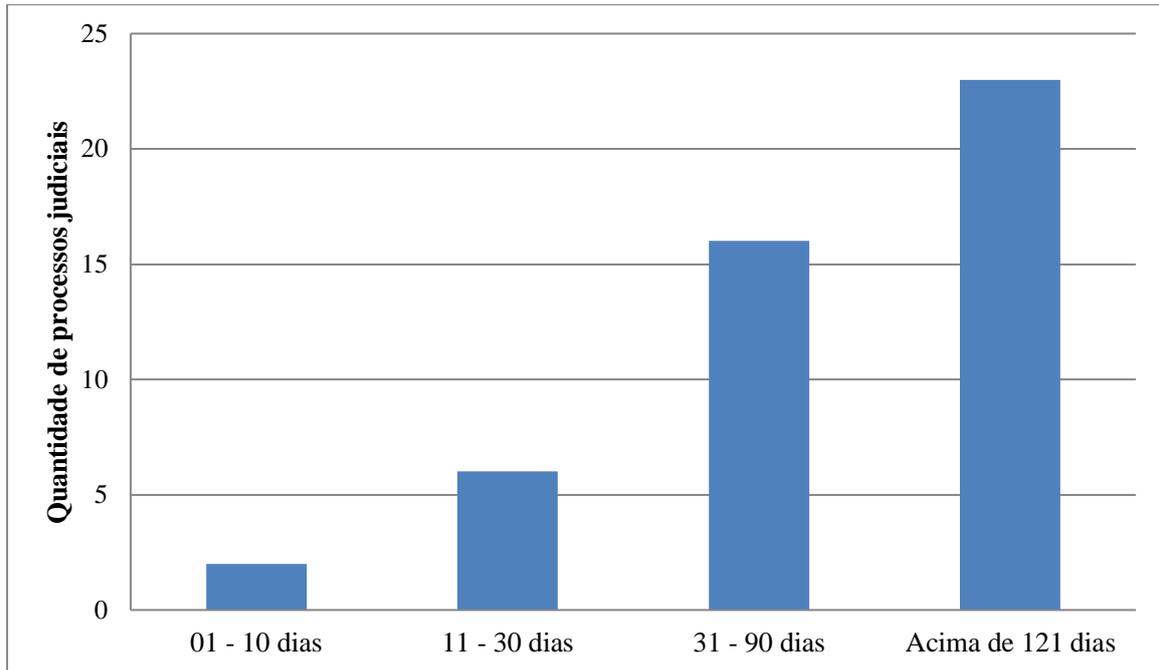
Gráfico 3. Meios coercitivos utilizados pelo magistrado na decisão concessiva da tutela provisória



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Quanto ao lapso temporal para o efetivo cumprimento da tutela provisória, ressalta-se que não foi localizada informação quanto ao cumprimento da tutela em 15 (quinze) ações judiciais, restando 50 (cinquenta) ações para análise do tempo de satisfação. Assim, nos processos em que houve cumprimento por parte do Estado do Maranhão e Município de São Luís, ou mediante bloqueio judicial das verbas públicas, percebeu-se um lapso temporal variante entre 01 (um) e 308 (trezentos e oito) dias para cumprimento da decisão, perfazendo a seguinte proporção:

Gráfico 4. Lapso temporal para a satisfação da tutela provisória de urgência (em dias)



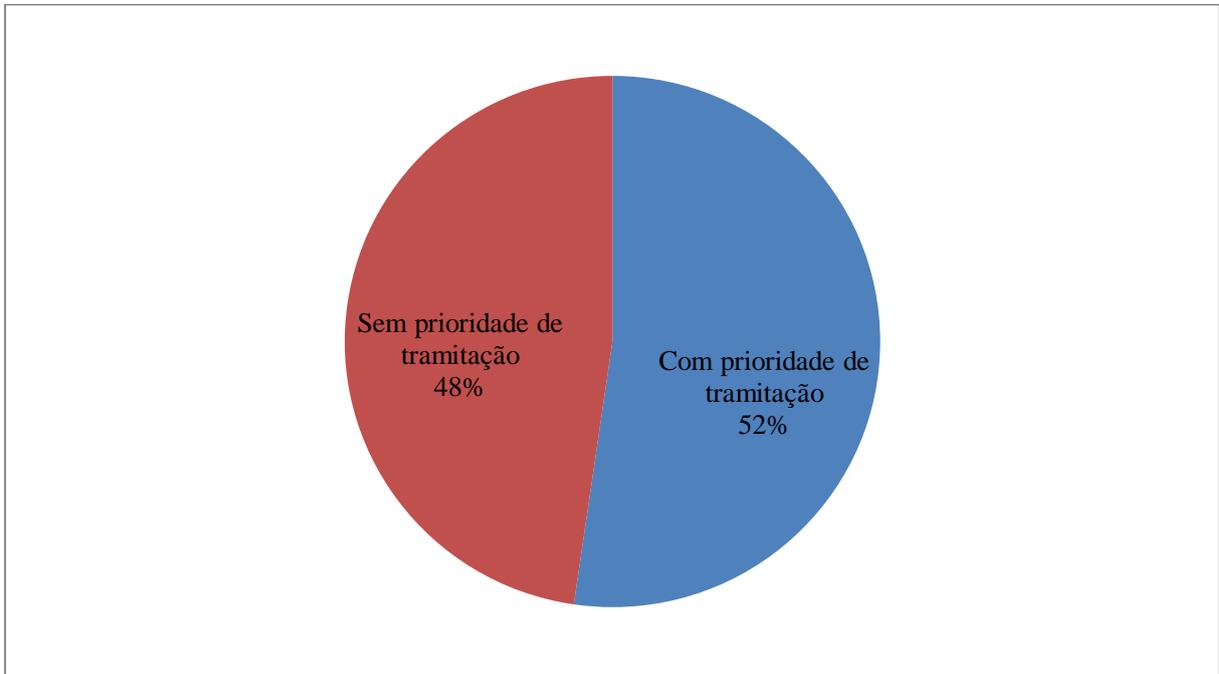
Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Ademais, forçoso analisar a quantidade de processos judiciais que estavam tramitando com o benefício da prioridade de tramitação.

Percebeu-se que há processos que detêm a prerrogativa trazida pelo artigo 1.048 do CPC, que é a prioridade de tramitação, que possibilita ao processo o trâmite prioritário com relação aos demais, em qualquer juízo ou tribunal. Dentre elas o inciso I do dispositivo contempla os processos em que figura como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade ou portadora de doença grave, compreendidas as dispostas no inciso XIV do artigo 6º da Lei 7.713/88. Além disso, terão prioridade de tramitação os processos que tenham como parte pessoas com deficiência, nos moldes do artigo 9º, VII da Lei 13.146/2015.

Nas ações analisadas, 34 (trinta e quatro) processos tramitam com a prerrogativa da prioridade, isto é, 52,3% (cinquenta e dois vírgula três por cento), enquanto os que não detêm tal privilégio perfazem 47,6 % (quarenta e sete vírgula seis por cento), ou seja, 31 (trinta e um) processos, conforme o seguinte gráfico:

Gráfico 5. Processos judiciais em trâmite com o benefício da prioridade de tramitação em decorrência de parte ou interessado ser pessoa idosa ou com deficiência, conforme previsão legal.



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Após a apresentação abstrata dos dados colhidos nos processos judiciais, passa-se à análise dos mesmos à luz da efetividade da tutela jurisdicional concedida.

4.4 Análise dos dados coletados

No presente tópico será feita a análise dos dados acerca da efetividade das tutelas provisórias de urgência concedidas, isto é, a possibilidade de gerar efeitos práticos no plano fático.

4.4.1 Análise da decisão interlocutória concessiva da tutela provisória de urgência para a imposição de fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública Estadual e Municipal

A decisão que aprecia o pedido de tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos tem natureza de decisão interlocutória, impugnável por Agravo de Instrumento, nos moldes dos artigos 1.015 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nos processos analisados, constatou-se que o lapso temporal para apreciação e posterior concessão da tutela provisória por parte do magistrado variou entre nenhum e 16 (dezesesseis) dias, conforme exposto no Gráfico 1. Nesse, percebe-se que houve uma discrepância de tempo para apreciação do juízo entre processos judiciais.

Analisando-se as ações judiciais em que o juízo concedeu a medida no mesmo dia da conclusão, isto é, 12 (doze) processos, constatou-se que a prioridade de tramitação não foi um fator determinante para que houvesse a concessão no mesmo dia, uma vez que apenas 05 (cinco) detinham a prioridade de tramitação. Assim, como a concessão da tutela no mesmo dia da conclusão ocorreu, em maior parte, em processos que não possuem prioridade de tramitação, perfazendo 58% (cinquenta e oito por cento) dos mesmos, não se pode afirmar que foi essa a razão da concessão rápida da medida.

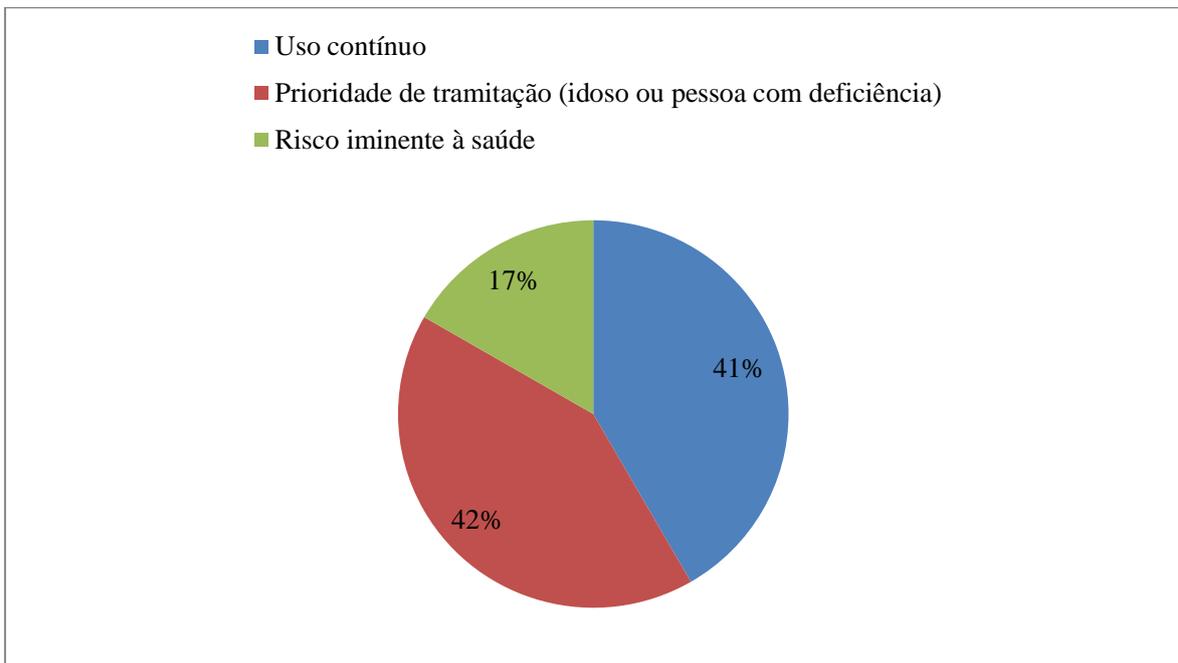
Além disso, percebe-se que os outros processos que detêm tal prerrogativa o magistrado demorou até 16 (dezesesseis) dias para a concessão, que foi o prazo máximo de demora em todas as causas. Desta feita, não é possível afirmar que o juízo concedeu a tutela da forma mais célere nos processos em que as partes detêm os benefícios da prioridade de tramitação, uma vez que a variação de tempo é evidente e a concessão no mesmo dia da conclusão se deu mais em processos que não há tal bônus.

No entanto, conforme também se depreende do Gráfico 1, a apreciação e concessão em menos de 08 (oito) dias ocorreu em boa parte dos processos, mais precisamente em 58 (cinquenta e oito) das 65 (sessenta e cinco) ações. Logo, pode-se dizer que fora cumprido o princípio da duração razoável do processo, tendo o magistrado concedido em tempo plausível para a consecução do direito material.

Os prazos estipulados pelo julgador para cumprimento da tutela provisória por parte dos entes fazendários foram demonstrados no Gráfico 2, no qual constata-se a fixação de diferentes lapsos temporais para cumprimento.

Nos processos em que o juízo definiu 48 (quarenta e oito) horas para fornecimento, percebeu-se que englobam processos nos quais há: prioridade de tramitação (idoso ou pessoa com deficiência); medicamento de uso contínuo; e eminente risco à saúde do autor, na seguinte proporção:

Gráfico 6. Peculiaridades da tutela provisória com estipulação de 48 (quarenta e oito) horas pra cumprimento.



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Com base na observação desses dados, não é possível afirmar que o juízo se valeu do menor prazo para cumprimento da tutela tão somente pela peculiaridade do caso, uma vez que em quase metade dos processos o medicamento pleiteado era de uso contínuo sem prioridade de tramitação ou iminente risco ao autor, nos quais não localizou-se excedida urgência.

Os processos nos quais o julgador concedeu à Fazenda Pública 03 (três) dias para a concessão do medicamento se resumem a 02 (dois) processos: um pleiteando medicamento inserido no RENAME, o CINACALCETE, e outro requerendo medicamento não inserido no RENAME, o LUCENTIS (RANIBIZUMABE).

O processo nº 0824095-15.2017.8.10.0001 pleiteava o medicamento LUCENTIS, que é essencial para o combate a doenças oculares causadoras de perda da visão do autor, justificando, assim, a urgência na satisfação da tutela provisória. O processo nº 0824095-15.2017.8.10.0001, por sua vez, pleiteava o medicamento CINACALCETE, também igualmente essencial para a saúde do autor, que possui, como transcrito nos autos do feito, “Doença Renal Crônica em Hemodiálise, Distúrbio Mineral e Ósseo da Doença Renal Crônica e Hiperparatireoidismo Secundário grave levando a elevado risco cardiovascular e de morte.” A imprescindibilidade do medicamento fora justificada pelo médico do mesmo,

aduzindo, inclusive, que o medicamento fornecido pelo SUS para o tratamento da enfermidade do autor (CALCIFEROL) é inadequado para o tratamento em decorrência do seu descontrole metabólico.

Desta feita, pode-se perceber que o prazo estabelecido pelo magistrado, de 03 (três) dias, para cumprimento da medida pelo ente fazendário, isto é, o fornecimento do medicamento para a sobrevivência dos autores, coincidiu com o grau de necessidade dos fármacos, uma vez que ambos os autores sofriam de enfermidades que não podiam esperar a morosidade da prestação jurisdicional, incorrendo no risco de suas próprias vidas serem afetadas.

Quanto aos processos em que o magistrado concedeu 05 (cinco) dias para cumprimento, totalizando 24 (vinte e quatro) ações, também não se pode afirmar que o prazo foi estipulado com base nas circunstâncias que envolvem os processos, como se exemplifica com duas ações.

O processo judicial de nº 0808053-51.2018.8.10.0001 foi ajuizado pelo autor – que é idoso – com o fito de obter o medicamento COGLIVE (BROMIDRATO DE GALANTAMINA) 8mg, inserido no RENAME, ou seja, fornecido pelo SUS, mas que não conseguiu perceber pela via administrativa. Já o processo judicial de nº 0850381-30.2017.8.10.0001 pleiteou o medicamento DEPAKOTE ER 500 MG (DIVALPROATO DE SÓDIO) – que não está no RENAME – para tratamento da autora que foi diagnosticada com Transtorno de Personalidade.

Em ambos os processos a tutela provisória foi concedida e estipulado prazo de 05 (cinco) dias para cumprimento do *decisium* por parte dos entes fazendários, mas entende-se que as peculiaridades existentes no primeiro o torna mais carecedor de tutela se comparado ao segundo, por dois motivos: o beneficiário da tutela provisória detém o benefício da prioridade de tramitação e pleiteia medicamento já inserido na política pública de saúde do SUS, no RENAME.

Deste modo, compreende-se, igualmente, que o juízo não levou em consideração os aspectos da lide para estipular o prazo de cumprimento.

Quanto aos processos em que o magistrado concedeu 10 (dez) dias para cumprimento, que totalizam também 24 (vinte e quatro) processos, 15 (quinze) detém a prioridade de tramitação, havendo, ademais, processo no qual a parte autora é idosa e portadora de neoplasia maligna (Lei 7.713/1988, art. 6.º, inciso XIV).

Deste modo, com base na observação dos dados colhidos, especificamente quanto ao lapso temporal estipulado para cumprimento da medida de urgência, conclui-se que o juízo

estipulou prazo para satisfação da tutela provisória sem se atentar para as nuances de cada caso concreto levado ao Judiciário para pleito de fármacos em face do Poder Público.

Conforme mencionado, o magistrado pode se valer de meios coercitivos na decisão judicial que defere a tutela provisória com o fito de impor ao demandado o efetivo cumprimento da determinação. Como se demonstra no Gráfico 3, os meios coercitivos utilizados nas decisões analisadas, quando utilizados, consistiram em: bloqueio judicial; multa, de R\$ 500,00 (quinhentos reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), ou mencionar “as penas da lei”, demonstrando-se a proporção de tais meios nas ações.

Em tese, entende-se que o quanto maior o ônus imposto em caso de descumprimento da medida, maior a probabilidade de o demandado cumprir a medida no tempo estipulado. Logo, o juízo imporá o meio coercitivo mais gravoso nos casos em que a tutela provisória tem acentuada ânsia de ser cumprida, isto é, nos casos em que a ausência do medicamento coloca em risco à saúde e conseqüentemente a integridade física e vida do jurisdicionado.

Na análise dos processos percebeu-se que, entre os 65 (sessenta e cinco), em 06 (seis) a tutela provisória concedida não estipulou qualquer meio coercitivo, dentre os quais 04 (quatro) tinham prioridade de tramitação por idade, e todos pleiteavam a medicação LUCENTIS (RANIBIZUMABE) para tratamento de doença ocular passível de gerar cegueira. Ao revés, em outros 09 (nove) processos para o fornecimento do mesmo medicamento para pessoa com prioridade de tramitação o magistrado estipulou multa em caso de descumprimento:

Tabela 1. Processos judiciais com tutela provisória por objeto o fármaco Lucentis (Ramibizumabe) para pessoa com prioridade de tramitação por idade.

Processo	Prioridade de tramitação	Medicamento	Prazo para cumprimento	Meio coercitivo
0829174-72.2017.8.10.0001	Idoso	LUCENTIS (RANIBIZUMABE)	Não	Nenhum
0840234-42.2017.8.10.0001	Idoso	LUCENTIS (RANIBIZUMABE)	5 (cinco) dias	Nenhum
0841618-40.2017.8.10.0001	Idoso	LUCENTIS (RANIBIZUMABE)	10 (dez) dias	Nenhum
0810579-88.2018.8.10.0001	Idoso	LUCENTIS (RANIBIZUMABE)	10 (dez) dias	Nenhum
0832826-97.2017.8.10.0001	Idoso	LUCENTIS (RANIBIZUMABE)	10 (dez) dias	Sim. Multa diária de R\$ 500,00

				(quinhentos reais)
0839160-50.2017.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	10 (dez) dias	Se limitou a dizer "sob as penas da lei".
0842418-68.2017.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	48 (quarenta e oito) horas	Se limitou a dizer "sob as penas legais".
0813036-93.2018.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	5 (cinco) dias	Sim, porém não estipulou o quantum.
0815681-91.2018.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	5 (cinco) dias	Sim, porém não estipulou o quantum.
0815684-46.2018.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	10 (dez) dias	Sim, porém não estipulou o quantum.
0819382-60.2018.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	10 (dez) dias	Sim, porém não estipulou o quantum.
0820834-08.2018.8.10.0001	Idoso	RANIBIZUMABE (LUCENTIS)	10 (dez) dias	Sim, porém não estipulou o quantum.

Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Deste modo, conclui-se não ser possível precisar a influência das circunstâncias que circundam o pedido (prioridade de tramitação, elevada urgência por iminente risco à vida) para o estabelecimento do meio coercitivo e prazo para cumprimento da tutela provisória de urgência por parte do juízo.

Por outro lado, apesar de ter havido discrepâncias quanto ao lapso temporal para o deferimento da tutela provisória pelo magistrado, entende-se por razoável o tempo de apreciação, a contar da conclusão dos autos, uma vez que predominou o deferimento em menos de 08 (oito) dias, cumprindo, assim, a duração razoável do processo e corroborando a tutela jurisdicional efetiva.

4.4.2 Análise da atuação da Fazenda Pública em relação às decisões interlocutórias concessivas da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos

No tópico anterior, analisou-se a atuação do juízo em relação ao pedido de tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública. No entanto, de igual relevância para a concretização do direito pleiteado é o cumprimento do *decisium* concessivo do bem por parte do ente público demandado, isto é, a concessão do medicamento objetivado.

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é compreendido de forma ampla, ou seja, não se resume a somente consecução da decisão de mérito favorável, mas também a concretização do direito no mundo dos fatos, a quem cabe, em princípio, ao réu – após o proferimento de decisão favorável – que, nos processos em comento, são os entes fazendários Estado do Maranhão e Município de São Luís.

Para que deem o efetivo cumprimento, necessário que tomem ciência do ato.

Após o proferimento da decisão, os entes públicos devem ser citados para contestar a ação, isto é, levar aos autos documentos para instruir a causa, podendo apresentá-los até o momento da audiência, conforme dispõe o artigo 9º da Lei 12.153/2009. Além disso, devem ser intimados para ciência e cumprimento da decisão proferida *inaudita altera parte* em seu desfavor.

Nos processos em análise, 100% (cem por cento) das decisões foram proferidas antes da oitiva do réu, diante do preenchimento dos requisitos para concessão da tutela provisória de urgência dispostos no artigo 300 do CPC e do perigo à saúde – e conseqüentemente, à vida - ocasionado pela ausência dos medicamentos pleiteados e de recursos financeiros das partes para a percepção dos mesmos.

A ciência dos réus foi feita por meio eletrônico, coadunando-se com o disposto no artigo 246 do CPC, uma vez que os processos analisados são eletrônicos. Em 63 (sessenta e três) processos em que é demandado, o Estado do Maranhão, por meio da sua Procuradoria Geral, foi intimado/citado, eletronicamente, em média, 07 (sete) dias, após o proferimento da decisão pelo juízo. O Município de São Luís, por sua vez, nos 58 (cinquenta e oito) processos em que é demandado, foi intimado da decisão, em média, 15 (quinze) dias.

Menciona-se que, além da intimação dos réus, por meio de seus representantes processuais, o magistrado do Juizado Especial da Fazenda Pública também enviou cópia da decisão para as Secretarias de Saúde do Estado do Maranhão e do Município de São Luís, SES e SEMUS, respectivamente, salvo quando demandado somente em face de um dos entes.

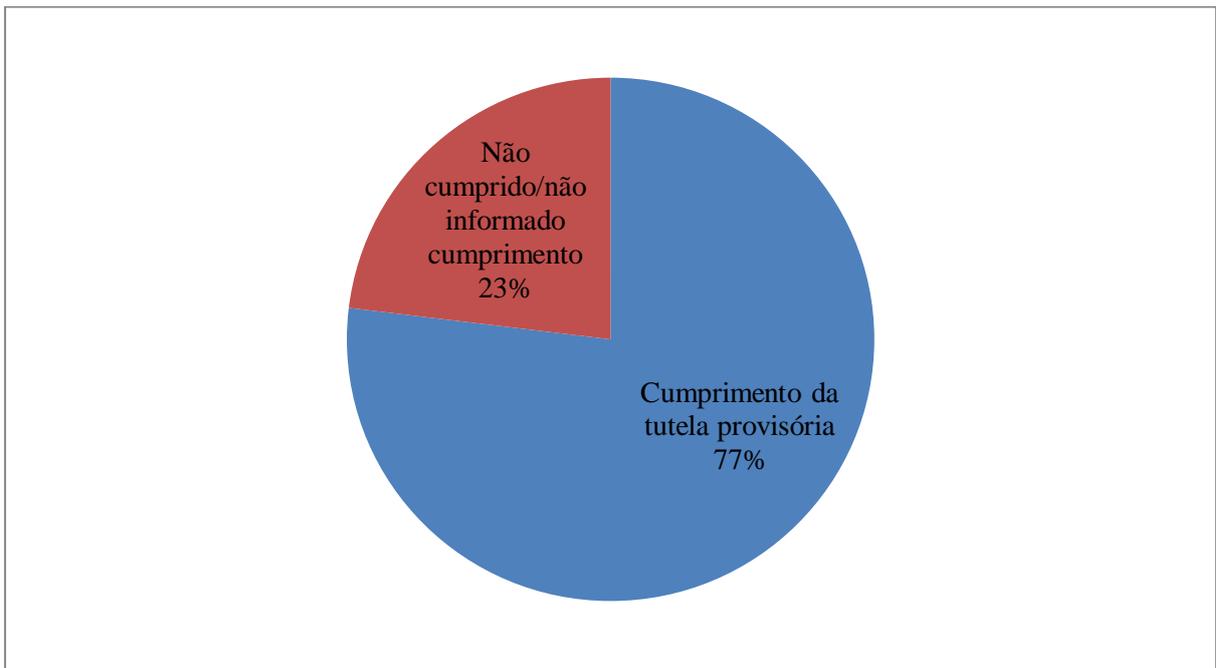
Perceptível, portanto, que não se leva em consideração somente a data da concessão da tutela por parte do magistrado, mas também a intimação/citação dos réus, pois somente quando da ciência acerca da medida de urgência concedida que poderá haver a cobrança por parte do jurisdicionado do cumprimento da decisão.

Intimados do *decisium*, identificou-se o lapso temporal em que ocorreu o efetivo cumprimento da tutela provisória por parte do Estado do Maranhão e Município de São Luís, englobando também os processos que foram satisfeitos por bloqueio judicial das contas

públicas, que ocorrem sem a anuência do ente fazendário, após transcurso de prazo sem o cumprimento espontâneo.

Imprescindível mencionar que não foi possível localizar a informação do cumprimento da tutela provisória de urgência nos autos de determinada quantidade dos processos judiciais, conforme se vê:

Gráfico 7. Índice de satisfação da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos.



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

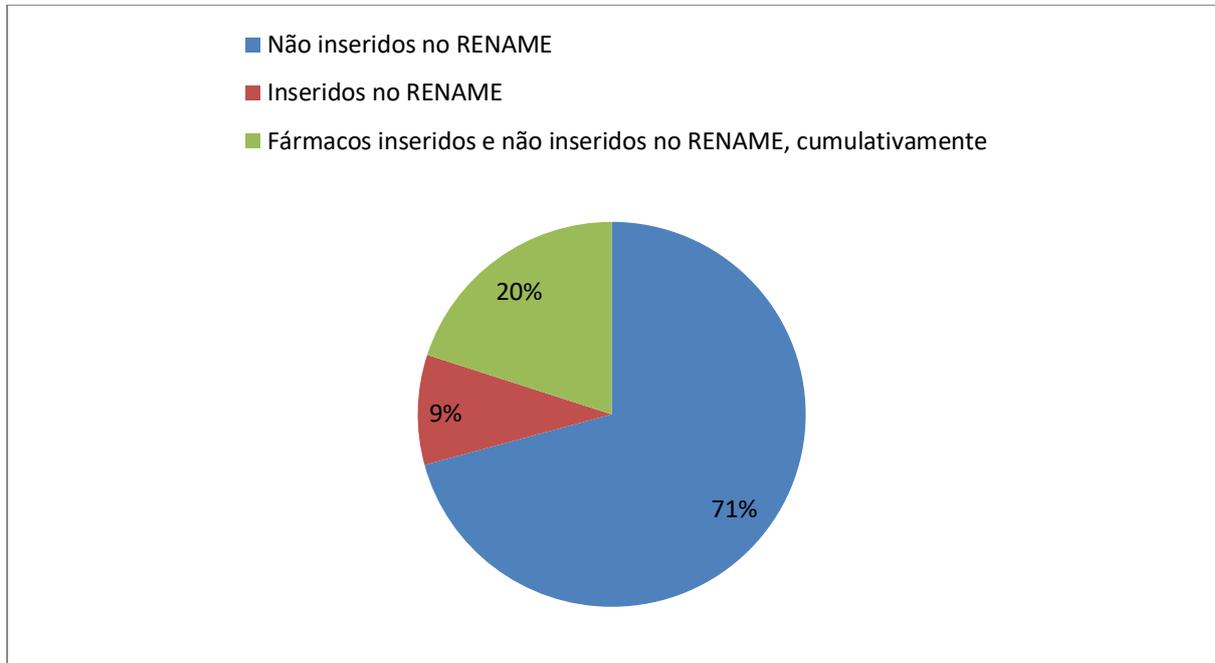
Nos processos nos quais houve a satisfação da tutela provisória, isto é, sua efetividade, que totalizam 50 (cinquenta) ações judiciais, percebeu-se o fornecimento do fármaco no lapso temporal variante entre 01 (um) e 308 (trezentos e oito) dias para cumprimento da decisão, como demonstrado no Gráfico 4.

Entre os processos analisados, encontram-se ações cujo objeto é o fornecimento de medicamentos inseridos ou não na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), que compreende a relação de fármacos indicados para doenças e outros agravos fornecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme Lei 8.080/1990. Logo, os medicamentos inseridos na referida relação devem ser disponibilizados à população.

Dentre os processos, 46 (quarenta e seis) pleiteiam medicamentos não inseridos no RENAME, 06 (seis) inseridos no RENAME e 13 (treze) buscam fármacos inseridos e não

inseridos no RENAME, cumulativamente, prevalecendo-se, assim, os que não estão dentro da política de saúde, como se depreende no seguinte gráfico:

Gráfico 8. Processos pleiteantes de medicamentos inseridos ou não na política pública de saúde do SUS.



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Antes de pleitear judicialmente os referidos fármacos, os jurisdicionados buscaram a obtenção dos mesmos na via administrativa, na seguinte ordem: Em relação aos processos judiciais nos quais pleiteou-se medicamentos inseridos no RENAME, exclusivamente, em 83,3% (oitenta e três vírgula três por cento) dos processos houve tentativa de obtenção administrativa junto aos órgãos competentes antes do ajuizamento. Quanto aos não inseridos, 89,1% (oitenta e nove vírgula um) requereram administrativamente. Já os que pleitearam medicamentos inseridos e não inseridos no RENAME, 100% (cem por cento) fizeram o pedido.

Percebe-se, portanto, que boa parte das ações judiciais ajuizadas foi posterior a tentativas ineficazes de obtenção do fármaco administrativamente.

Para melhor compreensão, optou-se pela análise da efetividade agrupando os processos a depender da inserção ou não do fármaco pleiteado na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), conforme se passa a expor.

4.4.2.1 Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

Como direito social, o direito à saúde requer prestações materiais para sua concreta satisfação, o que é incumbência do Estado mediante políticas públicas de promoção do direito, como já exposto.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é instituição decorrente da Constituição Federal, instituída mediante princípios e diretrizes nela estabelecidos, que tem como fim a prestação do direito à saúde aos que dela precisam. Pelo aspecto regionalizado, o SUS estabelece como competência comum de todos os entes da Federação a promoção do direito ao indivíduo e sociedade.

O SUS, considerado como principal meio de promoção da saúde, é mantido por todos os entes da Federação com recursos mínimos estabelecidos pela Carta Magna, tendo como uma de suas atuações a assistência farmacêutica, dispondo de uma lista de fármacos ofertados pelo sistema denominada Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Nos processos analisados, constatou-se 06 (seis) ações nas quais o objeto da tutela provisória de urgência era o fornecimento de medicamentos inseridos nessa lista fornecida pelo SUS, unicamente, que não foram obtidos perante os órgãos administrativos competentes, apesar de sua disposição ser obrigatória.

Nesses, o lapso temporal para fornecimento do medicamento variou entre 01 (um) dia e 110 (cento e dez) dias.

O processo 0824925-44.2018.8.10.0001, que foi satisfeito em 01 (um) dia pleiteava os medicamentos RIVOTRIL (CLONAZEPAM), RISPERIDONA e AMPLICTIL (CLORIDRATO DE CLORPROMAZINA), para pessoa sem prioridade de tramitação. O Estado do Maranhão foi intimado – por meio de seu Procurador, eletronicamente – da decisão dia 15/06/2018 para cumpri-la em 10 (dez) dias, sob pena de multa, vindo o medicamento a ser disponibilizado na Farmácia Estadual de Medicamentos Especializados (FEME) em 16/06/2018, informado nos autos em 30/07/2018.

O processo 0849327-29.2017.8.10.0001, por sua vez, pleiteava os medicamentos HALDOL (5 mg), AMPLICTIL (100 mg), DIAZEPAM (10 mg) e FENERGAN (10 mg) para pessoa com deficiência. O Estado foi intimado 15/01/2018 para cumprir em 05 (cinco) dias, sob pena de multa, vindo as partes a firmarem acordo para fornecimento de todos os medicamentos em audiência dia 05/06/2018, cumprido, portanto, após 110 (cento e dez) dias.

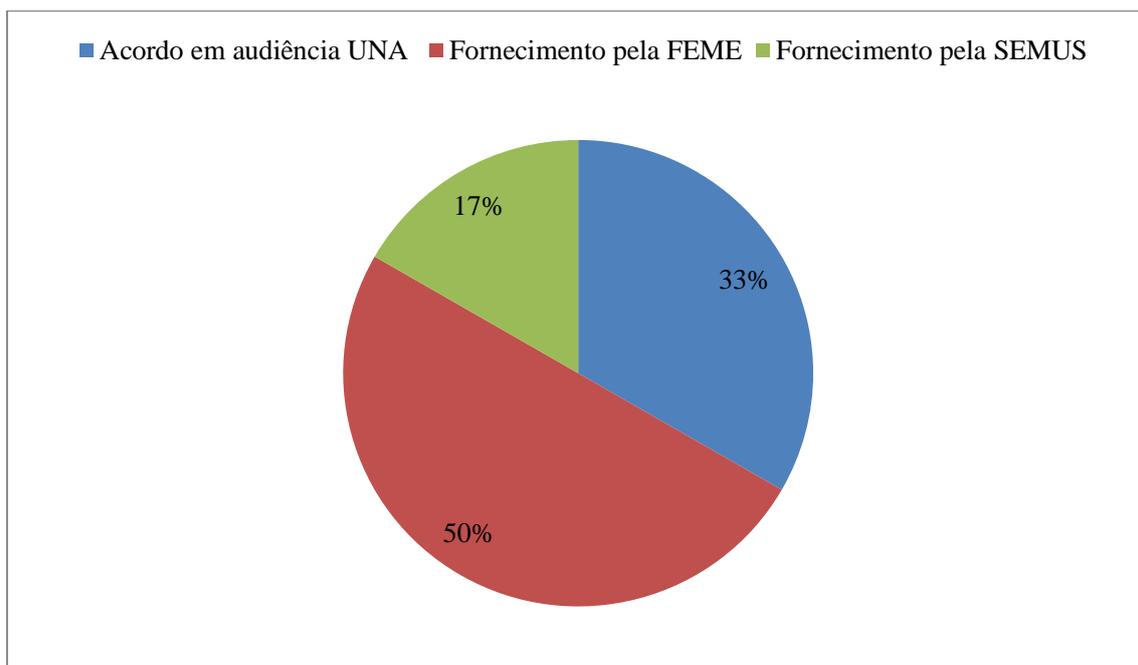
Com base nos dois processos judiciais que tiveram a concessão do fármaco pleiteado em prazos totalmente opostos, percebe-se que não houve uma tratativa especial no processo judicial que tem prioridade de tramitação, ou seja, o Estado e o Município não cumpriram em tempo mais ágil no processo em que o jurisdicionado tem que ser tratado de forma diferente e favorecida.

Além disso, percebe-se que apenas 01 (um) processo foi cumprido no prazo estipulado pelo magistrado, vindo todos os outros a serem fornecidos após o prazo dado, independentemente de estar inserido no RENAME e do meio coercitivo utilizado.

Frisa-se, inclusive, que no processo nº 0818799-12.2017.8.10.0001, que pleiteava o medicamento CINACALCETE, estabeleceu-se o prazo de 03 (três) dias para fornecimento do mesmo, sem impor qualquer meio coercitivo, mas foi cumprido em 30 (trinta) dias por acordo com audiência para fornecimento, prazo menor que outros 03 (três) processos nos quais estabeleceu-se como meio de coação multa diária.

No entanto, apesar da discrepância de lapso temporal de cumprimento injustificado, nota-se que todas as tutelas provisórias concedidas cujo objeto é medicamento inserido no RENAME foram cumpridas pelo réu, ou seja, disponibilizados pelo Estado do Maranhão ou Município de São Luís, sem necessidade de impor bloqueio judicial das verbas públicas para satisfação do direito ao remédio já inserido no SUS, como se observa:

Gráfico 9. Formas de satisfação da tutela provisória - Medicamento no RENAME



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Logo, como não tiveram êxito os pedidos administrativos feitos perante os órgãos competentes para a dispensação dos medicamentos, entende-se que a tutela provisória de urgência antecipada foi um meio apto à consecução do direito pleiteado, dando-lhe, portanto, efetividade, mesmo que em tempo considerado extenso por estar envolvendo à saúde do sujeito, tendo o juízo atuado apenas para concretizar as políticas públicas de saúde já estabelecidas, o que é função inerente do Poder Judiciário.

4.4.2.2 Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos não inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

O SUS dispõe de uma relação de medicamentos que devem ser disponibilizados gratuitamente à população, entretanto, não são todos os fármacos que estão inseridos nessa relação, havendo àqueles que o Poder Público não tem a obrigatoriedade de fornecer por ali não constarem. Isso decorre da limitação dos recursos públicos para satisfação dos direitos sociais, que obriga o Estado a fazer escolhas conforme as necessidades mais prementes da sociedade.

No entanto o direito à saúde é direito fundamental constitucionalmente assegurado, que não pode ser deixado à míngua pelo Estado, até mesmo pelo fato de estar ligado diretamente ao direito fundamental à vida, integridade física e dignidade da pessoa humana.

Em decorrência disso, e da possibilidade de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais concedida pelo §1º do art. 5º da CRFB/88, assim como o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, o direito à saúde decorrente da obrigação de fornecimento vem sendo pleiteado judicialmente para coibir o Estado a fornecê-lo, mesmo àqueles não inseridos no RENAME.

No campo da pesquisa, constatou-se a presença de processos judiciais cujo objeto da tutela provisória é o fornecimento de medicamentos não inseridos no RENAME, totalizando 46 (quarenta e seis) ações, dentre os quais 35 (trinta e cinco) localizou-se resposta quanto ao cumprimento da medida de urgência.

Dentre esses, a média de prazo que o ente público levou para satisfazer a tutela concedida foi de 116 (cento e dezesseis) dias, tendo como lapso temporal maior 308 (trezentos e oito) dias, e menor, 17 (dezessete) dias.

O processo que demorou mais tempo para a efetivação da tutela foi o de nº 0839160-50.2017.8.10.0001, cujo objeto da medida era o fornecimento do medicamento

RANIBIZUMABE (LUCENTIS), para pessoa idosa. A decisão foi proferida em 19/10/2017, vindo o ente público a ser intimado em 27/10/2017, dando-lhe 10 (dez) dias para conceder o fármaco. Na audiência UNA dia 30/11/2017 o patrono da parte autora comprometeu-se a juntar aos autos nota fiscal referente ao bloqueio judicial e o Estado do Maranhão garantiu o fornecimento do medicamento em 60 (sessenta) dias.

Ocorre que o requerimento de juntada de notas fiscais foi equivocado, uma vez que não houve, até aquela oportunidade, bloqueio judicial das contas públicas para aquisição do fármaco, vindo o patrono da autora retificar a obrigação e informar o descumprimento da medida, requerendo o bloqueio das verbas, em 01/03/18. O Estado do Maranhão, por seu turno, informou dia 11/04/18 que o mesmo seria disponibilizado em 15 (quinze) dias. No entanto, diante da inércia do ente público, o bloqueio foi efetivado dia 31/08/18.

O processo que demorou menos tempo para ser concretizado foi o nº 0815682-76.2018.8.10.0001, sem prioridade de tramitação ou exacerbada urgência, no qual buscava-se também o mesmo medicamento mencionado (LUCENTIS), vindo o Estado do Maranhão e o Município de São Luís a firmarem acordo com a autora em audiência dia 24/05/2018 – dezessete dias após intimação dos entes –, ocasião em que se comprometeram a fornecer e aplicar a medicação.

Percebeu-se que o processo judicial que demorou aproximadamente um ano para ser satisfeito pleiteou o mesmo medicamento que o pedido no processo que demorou menos de 30 (trinta) dias, o fármaco LUCENTIS, mas o que foi cumprido em lapso temporal maior tem prioridade de tramitação, enquanto o mais célere não tem.

Entretanto, menciona-se que o lapso temporal mais extenso decorreu, além da desídia da Fazenda Pública, do equívoco quanto ao requerimento em audiência de juntada de notas fiscais, ao invés da informação quanto ao descumprimento e concomitante pedido de bloqueio judicial naquela ocasião.

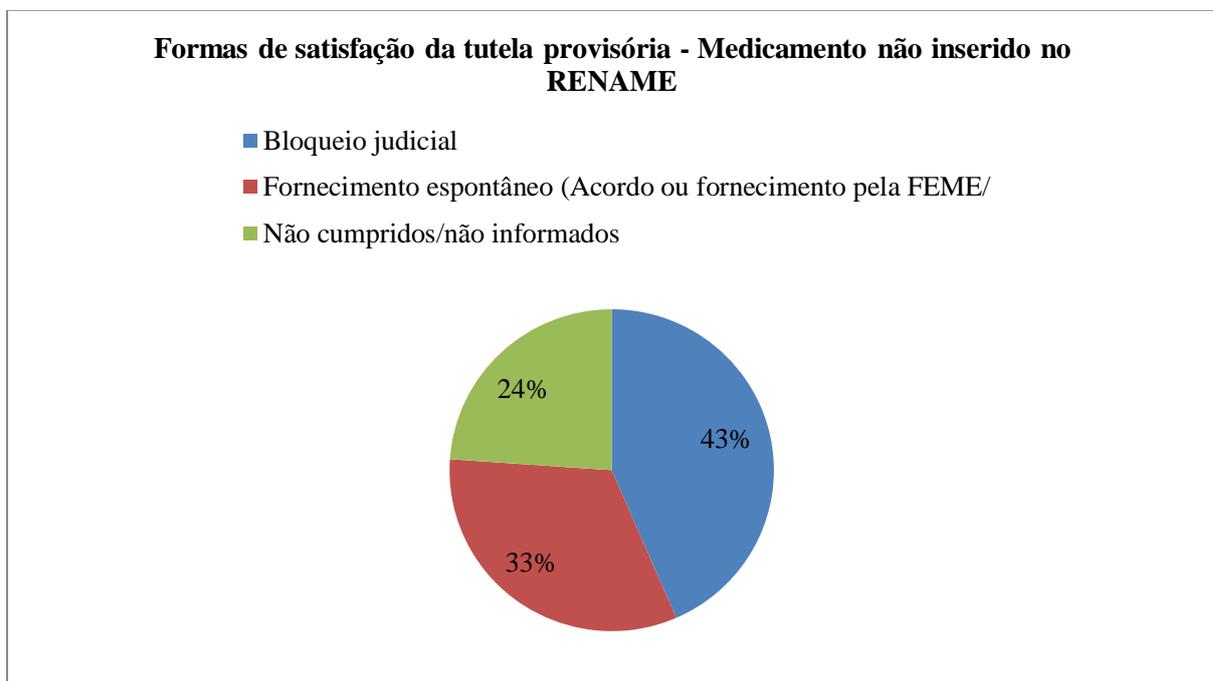
Mas não houve um lapso temporal mais vasto somente nesse processo judicial que demorou em decorrência de um engano incomum, uma vez que, conforme verificou-se do Gráfico 4, boa parte das tutelas provisórias demorou mais de 121 (cento e vinte e um) dias para serem satisfeitas, totalizando 23 (vinte e três) processos, dentre os quais 17 (dezessete) ações pleiteiam medicamentos não inseridos no RENAME, e em 05 (cinco) pleiteava-se o mesmo medicamento (LUCENTIS) e os autores eram idosos, isto é, com prioridade de tramitação.

Logo, no que tange ao prazo maior e menor para materialização da tutela provisória, entende-se que houve injustiça quanto a satisfação do direito pleiteado pela

discrepância de lapsos temporais para fornecimento do mesmo medicamento, além da existência de prioridade de tramitação no processo que foi satisfeito mais tardiamente.

Ademais, percebeu-se que a satisfação do direito concedido em tutela provisória se deu, predominantemente, por meio de bloqueio judicial das contas públicas no valor equivalente ao custo do medicamento, seguido do fornecimento espontâneo pelos entes públicos, na seguinte proporção:

Gráfico 10. Formas de satisfação da tutela provisória - Medicamento não inserido no RENAME



Fonte: Adaptado de MARANHÃO (2018).

Desta feita, constatada a ausência de cumprimento da tutela provisória por parte dos entes públicos, independentemente do valor do fármaco, o magistrado se valia do bloqueio judicial das verbas públicas no valor equivalente do medicamento na rede farmacêutica privada para a compra do fármaco pleiteado, sucedido do pedido pelo beneficiário da medida.

Trata-se de medida excepcional, uma vez que invade o erário público para satisfação de direito individual, o que acaba afetando o orçamento do Estado constituído para a satisfação das necessidades materiais coletivas, como exposto em momentos anteriores.

Todavia, há uma peculiaridade entre as ações satisfeitas por bloqueio judicial, o processo de nº 0809241-79.2018.8.10.0001. Nesse, o autor, que é idoso, requereu os

medicamentos EGIDE (TOPIMARATO) 100 mg; ANAFRANIL (CLOMIPRAMIDA) 75 mg; NOVANLO (BESILATO DE LEVANLODIPINO) 2,5 mg; PINAZAN (CLOZAPINA) 25 mg; ADDERA D3 7000UI; LEVOID (LEVOTIROXINA SÓDICA) 88 Mg. Com exceção do ADDERA D3 7000UI, todos os demais estão inseridos no RENAME.

A tutela foi concedida em 26/03/2018, com ciência do ente público em 11/04/2018, vindo a juntar ofício da SES em 17/04/18 para informar que os medicamentos TOPIRAMATO e CLOZAPINA fazem parte do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, devendo a autora comparecer à FEME para cadastro e posterior recebimento. Os medicamentos ADDERA, NOVANLO, ANAFRIL e LEVOID não estão no RENAME, mas há fármacos alternativos como CLOMIPRAMINA, LEVOTIROXINA, BESILATO DE ANLODIPINO que fazem parte do Componente Básico da Assistência - CBAF, de distribuição do Município. O Município, por sua vez, apresentou ofício da SEMUS aduzindo que os medicamentos ANAFRANIL, PINAZAM, EGIDE não são de responsabilidade do Município, e sim das SES. Quanto ao LEVOID, alega que dispensa nas fórmulas 25mg, 50 mg, 100 mg.

Em audiência 21/08/2018, o Procurador do Estado reiterou o alegado, dizendo que dos 06 (seis) medicamentos pleiteados, 02 (dois) estão disponíveis na FEME, 04 (quatro) não estão no RENAME, mas que possui terapias alternativas para 03 (três), com exceção do Addera D3 7000 UI. O Município, por meio da SEMUS, diz que tem disponibilidade do Levoid 88mg, todavia, não na MG requerida, somente 100 mg; 50mg e 25mg.

Entretanto, a autora reiterou o descumprimento da medida, requerendo a juntada do orçamento e posterior bloqueio das contas públicas, que fora deferido em 04/09/2018, e bloqueado em 18/09/2018, para a compra de todos os medicamentos, no importe de R\$ 455, 53 (quatrocentos e cinquenta e cinco reais e cinquenta e três centavos).

Percebe-se, portanto, que, mesmo diante da existência dos medicamentos e disponibilização para a autora no órgão competente, assim como a apresentação de terapias alternativas por parte do Poder Público, o magistrado concedeu o bloqueio judicial das verbas públicas para a compra de todos os fármacos pleiteados. Entende-se que tal atitude foi equivocada, uma vez que o erário foi afetado para satisfação do direito individual do autor sem necessidade, pois boa parte dos medicamentos era disponibilizada pelo Estado, que ainda apresentou terapias alternativas para a enfermidade do autor, devendo haver o bloqueio tão somente em casos excepcionais.

A mesma crítica não ocorre no processo nº 0827592-37.2017.8.10.0001. Nesse, buscava-se o fornecimento dos medicamentos CARBOLITIUM 300 mg, o DEPAKOTE 500

mg, o CLOPAM 2 mg e o AMYTRIL, dentre os quais apenas o CARBOLITIUM 300 mg não faz parte do RENAME. Concedida a tutela provisória em 15/08/2017, ciência do ente público em 23/08/2017. Em 29/09/2017 o autor informou o descumprimento da medida e requereu o bloqueio das verbas públicas, sendo esse pedido concedido em 19/12/2017. Desta feita, percebe-se que, apesar de boa parte da medicação pleiteada estar nas políticas públicas de saúde para fornecimento pelo SUS, não houve manifestação dos entes quanto a estes fármacos, sendo plausível, portanto, o bloqueio judicial do valor correspondente para sua efetividade.

Ainda quanto aos bloqueios judiciais, constatou-se que esses foram deferidos em intervalos de tempo entre 14 (quatorze) e 308 (trezentos e oito) dias.

O processo 0837662-16.2017.8.10.0001 deferiu a tutela provisória em 06/10/2017 para fornecimento do medicamento XARELTO 20mg, para autor diagnosticado com “aneurisma de artéria esquerda com isquemia moderada em membro inferior esquerdo”. O Estado do Maranhão foi intimado em 18/10/2017 para fornecer o fármaco em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de multa diária, mas somente juntou aos autos em 24/10/17 ofício da SES informando a não inserção no RENAME. Em 31/10/2017 o autor informou o descumprimento e requereu o bloqueio judicial das verbas públicas, que foi deferido em 01/11/2017. Satisfeito, então, em 14 (quatorze) dias, a contar da intimação do ente público.

Percebe-se que o ente público não apresentou terapia alternativa fornecida pelo SUS para o autor, se limitando a afirmar a não inserção do fármaco no RENAME. Assim, diante da inércia do ente público e da imprescindibilidade do medicamento para a sobrevivência do autor, o magistrado deferiu o pedido de bloqueio judicial, a fim de preservar a saúde e, conseqüentemente, a vida do jurisdicionado, que se encontrava com enfermidade considerada perigosa.

O processo 0839160-50.2017.8.10.0001, que demorou 308 (trezentos e oito) dias para ser efetivado o bloqueio judicial, já foi exposto anteriormente neste mesmo tópico.

Deste modo, analisando-se os processos judiciais cujo objeto da tutela provisória era o fornecimento de medicamentos não inseridos no RENAME, isto é, não fornecidos obrigatoriamente pelo SUS, maior parte das tutelas foi satisfeita por meio de bloqueio judicial das contas públicas no valor equivalente do medicamento na rede farmacêutica privada.

Tal medida é excepcional, sendo, inclusive, criticada por suposta invasão indevida ao Erário, pois afeta o orçamento e as políticas públicas organizadas pelas leis orçamentárias. No entanto, o direito à saúde, que está diretamente ligado ao direito à vida, prevaleceu em detrimento ao orçamento público em boa parte dos processos em comento.

Ademais, percebeu-se o descumprimento das medidas no prazo estipulado pelo magistrado em todas as ações, mas em 76% (setenta e seis) por cento dessas houve a satisfação do direito pleiteado, seja por meio de bloqueio judicial das contas públicas ou pelo fornecimento do fármaco pelo Poder Público acordado em audiência ou pela Farmácia Estadual de Medicamentos Especializados (FEME).

Conclui-se que a maior parte das tutelas provisórias concedidas foram efetivadas, apesar de terem sido satisfeitas em um tempo consideravelmente maior que o estipulado na decisão. Por outro lado, percebeu-se que o cumprimento das medidas não foi influenciado pelo prazo estabelecido e nem pelo meio coercitivo imposto.

4.4.2.3 Análise da efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos inseridos e não inseridos na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

Entre os 65 (sessenta e cinco) processos analisados, constatou-se 13 (treze) nos quais o objeto da tutela provisória é o fornecimento de medicamentos incluídos e não incluídos na política pública de saúde do SUS, cumulativamente.

Dentre esses, em 09 (nove) constatou-se o cumprimento da tutela provisória, parcial ou totalmente.

Nas tutelas provisórias satisfeitas parcialmente pelo Poder Público o prazo para tanto variou entre 22 (vinte e dois) e 251 (duzentos e cinquenta e um) dias, em 03 (três) processos.

O processo 0818723-51.2018.8.10.0001 foi ajuizado visando a obtenção dos medicamentos LOSARTANA 50mg; FLUX SR 1,5mg; SINVASTATINA 40mg; SOMALGIN CARDIO 100mg; CONCOR 2,5mg; ARTROGEN DUO; FIXARE; ARTRODAR 50mg; e MUSCULARE 10mg. Entretanto, foram disponibilizados ao autor – que é idoso – apenas os fármacos LOSARTANA e SINVASTATINA, que são propriamente os únicos, entre os pleiteados, inseridos no RENAME, após 22 (vinte e dois) dias da intimação dos entes públicos. Quanto aos demais, não houve informação a respeito da existência de terapia alternativa ofertada pelo SUS. Logo, apesar do fornecimento célere quanto aos inseridos no RENAME, os demais não foram ofertados até o momento da pesquisa.

O processo 0826189-33.2017.8.10.0001 pleiteou os medicamentos HALDOL 01 mg, DEPAKENE 500 mg; NEOZINE (CLORIDRATO DE LEVOMEPRIMAZINA) 100 mg

e FERNEGAM 25 mg, dentre os quais somente o Neozine não está inserido no RENAME. A decisão foi proferida em 03/08/2017, mas a audiência UNA só ocorreu em 11/04/2018, ocasião em que o Município de São Luís comprometeu-se a fornecer um medicamento. Logo, o fornecimento parcial dos fármacos pleiteados ocorreu 251 (duzentos e cinquenta e um) dias após a intimação dos entes fazendários.

Percebe-se uma discrepância quanto ao lapso temporal para fornecimento de medicamento pleiteado, apesar de parcial em ambos.

A satisfação integral, por sua vez, aconteceu em 06 (seis) processos. No entanto, em 03 (três) processos houve o deferimento de pedido de bloqueio judicial quanto aos medicamentos não inseridos no RENAME cumulado com o fornecimento espontâneo pelos entes, quanto aos inseridos no RENAME. Em 02 (dois) houve o bloqueio do valor para compra de todos os fármacos, apesar de alguns constarem no RENAME, devido à inércia dos entes fazendários. E em apenas 01 (um) processo houve acordo integral, o de nº 0836756-26.2017.8.10.0001, que pleiteava os medicamentos NEOZINE (CLORIDRATO DE LEVOMEPRIMAZINA) 100 mg e o BUPIUM (CLORIDRATO DE BUPROPIONA) 150 mg. Os entes fazendários foram intimados em 18/10/2017, vindo a ter audiência UNA em 30/11/17, oportunidade em que foi acordada a realização de avaliação médica da autora para atestar a imprescindibilidade do fármaco Neozine e fornecimento do fármaco Bupium.

Percebe-se, pois, que os entes fazendários têm certa resistência em fornecer os medicamentos não inseridos nas políticas públicas de saúde, apesar da determinação judicial e do ônus do descumprimento. No entanto, isso não foi óbice, em boa parte dos processos analisados, para que a tutela fosse satisfeita, uma vez que o juízo, quando houve pedido do autor, deferiu o pedido de bloqueio judicial das verbas públicas para compra do fármaco, independentemente do valor do medicamento.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar a efetividade das tutelas provisórias de urgência de natureza antecipada deferidas em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos.

Para isso, optou-se pela análise das tutelas provisórias concedidas em processos judiciais eletrônicos em trâmite perante o Juizado Especial da Fazenda Pública da Comarca da Ilha de São Luís/MA, que tinham com objeto o fornecimento de fármacos, exclusivamente.

Escolheu-se como critérios para a pesquisa: o lapso temporal para a concessão da tutela provisória de urgência pelo juízo; o prazo estipulado na decisão para cumprimento da mesma; o meio coercitivo estabelecido a fim de coagir os entes públicos a cumprirem; e o tempo transcorrido para a efetiva satisfação do direito pleiteado, isto é, para o fornecimento do medicamento requerido.

Com base na análise dos dados do campo de pesquisa, sob a perspectiva da efetividade da tutela jurisdicional, utilizando-se como parâmetro os critérios mencionados, chega-se a determinadas conclusões.

Insta recapitular que o direito fundamental à saúde é um direito social, de cunho prestacional, que depende de ações positivas estatais para que seja concretizado, o que engloba o fornecimento de medicamentos. Apesar do cunho programático do direito, e por ser de atribuição típica do Poder Executivo a sua promoção, entende-se que é possível e viável a sua judicialização, pois cabe ao Judiciário à tutela jurisdicional de todo e qualquer direito fundamental insculpido na Constituição Federal.

Diante dessa possibilidade, entende-se que o instrumento processual apto a concretizar esse direito, em decorrência da urgência na proteção por envolver a saúde – e, conseqüentemente, a vida – do jurisdicionado, é a tutela provisória, especificamente a de urgência de natureza antecipada, nos moldes da legislação processual.

Como a prestação do direito à saúde cabe ao Estado, mais especificamente a todos os entes da Federação, conforme competência comum estipulada pela Carta Magna cabe a estes a assistência farmacêutica à população, o que já faz mediante políticas públicas de saúde, especialmente com o Sistema Único de Saúde (SUS). No entanto, há significativa deficiência no acesso às prestações materiais para a concretização desse direito por parte da população, corolário das infinitas necessidades sociais e limitação de recursos públicos, o que enseja a judicialização do direito à saúde.

Nos processos judiciais analisados, constatou-se que a decisão interlocutória concessiva da tutela provisória de urgência para fornecimento dos medicamentos foi proferida em lapsos temporais diversos, nos quais a tutela de mérito foi concedida mais rapidamente em processos judiciais que não tinham prioridade de tramitação, enquanto que os processos que detinham tal prerrogativa delongaram maior tempo.

Todavia, entende-se que o juízo apreciou as tutelas de urgência em tempo considerado razoável e apto a tutela jurisdicional ser efetiva. Logo, conclui-se que, quanto a prestação da decisão de mérito concessiva da urgência requerida nos processos em comento houve a observância do princípio da duração razoável do processo, assim como o direito à tutela jurisdicional efetiva.

No que tange ao tempo estipulado para cumprimento da tutela provisória, ou seja, para o fornecimento do fármaco pleiteado, entende-se que o juízo não coadunou a necessidade da prestação do caso concreto no momento de estabelecer o prazo na decisão, uma vez que boa parte das tutelas provisórias pleiteadas em favor de pessoa idosa ou com deficiência – que ensejam prioridade no trâmite processual – tiveram prazo mais extenso para cumprimento se comparados a tutelas que não tinham tal característica, nos quais também não se localizou exacerbada urgência para concessão do medicamento.

Ademais, quanto ao meio coercitivo fixado nas decisões – quando foram assentados –, observou-se, igualmente, a não observância das peculiaridades do caso concreto, visto que parte das tutelas provisórias que motivavam a necessidade de fornecimento mais célere, como nos processos com prioridade de tramitação ou com iminente perigo de vida decorrente de grave enfermidade sofrida pelo jurisdicionado, não houve estipulação de meio coercitivo, ou foram estipulados meios inábeis a coagir o demandado a cumprir. Por outro lado, nas tutelas provisórias nas quais não constatou-se vital necessidade de fornecimento rápido do medicamento, a decisão estipulou meio coercitivo gravoso ao demandado.

Com relação ao lapso temporal para a satisfação da tutela provisória, isto é, sua efetividade, optou-se pela averiguação com base na inserção do fármaco na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME).

Nas tutelas provisórias cujo objeto é o fornecimento de fármaco inserido no RENAME, exclusivamente, percebeu-se que o fornecimento do fármaco por parte do ente público ocorreu em todos os processos. No entanto, o lapso temporal para fornecimento foi discrepante entre os mesmos, diferença essa considerada injusta, pois nos processos judiciais nos quais havia justificativa para fornecimento mais célere (prioridade de tramitação ou iminente risco de vida do jurisdicionado) foram efetivados mais tardiamente que outros que não

tenham tal prerrogativa. Observou-se, ainda, que em apenas 01 (um) processo houve o cumprimento dentro do prazo estipulado pelo juízo, sem influência do meio coercitivo estipulado.

Apesar da morosidade em boa parte dos processos até a concretização do direito pleiteado, pode-se concluir que a tutela provisória foi um meio processual apto à consecução do fármaco requerido, os quais foram – em maior ou em menor tempo – disponibilizados espontaneamente pelo ente fazendário mediante os órgãos competentes, sem necessidade de bloqueio judicial. Logo, entende-se que houve efetividade da tutela provisória de urgência.

Já os processos judiciais nos quais se pleiteou medicamentos não inseridos na política pública de saúde, no RENAME, compreendendo maior parte das ações analisadas, constatou-se a predominância da satisfação da tutela por meio de bloqueio judicial das verbas públicas, mas que também concretizava-se por fornecimento espontâneo pelos entes públicos, em lapso temporal incongruente com a singularidade da lide – prioridade de tramitação –, sem cumprimento no prazo fixado e sem interferência do meio coercitivo estipulado.

Todavia, em maior parte dos feitos constatou-se a satisfação do objeto da medida, independentemente do fornecimento ter sido espontâneo ou por aquisição por valores bloqueados das verbas públicas, sem considerar o valor do medicamento pleiteado. Deste modo, entende-se pela efetividade da tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos essenciais para a sobrevivência do jurisdicionado, mesmo que não inseridos nas políticas públicas de saúde.

Por fim, quanto aos processos judiciais em que houve pleito cumulativo de medicamentos inseridos e não inseridos no RENAME, percebeu-se o cumprimento das tutelas de forma parcial e integral, sendo perceptível a disponibilização do fármaco inserido na política pública de saúde pelo ente público, em detrimento ao não inserido nessa, havendo certa resistência – independentemente do tempo estipulado e meio coercitivo –, hipótese em que houve, em boa parte, o bloqueio judicial das verbas públicas, independentemente do valor do fármaco. Logo, apesar da persistência em não fornecer o fármaco não inserido no RENAME, entende-se que houve efetividade da tutela provisória no seu objeto, uma vez que em boa parte das tutelas houve o bloqueio judicial das verbas públicas quanto aos fármacos não fornecimentos pelo ente fazendário, independentemente do valor do medicamento.

Apesar de parte das tutelas provisórias não terem tido a informação quanto ao cumprimento da medida, boa parte delas houve a satisfação do direito, obstante ter ocorrido em um lapso temporal consideravelmente maior que o estipulado pelo magistrado.

Em suma, a presente pesquisa corroborou o entendimento acerca da efetividade da tutela provisória de urgência concedida em face do Poder Público para fornecimento de medicamentos, chegando-se a conclusão de que cumprem o seu objetivo, uma vez que boa parte das medidas de urgência foi cumprida, voluntariamente ou não pelo ente público demandado, apesar do lapso temporal, mas que não se constatou perecimento do direito nos processos sob análise pela demora no fornecimento.

Não obstante, a ausência de padronização nas decisões judiciais, no que tange, principalmente, ao meio coercitivo estipulado e ao prazo razoável para o cumprimento da medida, prejudica consideravelmente a prestação jurisdicional, uma vez que a estipulação aleatória desses acaba ensejando uma descrença e desvalorização do teor do *decisium*, o que afeta o próprio cumprimento por parte do demandado.

Ademais, a ausência de atenção quanto às peculiaridades do caso concreto para a fixação do tempo para cumprimento e meio coercitivo também pode prejudicar consideravelmente a tutela jurisdicional efetiva, uma vez que o fornecimento do fármaco pode ser crucial para determinadas ocasiões nas quais a necessidade é premente, que devem ser fornecidas de forma mais célere, em detrimento a outras, consideradas menos urgentes, que podem aguardar um prazo maior.

O artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe ser dever dos tribunais a uniformização da sua jurisprudência, mantendo-a estável e coerente. Tal dispositivo decorre do sistema de precedentes judiciais, demonstrando-se a necessidade de compatibilização das decisões proferidas pelos tribunais, o que corrobora o princípio da segurança jurídica, assim como a previsibilidade da atuação jurisdicional.

Deste modo, quando há a atuação jurisdicional em desconformidade com o entendimento do tribunal, sem coerência e instável, desrespeita-se o referido dispositivo legal, trazendo malefícios aos jurisdicionado e à toda coletividade, devendo, portanto, o juízo se ater às circunstâncias da lide a fim de satisfazê-la de forma justa, dando às partes segurança jurídica e previsibilidade.

REFERÊNCIAS

- ALEXYS, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores LTDA., 2011.
- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das políticas Públicas no Brasil**. 1. Ed. (ano 2005), 5ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2012. 304p.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. (e-book).
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília: Senado, 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BULOS. Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 (e-book).
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (e-book).
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (e-book).
- DUTRA, Luciano. **Direito Constitucional Essencial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. (e-book).
- MAMELUK, Lethícia Andrade. **Consequências da judicialização do direito à saúde**. Artigos Portal E-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2012. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/consequ%C3%A2ncias-da-judicializa%C3%A7%C3%A3o-do-direito-%C3%A0-sa%C3%BAde>>. Acesso em 15. set. 2018.
- MARANHÃO. **Processos Judiciais autuados entre 01/06/2017 e 30/06/2018 com tutela provisória de urgência para fornecimento de medicamentos em face da Fazenda Pública**. São Luís: Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís, 2018. Coleta de dados em 23/10/2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. (e-book).
- _____, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Artigos Portal E-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, 2011. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/o-direito-%C3%A0-tutela-jurisdicional-efetiva-na-perspectiva-da-teoria-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em 09. ago. 2018.

_____, Luiz Guilherme. **Tutela Provisória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. (e-book).

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (e-book).

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Tratado de Direito Constitucional**. Vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book).

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017 (e-book).

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Fazenda Pública e Execução**. 1ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. (e-book).

PEPE, Vera Lúcia Edais; SCHRAMM, Fermin Roland; SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam. **Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde**. Physis Revista de Saúde Coletiva. pgs. 77-100. 2010. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v20n1/a06v20n1.pdf>>. Acesso em 08. set. 2018.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico**. 2. Ed. Feevale: Novo Hamburgo, 2013. (e-book).

SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-135442/pt-br.php>>. Acesso em 15. out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 196. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lênio L. _____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.931-1944).

_____, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SOARES, Hector Cury. **Não levando os custos dos direitos a sério: o direito prestacional à saúde pelo Supremo Tribunal Federal**. R. Dir. sanit., São Paulo v.16 n.2, p. 29-51, jul./out. 2015. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwi brc7P9dPdAhWCjJAKHYsfD-oQfjACegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.revistas.usp.br%2Frdisan%2Farticle%2Fdownload%2F106882%2F105502&usg=AOvVaw1KxB1js3KAYJqqqOVhjA20>>. Acesso em 28. out. 2018.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. I. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (e-book).

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2005. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2021/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MARCIA%20ZOLLINGER.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01. abr. 2017.

ANEXO A - Processos judiciais com tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís

ANEXO A - Processos judiciais com tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos em trâmite no Juizado Especial da Fazenda Pública do Termo Judiciário de São Luís

Processos judiciais com tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública para fornecimento de medicamentos ¹							
Processo ²	Ajuizamento	Prioridade	Fármaco(s) no RENAME ³	Decisão	Prazo fixado	Meio coercitivo	Tempo de satisfação
0818799-12.2017	02/06/2017	Não	Sim	07/06/2017	03 dias	Nenhum	30 dias
0819581-19.2017	08/06/2017	Não	Não	08/06/2017	48 horas	Bloqueio judicial	169 dias
0820577-17.2017	16/06/2017	Sim	Não	21/06/2017	48 horas	Bloqueio judicial	Não informado
0821002-44.2017	21/06/2017	Não	Não	21/06/2017	48 horas	Multa diária	156 dias
0821309-95.2017	22/06/2017	Sim	Parcial	23/06/2017	48 horas	Multa diária	203 dias
0821363-61.2017	23/06/2017	Não	Não	23/06/2017	48 horas	Multa diária	41 dias
0822706-92.2017	04/07/2017	Não	Não	11/07/2017	48 horas	Multa diária	37 dias
0822735-45.2017	04/07/2017	Não	Não	11/07/2017	10 dias	Multa diária	65 dias
0822740-67.2017	04/07/2017	Não	Sim	11/07/2017	48 horas	Multa diária	72 dias
0824095-15.2017	12/07/2017	Não	Não	26/07/2017	72 horas	Nenhum	56 dias
0825096-	18/07/2017	Sim	Não	20/07/2017	48 horas	Multa diária	29 dias

¹ Adaptado de Maranhão (2018)

² Numeração única dos processos judiciais, conforme Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Como tratam-se de processos de São Luís, Maranhão, a terminação compreende "8.10.0001".

³ Medicamento(s) pleiteado(s) inserido(s), total ou parcialmente, na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

35.2017							
0826189-33.2017	26/07/2017	Não	Parcial	03/08/2017	5 dias	Multa diária	251 dias
0827592-37.2017	08/08/2017	Sim	Parcial	15/08/2017	48 horas	Multa diária	57 dias
0827613-13.2017	08/08/2017	Não	Não	11/08/2017	5 dias	Multa diária	143 dias
0828182-14.2017	10/08/2017	Sim	Não	21/08/2017	5 dias	Multa diária	229 dias
0829174-72.2017	18/08/2017	Sim	Não	21/08/2017	Não	Nenhum	194 dias
0829323-68.2017	20/08/2017	Não	Não	21/08/2017	10 dias	Multa diária	160 dias
0830820-20.2017	29/08/2017	Não	Não	30/08/2017	10 dias	Multa diária	185 dias
0830914-65.2017	30/08/2017	Não	Parcial	30/08/2017	10 dias	Multa diária	183 dias
0831670-74.2017	01/09/2017	Não	Não	04/09/2017	10 dias	Multa diária	35 dias
0832826-97.2017	12/09/2017	Sim	Não	13/09/2017	10 dias	Multa diária	Não informado
0833684-31.2017	15/09/2017	Não	Não	22/09/2017	5 dias	Multa diária	70 dias
0834712-34.2017	21/09/2017	Não	Não	28/09/2017	5 dias	Multa diária	64 dias
0835632-08.2017	25/09/2017	Não	Não	28/09/2017	5 dias	Multa diária	247 dias
0835954-28.2017	26/09/2017	Não	Parcial	06/10/2017	48 horas	Multa diária	Não informado

¹ Adaptado de Maranhão (2018)

² Numeração única dos processos judiciais, conforme Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Como tratam-se de processos de São Luís, Maranhão, a terminação compreende "8.10.0001".

³ Medicamento(s) pleiteado(s) inserido(s), total ou parcialmente, na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

0836756-26.2017	01/10/2017	Não	Parcial	09/10/2017	5 dias	Multa diária	43 dias
0837662-16.2017	06/10/2017	Não	Não	06/10/2017	48 horas	Multa diária	14 dias
0837726-26.2017	06/10/2017	Não	Não	09/10/2017	5 dias	Multa diária	134 dias
0838152-38.2017	09/10/2017	Sim	Parcial	10/10/2017	10 dias	Multa diária	190 dias
0838393-12.2017	11/10/2017	Sim	Não	16/10/2017	10 dias	Multa diária	Não informado
0838746-52.2017	15/10/2017	Sim	Não	16/10/2017	5 dias	Multa diária	Não informado
0839160-50.2017	17/10/2017	Sim	Não	19/10/2017	10 dias	"penas da lei"	308 dias
0840234-42.2017	23/10/2017	Sim	Não	24/10/2017	5 dias	Nenhum	38 dias
0840861-46.2017	26/10/2017	Não	Parcial	26/10/2017	10 dias	Bloqueio judicial	Não informado
0841618-40.2017	31/10/2017	Sim	Não	31/10/2017	10 dias	Nenhum	111 dias
0842418-68.2017	06/11/2017	Sim	Não	07/11/2017	48 horas	"penas da lei"	224 dias
0847639-32.2017	11/12/2017	Sim	Não	12/12/2017	5 dias	Multa diária	145 dias
0847659-23.2017	11/12/2017	Não	Não	12/12/2017	5 dias	Nenhum	Não informado
0848378-05.2017	14/12/2017	Não	Não	15/12/2017	10 dias	Multa diária	155 dias
0849327-	19/12/2017	Sim	Sim	01/01/2018	5 dias	Multa diária	100 dias

¹ Adaptado de Maranhão (2018)

² Numeração única dos processos judiciais, conforme Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Como tratam-se de processos de São Luís, Maranhão, a terminação compreende "8.10.0001".

³ Medicamento(s) pleiteado(s) inserido(s), total ou parcialmente, na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

29.2017							
0850379-60.2017	28/12/2017	Não	Não	08/01/2018	5 dias	Bloqueio judicial	Não informado
0850381-30.2017	28/12/2017	Não	Não	08/01/2018	5 dias	Bloqueio judicial	269 dias
0802002-24.2018	21/01/2018	Sim	Não	22/01/2018	10 dias	Multa diária	68 dias
0802114-90.2018	22/01/2018	Sim	Não	22/01/2018	10 dias	Multa diária	Não informado
0807302-64.2018	26/02/2018	Sim	Sim	27/02/2018	10 dias	Multa diária	32 dias
0808053-51.2018	02/03/2018	Sim	Sim	05/03/2018	5 dias	Multa diária	9 dias
0808075-12.2018	02/03/2018	Sim	Parcial	02/03/2018	5 dias	Multa diária	194 dias
0809241-79.2018	10/03/2018	Sim	Parcial	26/03/2018	5 dias	Multa diária	160 dias
0810136-40.2018	16/03/2018	Sim	Não	20/03/2018	5 dias	Multa diária	130 dias
0810579-88.2018	20/03/2018	Sim	Não	26/03/2018	10 dias	Nenhum	140 dias
0811463-20.2018	26/03/2018	Sim	Não	24/05/2018	10 dias	Multa diária	26 dias
0813036-93.2018	06/04/2018	Sim	Não	26/04/2018	5 dias	Multa diária	144 dias
0815681-91.2018	19/04/2018	Sim	Não	25/04/2018	5 dias	Multa diária	Não informado
0815682-76.2018	19/04/2018	Não	Não	25/04/2018	5 dias	Multa diária	17 dias

¹ Adaptado de Maranhão (2018)

² Numeração única dos processos judiciais, conforme Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Como tratam-se de processos de São Luís, Maranhão, a terminação compreende "8.10.0001".

³ Medicamento(s) pleiteado(s) inserido(s), total ou parcialmente, na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)

0815684-46.2018	19/04/2018	Sim	Não	26/04/2018	10 dias	Multa diária	Não informado
0818723-51.2018	05/05/2018	Sim	Parcial	08/05/2018	5 dias	Multa diária	22 dias
0819382-60.2018	09/05/2018	Sim	Não	09/05/2018	10 dias	Multa diária	48 dias
0820040-84.2018	12/05/2018	Não	Parcial	14/05/2018	10 dias	Multa diária	Não informado
0820834-08.2018	16/05/2018	Sim	Não	17/05/2018	10 dias	Multa diária	90 dias
0821767-78.2018	20/05/2018	Não	Não	21/05/2018	10 dias	Multa diária	Não informado
0823931-16.2018	31/05/2018	Sim	Não	05/06/2018	10 dias	Multa diária	62 dias
0824925-44.2018	07/06/2018	Não	Sim	11/06/2018	10 dias	Multa diária	1 dia
0826720-85.2018	18/06/2018	Não	Não	18/06/2018	5 dias	Multa diária	62 dias
0826924-32.2018	19/06/2018	Sim	Parcial	19/06/2018	10 dias	Multa diária	Não informado
0827830-22.2018	21/06/2018	Sim	Não	25/06/2018	5 dias	Multa diária	Não informado

¹ Adaptado de Maranhão (2018)

² Numeração única dos processos judiciais, conforme Resolução nº 65, de 16 de dezembro de 2008, do Conselho Nacional de Justiça. Como tratam-se de processos de São Luís, Maranhão, a terminação compreende "8.10.0001".

³ Medicamento(s) pleiteado(s) inserido(s), total ou parcialmente, na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)