UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
LETÍCIA ELIAS PREVE

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Tubarão
2019

LETÍCIA ELIAS PREVE

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Linha de pesquisa Saúde, judicialização e sociedade.

Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo, Msc.

Tubarão

2019

LETÍCIA ELIAS PREVE

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Esta Monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 24 de junho de 2019.

Professora e orientadora Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Agenor de Lima Bento, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Alexsander Fernandes Mendes, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico esse trabalho aos meus pais Gilmar e Luciana e minha irmã Larissa, por todo amor, compreensão e incentivo, e por tanto me ensinarem a importância da honestidade e dedicação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus pelo dom da vida e por ter me proporcionado chegar até aqui com saúde e força para superar todas as dificuldades.

A minha mãe, Luciana Aparecida Costa Elias Preve, ao meu pai Gilmar Damian Preve e a minha irmã Larissa Elias Preve, por toda a dedicação, amor, cuidado, paciência, proteção, contribuindo para que eu pudesse ter um caminho mais fácil e prazeroso durante esses cinco anos e que não mediram esforços para que pudesse chegar até aqui. Grata por ter a melhor família, devo tudo à vocês.

Agradeço à toda família pelo carinho.

Agradeço ao meu orientador Lester Marcantonio Camargo, por contribuir com seus ensinamentos para um melhor aprendizado, de forma paciente e dedicada.

Agradeço aos professores que contribuíram para minha formação, exercendo a profissão com maestria, em especial, o professor Rodrigo Barreto que tanto tem me auxiliado com seus ensinamentos, tornando o direito mais alegre.

As minhas amigas, Isabella Pereira, Ana Cláudia Bitencourt e Isabella Machado, por estarem comigo nessa longa jornada, tornando meus dias mais felizes, divertidos e prazerosos, facilitando o caminho até aqui.

As minhas amigas Yasmin de Oliveira Leandro, Lais Cardoso, Aline Talita e Jéssica Serafim, por estarem comigo, fazendo meus dias melhores, divertidos e não me deixando desanimar.

A minha colega de trabalho e amiga, Débora Powala, por todo carinho, cuidado, compreensão, dedicação, paciência e por todos os seus ensinamentos que transmite com excelência, tornando meus dias felizes e agradáveis.

A minha amiga Estefany Rocha de Oliveira, por estar sempre comigo, fazendo meus dias mais leves, aprendendo e ensinando juntas a disciplina e a constância dos estudos e do aprendizado, de forma mais divertida.

A todos os colegas de trabalho da Justiça Federal por tornarem o trabalho mais prazeroso e dinâmico, especialmente a diretora Fernanda Fernandes, por todos os ensinamentos e pela oportunidade de aprendermos cada vez mais.

Ao meu amigo João Maurício de Souza Netto, por todo carinho e cuidado, por estar sempre comigo, me ajudando com seus ensinamentos durante a longa jornada.

“Que todos os nossos esforços estejam sempre focados no desafio à impossibilidade. Todas as grandes conquistas humanas vieram daquilo que parecia impossível. ” (Charles Chaplin).

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar os entendimentos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos acerca da tutela provisória de urgência como instrumento para efetivação do direito à saúde, bem como as possibilidades e limites da judicialização da saúde. O método de abordagem desta pesquisa, é o dedutivo, uma vez que utiliza-se de entendimento doutrinários, jurisprudenciais e legislativos, para análise efetiva dos argumentos que cercam a situação problema. Quanto ao nível, a pesquisa é exploratória; quanto à abordagem é qualitativa; quanto ao procedimento utilizado para a coleta de dados é bibliográfica e documental. De acordo com a doutrina e a jurisprudência, a tutela provisória de urgência tem mostrado sua efetividade nas ações que versam sobre a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o paciente portador da moléstia inicia o tratamento de forma mais célere, não precisando aguardar todo o trâmite processual para satisfazer seu direito à saúde. Assim, restaram demonstradas as possibilidades e limites dentro da judicialização da saúde na concessão de medicamentos e tratamentos médicos não incorporados em atos normativos do SUS e sem o registro na ANVISA, de modo que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, fixaram limites nessas situações, expondo as regras e os casos excepcionais. O resultado, destarte, é que a tutela de urgência satisfativa (ou antecipada) é efetiva na judicialização da saúde no que concerne as ações de medicamentos. Conclui-se que a questão da judicialização da saúde não é simples, uma vez que deve ser observado o direito à saúde, juntamente com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, e por outro lado, a reserva do possível e a inexorável escassez financeira do Estado, na qual, não se pode destinar todo orçamento para um único indivíduo enquanto deveria ser destinado a toda coletividade, é preciso haver um sopesamento de valores. O tribunais firmaram entendimento que a reserva do possível não pode servir de óbice a efetivação do direito à saúde, uma vez que está intimamente ligado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado. Ademais, nos casos de reversibilidade da tutela provisória nas ações de medicamentos ou tratamentos médicos, a doutrina e a jurisprudência entendem pela desnecessidade da parte autora em devolver os valores auferidos.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Tutela provisória. Direito à saúde.

ABSTRACT

The purpose of this monographic work is to analyze the doctrinal, jurisprudential and legislative understandings about the provisional protection of urgency as an instrument for the realization of the right to health, as well as the possibilities and limits of the judicialization of health. The method of approach of this research is the deductive one, since it is used of doctrinal, jurisprudential and legislative understanding, for effective analysis of the arguments that surround the problem situation. As for the level, the research is exploratory; the approach is qualitative; the procedure used for data collection is bibliographical and documentary. According to the doctrine and jurisprudence, the provisional emergency care has shown its effectiveness in the actions that deal with the granting of medicines or medical treatments, since the patient suffering from the disease starts the treatment more quickly, not having to wait process to satisfy their right to health. Thus, the possibilities and limits within the judicialization of health in the granting of medicines and medical treatments not incorporated in normative acts of the SUS and without registration in ANVISA have remained demonstrated, so that the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court set limits exposing the rules and exceptional cases. It is concluded that the question of the judicialization of health is not simple, since the right to health must be observed, together with the dignity of the human being and the existential minimum, and on the other hand, the reservation of the possible and inexorable shortage financial framework of the State, in which it is not possible to destine every budget for a single individual while it should be destined to all collectivity, it is necessary to have a balance of values. The courts have established an understanding that the reservation of the possible can not be an obstacle to the realization of the right to health, since it is closely linked to the right to life, a much greater legal protection. In addition, it is concluded that in cases of reversibility of provisional protection in actions of drugs or medical treatments, doctrine and jurisprudence understand the author's lack of need to return the amounts earned.

Keywords: Judicialization of health. Temporary custody. Right to health.

LISTA DE SIGLAS

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AIDS – Acquired Immunodeficiency Syndrome (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)

AREsp – Agravo Regimental em Agravo em Regime Especial

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EDcl – Embargos de Declaração

ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

HIV - Vírus da Imunodeficiência Humana.

RJ – Rio de Janeiro

SUS – Sistema Único de Saúde

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TRF – Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 10
1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA 10
1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA 12
1.3 HIPÓTESE 12
1.4 DEFINIÇÃO DO CONCEITO OPERACIONAL 12
1.5 JUSTIFICATIVA 13
1.6 OBJETIVOS 14
1.6.1 Objetivo Geral 14
1.6.2 Objetivos Espefícios 14
1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO 14
1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS 15
2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE 16
2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO 16
2.1.1 Princípios fundamentais 20
2.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana 20
2.1.1.2 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade 22
2.1.1.3 Princípio da Reserva do Possível 23
2.1.1.4 Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia 25
2.1.1.5 Princípio da Universalidade 26
2.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE 27
2.2.1 Judicialização da saúde no Brasil 29
2.2.2 Requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS e sem registro na ANVISA 31
2.2.3 Competência comum dos entes federativos 33
3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA 36
3.1 TUTELA DE URGÊNCIA 37
3.1.1 Requisitos para a concessão da tutela de urgência 39
3.1.1.1 Espécies de tutela de urgência 40
3.1.1.1.1 Tutela de urgência antecipada (satisfativa) 42
3.1.1.1.2 Tutela cautelar (conservativa) 48
3.1.1.2 Cabimento e efeitos da tutela de urgência contra a Fazenda Pública 49
4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A TUTELA DE URGÊNCIA 51

4.1 A EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE 51
4.1.1 Recorribilidade das decisões de (in)deferimento da tutela de urgência 53
4.2 DIREITO À SAÚDE VS RESERVA DO POSSÍVEL 54
4.3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE 57
4.3.1 Ação impugnativa contra a tutela estabilizada 59
4.4 EFEITOS DA REVERSIBILIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA 60
5 CONCLUSÃO 64
REFERÊNCIAS 66
. 66

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico trata da tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação do direito à saúde, mais especificamente nas ações para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, analisando as possibilidades e limites da judicialização da saúde, observando por um lado o direito fundamental à saúde, que está diretamente atrelado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado, e por outro lado, a reserva do possível e a inexorável escassez financeira do Estado.

Inicialmente, faz-se necessário a exposição do tema com sua problematização, descrevendo a situação problema que acomete o presente trabalho, demonstrando na justificativa os motivos para sua escolha, na tentativa de encontrar uma resposta para o problema. Em seguida, serão demonstrados os objetivos gerais e espefícios, bem como o delineamento da pesquisa, procedimentos metodológicos e a estruturação da monografia.

1.1 DESCRIÇÃO DA SITUAÇÃO PROBLEMA

O direito á saúde está esculpido na Cosntituição Federal de 1988, no art. 196, como sendo um “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).

A saúde está diretamente atrelada ao direito á vida, bem maior jurídico tutelado, devendo o Estado garantir mediante políticas públicas a concretização desse direito, observando o princípio da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a igualdade, proporcionalidade e a universalidade.

Os direitos fundamentais são aqueles indispensáveis para a vida humana, uma vez que possuem o condão para garantir as pessoas uma vida digna, livre e igual. Dessa forma, é dever do Estado concretizá-los e incorporá-los à todos os cidadãos (CÉSAR; PINHO, 2012, p. 96).

Em que pese o direito à saúde estar consagrado na Lei Maior, a saúde pacede de enfermidades, havendo uma reiterada prática de omissão por parte do Estado, motivo pelo qual, as pessoas mais necessitadas precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de satisfazerem seus direitos.

Por esse motivo, a judicialização da saúde está aumentando de forma desacelerada, uma vez que o Poder Judiciário acaba sendo a única forma de concretizar o

direito à saúde das pessoas, determinando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos pelo Poder Público, sendo responsáveis solidários para tanto, os Municípios, os Estados, o Distrito Federal e a União.

Nesse sentido, o art. 23, II, da Constituição Federal de 1988, dispõe acerca da competência comum dos entes federativos no cuidado "da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadores de deficiência" (BRASIL, 1988).

A questão da judicialização da saúde, não é simples de ser tratada, uma vez que o juiz precisar decidir observando o direito à saúde do autor, juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, e por outro lado, a reserva do possível e os recursos escassos no orçamento financeiro do Estado.

A reserva do possível é argumento bastante utilizado pelo Estado como óbice a efetivação do direito á saúde, uma vez que alega não ser possível destinar verba a somente um indivíduo, enquanto toda a coletividade é prejudicada.

O Judiciário vem entendendo que a falácia argumentiva de reserva do possível, não pode servir de óbice a efetivação do cumprimento das obrigações constitucionais do Estado (VASCONCELOS, 2016, p. 725).

Salienta-se que o crescimento da judiciação da saúde possui seus aspectos negativos, como por exemplo, a desorganização na fila do SUS. Todavia, possui aspectos positivos, como toma-se de exemplo, o prazo de 60 dias para início ao tratamento de câncer, em pacientes portadores de câncer maligno. Outro ponto positivo da judicialização da saúde, é o fornecimento de medicamentos para HIV. (GEBRAN NETO, 2019, p. 126-127).

Posto isso, cabe ressaltar a urgência presente nas ações de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que a delonga no trâmite processual, pode agravar a doença do paciente, ou no pior dos casos, leva-lo à óbito.

Por esse motivo, é bastante comum o petitório de antecipação da tutela, para que o direito à saúde, tenha efeitos antes de proferida a sentença, no final do processo. A tutela provisória de urgência, tem mostrado sua eficiência nessas ações, uma vez que tem precisa de um medicamento ou tratamento médico tem urgência. Para a concessão da tutela, exige-se alguns requisitos, devendo o juiz analisar caso a caso.

O Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, decidiram recentemente, fixar alguns limites no fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, bem como para medicamentos sem o registro na ANVISA.

Assim, se verifica a efetividade da tutela provisória de urgência nas ações de medicamentos ou tratamentos médicos bem como as possibilidades e limites dentro da

judicialização da saúde, observando-se por um lado o direito á saúde, juntamente com a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, e por outro lado, a reserva do possível e a inexorável escassez de recursos financeiros do estado

1.2 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Na judicialização da saúde, a tutela provisória de urgência de natureza antecipada tem se mostrado instrumento eficiente para a concretização do direito à saúde?

1.3 HIPÓTESE

Na judicialização da saúde, a tutela provisória de urgência antecipada tem mostrado sua efetividade, uma vez que antecipa a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, fazendo com que o paciente inicie de forma mais célere o tratamento pleiteado.

Ademais, faz-se necessário observar os requisitos para a concessão da tutela, juntamente com os requisitos para o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos não incluídos em atos normativos do SUS e sem registro na ANVISA, conforme decidido recentemente pelos Tribunais Superiores Brasileiros.

Ainda, em casos de revogação da tutela, a doutrina e jurisprudência firmaram entendimento pela desnecessidade de responsabilização do autor, uma vez que trata-se de verba alimentar e valor irrepetível.

1.4 DEFINIÇÃO DO CONCEITO OPERACIONAL

Judicialização da saúde: A judicialização da saúde "refere-se à busca do Judiciário como a última alternativa para obtenção do medicamento ou tratamento ora negado pelo SUS" (SILVA, 2013).

Tutela provisória de urgência antecipada: a tutela antecipada ou "satisfativa, por seu turno, tem a finalidade de realizar, desde logo, um direito, sem qualquer ligação com outro direito. Há, aqui, "execução-para-segurança". (CUNHA, 2018. p. 301).

1.5 JUSTIFICATIVA

A judicialização da saúde vem sendo objeto de grande repercussão nos tribunais, uma vez que é preciso decidir entre o direito á saúde, juntamente com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, e por outro lado, a alegação da reserva do possível que acompanha a inexorável escassez de recursos financeiros do Estado. Em que pese o direito à saúde estar diretamente atrelado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado, consagrado na Constituição Federal de 1988, a saúde padece de enfermidades, de modo que a estrutura financeira do Estado não se mostra suficiente para atender toda a demanda que lhe é imposta.

Divergem-se os entendimentos acerca da questão, tendo em vista a alegação do Estado de não ser possível destinar um medicamento ou um tratamento de alto custo para uma única pessoa, quando toda a verba destinada a coletividade é prejudicada. Por esse motivo, é preciso uma análise de valores, de modo que não possa prejudicar o direito à saúde de alguém, bem como não causar grave dano ao Estado.

A jurisprudência majoritária, firmou entendimento que a reserva do possível não pode servir de óbice a efetivação do direito à saúde das pessoas, uma vez que está diretamente ligado ao direito á vida, bem maior jurídico tutelado. Assim, é necessário uma análise sobre a ponderação de valores. Ademais, os tribunais superiores firmaram tese recentemente, impondo limites ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos que não estejam em atos normativos do SUS, e também se manifestaram sobre a concessão dos fármarcos sem registro na ANVISA, fixando requisitos para tanto.

É evidente a urgência nas ações judiciais para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o autor da ação é acometido por alguma moléstia que prejudica sua saúde, e nos casos de delonga processual a doença pode se agravar ou na pior das hipóteses, levar o paciente à óbito. Por esse motivo, é comum o pedido de antecipação de tutela, para que o direito à saúde seja concretizado de forma mais célere, onde a pessoa necessitada da início ao tratamento sem precisar aguardar o trâmite processual.

A tutela provisória de urgência tem mostrado sua efetividade, uma vez que antecipa o tratamento de saúde requerido. Nos casos de revogação da tutela, foi firmado entendimento majoritário pela desnecessidade de devolver os valores auferios, uma vez que se trata de verba alimentar, sendo valor irrepetível. (SCHULZE, 2016). Desse modo, faz-se necessário salientar a efetividade da tutela provisória de urgência, bem como as possibilidades e limites dentro da judicialização da saúde na concessão de medicamentos ou tratamentos médicos.

1.6 OBJETIVOS

1.6.1 Objetivo Geral

Analisar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da tutela provisória de urgência como instrumento de efetivação na judicialização da saúde, bem como as possibilidades e limites dentro da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos pelo Poder Judiciário.

1.6.2 Objetivos Espefícios

a) Ressaltar a importância do direito fundamental à saúde.

b) Verificar as possibilidades e limites da judicialização da saúde, observando o direito à saúde e reserva do possível.

c) Analisar a efetividade da tutela provisória de urgência e os efeitos da reversibilidade.

1.7 DELINEAMENTO METODOLÓGICO

O método de abordagem do presente trabalho, é o método dedutivo, uma vez que parte de exposições jurisprudenciais, doutrinárias e legislativas, a fim de encontrar uma solução para a problematização proposta, com base no ordenamento jurídico brasileiro. O método dedutivo "parte do conhecimento de dados universais para a conclusão de questões mais específicas, particulares". (HEERDT; LEONEL. 2007, p. 43).

Quanto ao nível, o presente estudo se caracteriza pela natureza exploratória, tendo em vista que faz uma análise acerca da tutela provisória de urgência como instrumento para a efetivação do direito à saúde, bem como as possibilidades e limites dentro da judicialização da saúde, conforme o entendimento doutrinário e jurisprudencial. "O principal objetivo da pesquisa exploratória é proporcionar maior familiaridade com o objeto de estudo". (HEERDT; LEONEL. 2007, p. 63).

No que concerne a abordagem, a pesquisa é qualitativa, uma vez que utiliza o método bibliográfico e documental para realizar a coleta de dados, objetos do estudo. Ressalta-se que o presente trabalho é qualitativo por não analisar nímeros, e sim entendimento doutrinários e jurisprudenciais. Pontua-se que "o objetivo desse tipo de pesquisa é alcançar a

compreensão qualitativa de razões e motivações para a ocorrência de determinado fenômeno. Pretende-se ter uma melhor visão do problema investigado". (NIELSEN; OLIVIO; MORTILHAS, 2017, p. 142).

Por fim, a presente pesquisa utiliza como o procedimento de coleta de dados, o método bibliográfico, haja vista a busca em doutrinas, teses e monografias que tratam do direito à saúde como direito fundamental, bem como da tutela provisória de urgência nas ações de medicamentos ou tratamentos médicos. Destaca-se que "a pesquisa bibliográfica se desenvolve com base em fontes secundárias: livros, revistas, jornais, monografias, teses, dissertações, relatórios de pesquisa, etc". (HEERDT; LEONEL. 2007, p. 92). Ademais, foi realizada a pesquisa documental, uma vez que são analisadas as decisões proferidas pelos Tribunais brasileiros. Segundo Heerdt e Leonel (2007, p. 92), "a pesquisa documental utiliza fontes primárias: documentos oficiais, parlamentares, jurídicos, arquivos particulares, autobiograficas, etc.

1.8 ESTRUTURA DOS CAPÍTULOS

O presente trabalho monográfico é composto pela introdução, três capítulos e ao final, a conclusão, destacando-se o direito à saúde como um direito fundamental, juntamente com a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial que contende com a reserva do possível.

No segundo capítulo, são realizadas exposições acerca do direito fundamental à saúde, bem como os princípios basilares que regem o tema, assim como a atuação do poder judiciário na saúde, os requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS e sem registro na ANVISA, bem como a competência comum dos entes federativos no fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos.

No terceiro capítulo, denota-se os aspectos fundamentais acerca da tutela provisória, os requisitos para sua concessão, bem como as espécies de tutelas de urgência e o seu cabimento contra a Fazenda Pública.

No quarto capítulo, demonstra-se a efetividade da tutela de urgência na judicialização da saúde dentro das possibilidades e limites; a recorribilidade das decisões que versam sobre tutelas provisórias; também a estabilização da tutela antecipada e a ação impugnativa contra essa estabilização. No mais, se verifica os efeitos da reversibilidade da tutela de urgência.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

O passo primordial para compreender o que abordar-se-á neste trabalho, é conceituar uma parte superimportante e elementar do estudo, qual seja o direito à saúde. Ressalta-se que o direito à saúde não fora totalmente omisso nas Constituições passadas, haja vista terem tratado de questões relacionadas à saúde.

Contudo, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, atribuiu a devida importância do direito à saúde, resguardando em seu texto as questões relativas a saúde.

Desse modo, tratar-se-à do direito à saúde como um direito fundamental, sendo evidente sua relação com o direito à vida, bem maior jurídico tutelado, ao passo que para viver de forma digna, é imprescindível o zelo pela saúde.

No mais, faz-se necessário discorrer acerca dos princípios que versam sobre essa temática, bem como o funcionamento e os limites da judicialização da saúde neste âmbito.

2.1 GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEVER DO ESTADO

A saúde é direito de todos e está esculpido no texto da Constituição Federal, como um direito fundamental, ao passo que todo ser humano tem direito a preservação da saúde, devendo o Estado assegurá-la, por meio de políticas públicas.

Os direitos fundamentais possuem o condão de assegurar ao ser humano uma vida digna, igual e livre, são considerados direitos indispensáveis para a vida humana. Dessa forma, é dever do Estado a concretização e a incorporação dos direitos fundamentais, inerentes à todos os cidadãos. (CÉSAR; PINHO, 2012, p. 96).

Para Schulze (2019, p. 27), os direitos fundamentais sociais “nasceram em terras brasileiras com a Constituição de 1934, passando a exigir uma prestação positiva do Estado, com o objetivo de alcançar a isonomia substancial entre os cidadãos”.

Nas palavras de Bulos (2018, p. 1592), a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história, a trazer o direito a saúde como sendo um direito fundamental, ao passo que a vida humana foi entendida pelos constituintes como um bem soberano.

Segundo Bonavides (2012, p. 581), “os direitos da primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos”. Para o autor, “os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o individuo, são oponíveis ao Estado”.

Para Cesar e Pinho (2012, p. 98), “a primeira geração corresponde aos direitos de liberdade, abrangendo direitos individuais e políticos, dentro do modelo clássico da Constituição. São limites impostos à atuação do Estado”. Salienta-se ainda, que “eles significam uma prestação negativa, um *não fazer* do Estado, em prol do cidadão”.

Os direitos da segunda geração, “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade”. (BONAVIDES, 2012, p. 582).

Diferentemente da primeira geração, os direitos de segunda geração “significam uma prestação positiva, um *fazer* do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica”. (CÉSAR; PINHO, 2012, p. 98).

Para Souza (2013, p. 530), “os direitos fundamentais sociais do homem são aqueles garantidos constitucionalmente, fornecidos através de prestações do Estado, que visam garantir uma condição de vida digna a todos os membros da coletividade”.

Destaca-se que os artigos da Constituição Federal, que tratam acerca dos direitos fundamentais, possuem maior eficácia em sua aplicabilidade, sendo notório a aplicação imediata das normas garantidoras em seu art. 5º, §1º quando dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (BRASIL, 1988).

O direito a saúde, objeto central deste estudo, está previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido como um direito social:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O direito à saúde “se consubstancia como um direito de Segunda geração, posto que, se externa como um verdadeiro direito a prestação, ou seja, um direito social prestacional, uma vez que estes necessitam de uma atuação positiva por parte do ente estatal”. (HUMENHUK, 2004).

Em que pese o direito à saúde estar consagrado na Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado, a saúde encontra-se em situação bastante precária, uma vez que a demanda é alta e os recursos são escassos.

O art. 196 da Constituição Federal de 1988, trata acerca do direito a saúde e dispõe que “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).

Para Schulze (2019, p. 27), “os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º da Constituição) e configuram cláusula pétrea (art. 60 da Constituição), razão pela qual não podem ser suprimidos”.

No entanto, “a saúde padece de efermidades profundas, fazendo com que o direito à saúde, enquanto direito fundamental não tenha a total efetivação conforme os ditames constitucionais”. (HUMENHUK, 2004).

Ademais, conforme Humenhuk (2004, p. 12):

> Vivemos em um Estado Social e Democrático de Direito, e o Estado tem a função de dar garantia e eficácia de alguns direitos aos cidadãos, diante disto, os direitos fundamentais, revelam-se, já no próprio sentido da palavra, como fundamental, ou seja, é pressuposto para a vida de qualquer ser humano, pois sem este, não há dignidade humana. Com isto, o direito à saúde se consubstancia em um direito público subjetivo, exigindo do Estado atuação positiva para sua eficácia e garantia.

É forçoso destacar que o direito à saúde não cuida exclusivamente do fornecimento de medicamentos, mas abrange um vasto campo de atuação, devendo o Estado proporcionar condições de vida melhor, pois sabe-se que é de sua responsabilidade realizar atividades em benefício da sociedade, haja vista o direito à saúde estar relacionado “diretamente com a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, que pressupõem o Estado-garantidor, cujo dever é assegurar o mínimo de condições básicas para o indivíduo viver e desenvolver-se”. (TAVARES, 2012, p. 854).

No que concerne às garantias constitucionais, preconiza-se:

> É sabido que as Garantias Constitucionais são imposições ao Poder Público para tutelar o cumprimento e assegurar o exercício dos Direitos Fundamentais. Portanto, a garantia constitucional do Direito à Saúde, prevista na Constituição Federal de 1988, nos Artigos 6°, 196 e seguintes, **tem índole assecuratória, pois a sua finalidade precípua é a de assegurar a observância do exercício do Direito à Saúde, e por conseguinte, do Direito Fundamental à Vida**, consubstanciada no Artigo 5° da Magna Carta de 1988. (NASCIMENTO, 2016).

Destaca-se que é direito de toda a coletividade viver de forma digna, devendo o Estado proporcionar condições de vida nos ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, discorre Barroso (2009, p.10):

> O Estado constitucional de direito gravita em torno da dignidade da pessoa humana e da centralidade dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é o centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como o núcleo essencial de tais direitos.

Além disso, a Lei nº 8.080/1990, dispõe que o Estado tem o dever de garantir a saúde através de políticas econômicas e sociais, que assegurem o acesso universal e igualitário para a sua promoção, proteção e recuperação, de modo que é um direito fundamental inerente à todo ser humano, “devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, salienta-se que “já está consagrado que o Estado possui a obrigação de cumprior vários mandamentos que dão base à teoria dos direitos sociais, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial em saúde”. (SCHULZE, 2019, p. 27).

A Constituição Federal, dispõe em seu artigo 198, acerca dos serviços públicos de saúde, constituindo em um sistema único e organizado, com base nas seguinte diretrizes: “descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade”. (BRASIL, 1988).

Outrossim, estabelece a competência comum dos entes federativos no financiamento do sistema único de saúde, sendo competente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme o parágrafo único do artigo supra mencionado.

Segundo Real (2018, p. 1) “o direito à saúde é um dever do Estado, sendo inerente ao direito à vida com dignidade, concretizando assim o direito fundamental e social, [...] o ser humano é o destinatário destes direitos tutelados”.

Em que pese o direito à saúde estar consagrado na Lei Maior, o Estado é omisso na prestação da saúde, razão pela qual, verifica-se o crescimento desenfreado nas demandas judiciais individuais para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, sendo o Poder Judiciário a única alternativa para concretizar o direito à saúde dos mais necessitados.

A judicialização da saúde não é uma questão simples, tendo em vista que sua aplicação decorre da observância do maior bem jurídico tutelado, que é o direito à vida e a saúde, e por outro lado, a reserva do possível e a falta de recursos financeiros para atender toda à coletividade.

O Poder Judiciário todos os dias precisa decidir acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, tendo que observar o autor de um lado, juntamente com o princípio da dignidade humana e o mínimo existencial e por outro lado, o Estado, com as alegações de reserva do possível e escassez de recursos.

Dessa forma, analisar-se-à as possibilidades e limites dentro da judicialização da saúde, observando o sopesamento entre ambos os lados, bem como a efetividade da tutela de urgência nas ações de medicamentos e tratamentos médicos. Aborda-se em seguida, acerca dos princípios basilares que regem a judicialização da saúde.

2.1.1 Princípios fundamentais

Inicialmente cumpre ressaltar o conceito de princípio, que vem do latim *"principiu"* e segundo o dicionário Aurélio, significa o primeiro impulso dado a uma coisa, é a origem, a causa primária, o que constituiu a matéria. (FERREIRA, 2018).

Para Santos (2015), conceita-se que "princípios são os alicerces da norma, são o seu fundamento em essência, são o refúgio em que a norma encontra sustentação para racionalizar a sua legitimação, são a base de onde se extrai o norte a ser seguido por um ordenamento".

Na Constituição Federal de 1988, os princípios fundamentais encontram-se esculpidos nos artigos 1º ao 4º, tidos como fundamentos da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição dispõe em seu artigo 194 acerca da seguridade social, sendo um "conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 consolidou os princípios no ordenamento jurídico vigente, dessa forma, eles representam as bases, os pilares, os verdadeiros preceitos norteadores, que orientam o intérprete qual o melhor caminho a seguir. (SANTOS, 2010).

Ademais, salienta-se que a aplicação dos princípios se dá de forma mais genérica, pois eles servem como base em muitas situações, advindo de valores adotados pela sociedade e ainda, seguem juntamente com as regras de caráter jurídico.

Assim, os princípios servem como embasamento e fundamento para aplicação de outras normas do sistema jurídico, haja vista ser o ponto de origem, a fonte primária do direito.

Dentre os princípios que regem as relações jurídicas, o intuito deste trabalho monográfico é enfatizar o princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da reserva do possível, universalidade, igualdade e proporcionalidade, conforme exposto a seguir.

2.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana está prevista de antemão já no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, o que infere-se que todo ser humano tem direito a uma vida digna.

Assim, verifica-se que o art. 1º da Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, dispõe que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e

Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 1988).

A doutrina assevera que o princípio da dignidade da pessoa humana precisa ser observado sob três perpectivas, quais sejam: a individual, quando refere-se a cada pessoa; universal, quando trata de todas as pessoas sem qualquer tipo de discriminação e por fim, em âmbito livre, ou seja, cada ser humano é considerado um ser dotado de autonomia. (ANDRADE, 2012, p. 97 apud SCHULZE, 2019, p. 28).

Desse modo, a "dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil é princípio-matriz de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88)". (LENZA, 2019, p. 1772).

Para Schulze (2019, p. 28), o princípio da dignidade da pessoa humana "é um princípio relativo como qualquer outro, mas contempla um valor fundamental para o sistema jurídico, potencializando os direitos fundamentais e o Estado Constitucional".

Nesse sentido, "a dignidade da pessoa humana é o valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do *respeito ao próximo*. Todas as pessoas são iguais e tem direitos a tratamento igualmente digno". (BARROSO, 2011, p. 272).

Para Kant (2005, p. 77-78, apud BARROSO, 2012, p. 272-273), "as coisas têm preço; as pessoas têm dignidade". Assim, "no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade". Assevera o autor que "quando uma coisa têm um preço, pode-se por em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade".

Corrobora-se o entendimento ainda nas palavras do autor, que "a dignidade da pessoa humana está no núcleo essencial dos direitos fundamentais, e dela se extrai a tutela do mínimo existencial e da personalidade humana, tanto na sua dimensão física como moral". (BARROSO, 2011, p. 276).

Dizer que um cidadão tem direito ao mínimo existencial, é o mesmo que dizer que ele tem direito "ao conjunto de bens indispensáveis para satisfação dos seus direitos fundamentais primários. Trata-se de princípio constitucional implícito que configura o núcleo essencial dos direitos fundamentais". Esse conjunto de bens indispensáveis, pressupõe "renda mínima, saúde, moradia e educação fundamental, incluindo ainda um elemento instrumental, de acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos bens materiais". Para o autor, "o grande desafio da função jurisdicional é estabelecer os limites, a extensão e o alcance da dignidade da pessoa humana, vale dizer, de saber quais os fatos jurídicos que autorizam a invocação do princípio para a proteção do direito fundamental à saúde".

Corrobora-se ainda nas palavras do autor, que “a dignidade da pessoa humana não pode ser invocada isoladamente para a resolução de todos os casos sobre saúde, pois não há, em abstrato, a sua prevalência em todo e qualquer confronto fático e jurídico”. (SCHULZE, 2019, p. 29).

No entanto, o autor ainda vai dizer que a dignidade da pessoa humana “servirá como um importante parâmetro argumentativo se o princípio estiver acompanhado de outro princípio ou valor constitucional para alicerçar a fundamentação jurídica”. (SCHULZE, 2019, p. 29).

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é argumento bastante utilizado nas ações judiciais que versam sobre saúde. Como será visto ao longo deste trabalho, a dignidade da pessoa humana é um argumento bastante forte utilizado pela jurisprudência para concretizar o direito á saúde dos mais necessitados.

2.1.1.2 Princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade

Outro princípio basilar que rege acerca do tema, é o princípio da proporcionalidade, que “numa primeira aproximação, é a exigência de racionalidade, a imposição de que os atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade”. (TAVARES, 2018, p. 773).

Nesta seara, preceitua Barroso (2018, p. 345) que:

> O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito).

Nota-se portanto, com o princípio da proporcionalidade, um zelo pela ponderação, buscando um meio menos gravoso para a obtenção de resultados, bem como uma preocupação de que os custos superem os benefícios, havendo assim, uma proibição do que está em demasia.

Nesse sentido, disserta Larenz (1989, p. 585-586 apud VASCONCELOS, 2016, p. 83):

> O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta da natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, **proibição de excesso**, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive de âmbito constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico. (Grifou-se).

Outrossim, verifica-se que no princípio da proporcionalidade, existe um relação entre o elemento de causa e finalidade, razão pela qual, este princípio busca entender se o meio empregado para a obtenção de resultados é justo ou se mostra excessivo, buscando-se uma aplicação ponderada e justa.

No tocante ao tema, dispõe Souza (2015, p.32):

> Proporção é princípio que pressupõe correlação. Não há que se falar em aplicação de proporcionalidade sem uma relação entre dois elementos, **sendo um a causa e o outro, finalidade.** Daí entende-se que a proporcionalidade permite examinar se o meio utilizado para alcançar determinado fim é adequado e satisfatório ou excessivo em relação ao que se almeja. (Grifou-se).

Assim, percebe-se com o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade a busca pelo equilíbrio na concessão de benefícios, a busca pela ponderação, equidade, justiça, bem como a proibição do que encontra-se em excesso.

Para Barroso (2011, p. 282), este princípio "é utilizado, também, com frequência, como instrumento de ponderação entre valores constitucionais contrapostos, ai incluídas as colisões de direitos fundamentais e as colisões entre estes e interesses coletivos".

Destaca-se que o princípio da proporcionalidade é imprescindível no que concerne as questões relacionadas a saúde, tendo em vista que se deve levar em conta o meio pelo qual é concedido um medicamento ou tratamento médico, e se o resultado é satisfatório para quem pleiteia ou excessivo para quem esta no polo passivo de uma demanda judicial.

2.1.1.3 Princípio da Reserva do Possível

Primeiramente, ressalta-se que o princípio da reserva do possível é utilizado pelo Estado como um argumento enfatizante da impossibilidade de concretizar o direito fundamental à saúde, tendo em vista que as demandas judiciais individuais, podem corroborar com o desvio de atendimento à coletividade.

No entanto, salienta-se que "no entendimento do Poder Judiciário não há que se falar na aplicação da teoria da reserva do possível com o escopo de eximir o Estado do cumprimento de suas obrigações constitucionais". (VASCONCELOS, 2016, p. 725).

Destaca-se que o princípio da reserva do possível não está expresso na Constituição Federal, todavia, é tratato pela jurisprudência e decorre de entendimentos doutrinários.

Nesse sentido, discorre Sarlet (2013, p. 79):

> Os tribunais superiores invocam a "reserva do possível" para negar direitos fundamentais em razão da ausência de recursos financeiros suficientes, fixam o

> entendimento de que o direito à vida seria o direito máximo que não se poderia comparar com questões menores, como a questão orçamentária.

A teoria da reserva do possível, é bastante utilizada pelos entes federativos como óbice para a efetivação do direito à saúde, uma vez que sempre se utilizam desse argumento para a não concessão de medicamentos ou tratamentos médicos.

Essa teoria é "interpretada unicamente como a Reserva do Financeiramente Possível, eis que é considerada como limite à concretização dos direitos fundamentais sociais tão somente a existência ou não de recursos públicos disponíveis. (SOUZA, 2013).

No entanto, as ações judiciais versam tanto por medicamentos de baixo e médio custo, como também por medicamentos de alto custo, que chegam a passar de milhões de reais, em mais das variadas situações, apenas para um indivíduo. Assim, este princípio é argumento utilizado para negar um direito fundamental, onde o Estado busca pela não efetivação da saúde nas demandas judiciais, tendo em vista que limita os direitos da coletividade, dando um maior enfoque às tutelas individuais.

Uma das alegações pelos entes federativos, é de que as verbas orçamentárias devem ser destinadas aos interesses de toda a coletividade, aplicadas nas mais variadas situações de vida digna em prol do maior número de pessoas, e não apenas de um único indivíduo. Deve-se portanto, analisar o caso concreto, de modo a observar a hierarquização dos direitos, onde o de maior relevância deve se sobressair naquela determina situação, de modo que essa anáise não prejudique gravemente o direito à saúde de um cidadão, tampouco cause lesão ao orçamento financeiro do Estado.

Para Souza (2013):

> A Reserva do Possível, então, é invocada quando da impossibilidade de o Estado, através de prestações positivas, garantir plenamente a efetivação de todos os direitos fundamentais sociais, sob pena de grave prejuízo ao erário e, consequentemente, à sociedade como um todo.

Não há dúvidas de que se tratando de hierarquia, o direito à saúde deve prevalecer sobre a teoria de escassez de recursos financeiros do Estado, uma vez que está diretamente ligado com o direito à vida, bem maior jurídico tutelado. É forçoso destacar que o direito à saúde faz parte do mínimo existencial inerente a todos os cidadãos. Apesar de nem todas as pessoas possuírem o mesmo nível de tratamento de saúde, elas tem o direito de ter ao menos, o mínimo para sua preservação.

De fato, existem ações para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos excessivamente onerosos. Medicamentos de alto custo, tratamentos no exterior ou para curar enfermidades raras, tratamento pra câncer, cirurgias, entre outros.

Apenas a título de exemplo, é evidente que se um município de pequeno porte for condenado a pagar um medicamento de meio milhão de reais por mês, destinado a uma única pessoa, toda sua renda que deveria ser destinada em prol da coletividade, será prejudicada. Nesse caso, seria inviável a concessão do medicamento ou tratamento médico, uma vez que o município comprometeria toda a sua renda, que deveria ser destinada à todos, para tratar uma única pessoa, podendo correr o risco de fechar o posto de saúde do município por exemplo, prejudicando a coletividade, em prol de um indivíduo.

Em que pese o direito à saúde estar ligado ao direito á vida, essa questão não é simples de ser resolvida, uma vez que deve haver a análise de cada caso, de forma pormenorizada, sopesando-se de um lado o direito à saúde, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. Por outro lado, a reserva do possível atrelada a escassez de recursos, de modo que as demandas judiciais individuais não podem prejudicar a coletividade.

A jurisprudência vem afirmando que a teoria da reserva do possível não pode ser óbice para a efetivação do direito á saúde, posto que está diretamente ligado ao direito á vida, sendo desimportante a alegação do Estado, o qual é obrigado a concretizar o direito à saúde das pessoas, uma vez que é um direito fundamental, esculpido na Constituição Federal.

2.1.1.4 Princípio da Igualdade ou Princípio da Isonomia

O princípio da legalidade está previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1998: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, 1998).

Dessa forma, “respeitar o princípio da igualdade significa não somente tratar igualmente os que se encontrem em situações equivalentes, mas também tratar de maneira desigual àqueles que se encontrem em situações desiguais, na medida de suas desigualdades”. (MOTTA, 2018, p. 192).

Para César e Pinho (2012, p. 126), “o fundamento do direito de igualdade encontra-se no princípio de que todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Todos nascem e vivem com os mesmos direitos e obrigações perante o Estado”.

É forçoso destacar que o direito não é capaz de exigir que todos sejam exatamente iguais em todos os apectos, de forma a apagar as pecularidades naturais das condições humanas de cada pessoa. O que o princípio da igualdade proíbe, é que as pessoas sejam

tratadas de forma desigual em situações jurídicas iguais, ou entre pessoas que estejam em situações jurídicas diferentes, o tratamento igualitário. (SOUSA, 2018).

Assim, é imprescindível que o princípio da igualdade seja observado e respeitado nas questões relacionadas a saúde. Destaca-se que as pessoas mais necessitadas não tem condições de arcar com o custeio de medicamentos ou tratamentos médicos, de modo que precisam provocar a inércia do Poder Judiciário, a fim de concretizarem o direito á saúde.

Desse modo, seria injusto que uma pessoa dotada de ótimas condições financeiras, receba um medicamento ou tratamento médico, enquanto uma pessoa hipossuficiente padeça na fila aguardando, o que causa um conflito entre a igualdade e universalidade, pois ao mesmo tempo que o direito a saúde é universal, para todos, deve-se observar a prevalência das pessoas mais necessitadas.

2.1.1.5 Princípio da Universalidade

O princípio da universalidade, busca "garantir o acesso universal e igualitário como forma de assegurar a todos os indivídios o tratamento preventivo e a assistência curativa das enfermidades". (GEBRAN NETO, 2019, p. 104).

Ainda, nas palavras do autor, "o princípio da universalidade, como direito fundamental à saúde, tem por significado a garantia estatal às condições necessárias para o exercício e acesso à atenção e à assistência à saúde em todos os seus níveis". (GEBRAN NETO, 2019, p. 104).

A Constituição Federal de 1988, dispõe em seu artigo 196:

> A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social e que compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social com base na universalidade da cobertura e do atendimento. (BRASIL, 1988).

O art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, prevê que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" e isso remete ao fato de que os princípios e direitos fundamentais e sociais se estendem aos brasileiros e estrangeiros residentes no País. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, disserta Souza (2014, p. 228):

> A universalização da saúde constitui um dos ideários do movimento sanitário que foi reconhecido naConstituição Federal de 1988, compondo os princípios básicos do SUS. Parte do reconhecimento de que a saúde é um direito de todos e que o Estado deve projetar mecanismos institucionais que garantam o acesso aos bens e serviços sem limitação ou impedimentos, sendo efetivada pelo sistema público. Esta concepção expressa uma recusa da abordagem da saúde como mercadoria.

Assim, destaca-se que o princípio da universalidade compõe um dos princípios básicos do Sistem Único de Saúde, de modo que o Estado deve assegurar à todos os cidadãos a proteção do direito à saúde, visando a proteção social para o maior número de pessoas possíveis.

Nessa perspectiva, Santana (2018, p . 67) assevera:

> A universalidade de proteção significa que a seguridade social deve buscar contemplar todas as contingências sociais que geram necessidade de proteção social das pessoas, ou seja, deve buscar cobrir todos os riscos sociais que possam conduzir o indivíduo a situações de necessidade e atender a todos que necessitarem de proteção social. O princípio da universalidade está ligado à efetivação da dignidade da pessoa humana, vez que procura reduzir as desigualdades sociais ao fornecer a todos o direito fundamental aos meios de subsistência em situação de adversidade, mediante uma repartição equitativa de oportunidades sociais, renda e riqueza.

Ademais, "o princípio da universalidade da cobertura e do atendimento tem como premissa que todos os cidadãos, indistintamente, devem participar da proteção social, ou seja, a Seguridade Social deve fornecer seus serviços ao maior número de pessoas possíveis". (SANTANA, 2018, p. 69).

Assim, pode-se concluir que o princípio da universalidade é um dos princípios fundamentais do Sistema Único de Saúde – SUS, e deve o Estado assegurar a proteção do direito à saúde ao maior número de pessoas possíveis, para que possam viver nos ditames da dignidade da pessoa humana.

2.2 ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde faz parte do mínimo existencial, o Estado de modo positivo, deve garantir as condições mínimas de saúde as pessoas, de modo a torná-lo efetivo.

No entanto, essa prestação do atendimento à saúde não ocorre de forma voluntária pelo Estado, razão pela qual, as pessoas mais necessitadas precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de concretizar o direito á saúde, haja vista que o meio judicial acaba por ser a única alternativa para a satisfação desse direito.

Em que pese estar consagrado na Constituição que o Estado possui o dever de garantir o direito à saúde dos cidadãos, o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos não é acessível e carece de efetividade.

Dessa forma, ressalta-se que a atuação do Poder Judiciário deve ocorrer "de forma equilibrada, sem abusos do próprio Judiciário", uma vez que os magistrados não devem ser acionados para solucionar todo e qualquer tipo de problema do país. Dessa forma, "o papel do Judiciário não pode ser banalizado – parece que isso já ocorreu no Brasil, diante dos 100

milhões de processos em tramitação – sob pena de causar instabilidade institucional e desequilíbrio nas relações estatais". (SCHULZE, 2019, p. 55).

O Poder Judiciário, há algum tempo, vem analisando e decidindo acerca de demandas judiciais com pedidos de condenação do Estado (União, Estados e Municípios) ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, haja vista que o direito à saúde está consagrado na Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental. (SCHULZE, 2019, p. 32).

Para o autor, é necessário destacar quais os critérios que os juízes utilizam na hora de decidir sobre as questões relacionadas à saúde, ainda mais se tratando de medicamento ou tratamento médico que possa causar um impacto muito alto para o Estado, evitando portanto um excesso inconstitucional. (SCHULZE, 2019, p. 56).

Contudo, há um certo conflito acerca da atuação do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, uma vez que poderia configurar-se uma agressão ao Princípio da Separação dos Poderes. Todavia, a agressão a este princípio não resta configurada, uma vez que o Poder Judiciário atua de forma à concretizar os direitos fundamentais das pessoas, tornando-os mais efetivos.

Nesse sentido, entende o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA.[...]6. **A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes.**7. Agravo interno a que se nega provimento (BRASIL, 2017). (Grifou-se).

Faz-se mister destacar as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal quando pontua que "o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros Poderes". (Barroso, 2012, p. 23-32, apud, GEBRAN NETO, 2019, p. 118).

Para o Superior Tribunal de Justiça "seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes". Ainda manifestou-se o tribunal no sentido de que "não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa". (BRASIL, 2010).

O direito à saúde é um direito essencial e indispensável à vida das pessoas, uma vez que está inserido no conceito de mínimo existencial, portanto, conforme o Superior Triunal de Justiça, “inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal”. (BRASIL, 2010).

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, assevera que “a judicialização na saúde representa, atualmente, um impacto nos orçamentos e na quantidade de processos que tramitam na Justiça”. O CNJ dispõe que “com custo de aproximadamente R$ 10 bilhões por ano, a judicialização pode ser melhor realizada se houver uma integração de conhecimentos”. (HERCULANO, 2019).

Segundo o Conselho Nacional de Justiça “por ano os municípios, os estados e a União gastam cerca de R$ 7 bilhões para cumprir determinações judiciais. Entre 2010 e 2016, o aumento de ações foi de 1010%”. Destaca-se que até outubro de 2019 “a União destinou R$ 751 milhões para o cumprimento de sentenças. Os estados que mais demandam judicialmente são Minas Gerais, Santa Catarina, Rio de Janeiro, São Paulo e Rio Grande do Sul (CNJ)”. (HERCULANO, 2019).

Não é novidade que o Poder Judiciário está abarrotado pelas mais variadas espécies de processos tramitando em juízo, ainda mais com o crescimento desenfreado das demandas judiciais que tratam de questões relacionadas a saúde, onde a via judicial acaba por se tornar o único meio de satisfação do direitos das pessoas que necessitam de medicamentos ou tratamentos médicos, haja vista a omissão por parte do Estado na via administrativa.

Assim, a judicilialização da saúde vem ganhando repercussão geral na jurisprudência e é objeto de discussões doutrinárias, uma vez que possui seus aspectos positivos e negativos, bem como os requisitos autorizadores para o ajuizamento de uma ação que verse sobre a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos.

2.2.1 Judicialização da saúde no Brasil

A judicialização no Brasil está crescendo de forma desenfreada, o que vem preocupando os magistrados, que todos os dias precisam decidir sobre ações individuais, sobre um conflito de sopesamento entre a preservação da saúde, que corrobora-se com a dignidade da pessoa humana e mínimo existencial do autor, e por outro lado, a reserva do

possível, alegação feita pelo Estado, a fim de servir como óbice a efetivação do direito á saúde.

Assim, fica a ressalva se a judicialização tem ocasionado bem à saúde. Para Gebran Neto (2019, p. 126), “a questão não implica numa resposta simples, tampouco única”. Para isso, o autor destacou pontos posivitos e negativos acerca da judicialização.

Destaca-se entre os pontos negativos: **a) a desorganização do SUS,** uma vez que os interesses individuais interferem na ordem de atendimento ou na obrigação do Estado ao fornecimento de algo que não estava comprometido; **b) influência negativa sobre as finanças públicas**, uma vez que as decisões judiciais acabam interferindo no desvio de recursos públicos que deveriam ser destinados em favor da coletividade, e acabam sendo destinados em favor de poucos; **c) indevidas escolhas judiciais de políticas públicas**, uma vez que o Judiciário deixa de agir como legislador negativo, e age como legislador passivo, sendo obrigado decidir sobre algo que não está legitimado; e por fim; **d) a fragilização da isonomia,** considerando a colaboração na inexorável escassez orçamentátia para alguns beneficiários. (GEBRAN, 2019, p. 126).

Em que pese o lado negativo, é evidente a existência dos aspectos positivos na judicialização da saúde, como por exemplo a fixação de prazo para tratamento de câncer, é fixado o prazo de 60 dias para que seja dado início ao tratamento de pacientes acometidos por câncer maligno. Destaca-se também, o impulso na criação de alguns programas de políticas públicas, como o fornecimento de medicamentos pra HIV/AIDS, entre outros aspectos. (GEBRAN NETO, 2019, p. 126-127).

Ainda, nas palavras do autor, a judicialização da saúde atual, fragiliza o Sistema Único de Saúde, tendo pouco a colaborar, uma vez que obriga o serviço para um grande número de indivíduos, que conseguem ajuizar ações para prestação específica. (GEBRAN NETO, 2019, p. 128).

A judicialização da saúde versa sobre as mais variadas formas de concretizar o direito á saúde, que pode ser para o fornecimento de um medicamento comum, medicamento sem registro na ANVISA, uma cirurgia de grande porte, um tratamento pra câncer ou um tratamento no exterior, por exemplo.

O fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos na via judicial, encontra limitações, e cada caso deve ser analisado de forma pormenorizada, de modo que não prejudique o direito à saúde de alguém, ou causa grave dano ao orçamento financeiro do Estado.

Desse modo, abordar-se-à acerca dos requisitos para a concessão desses medicamentos ou tratamentos médicos, dentro das possibilidades e limites na judicialização da saúde.

2.2.2 Requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS e sem registro na ANVISA

O Superior Tribunal de Justiça decidiu em 12 de setembro de 2018 acerca dos requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados na lista normativa do SUS, exigindo-se a presença cumulativa de três requisitos: a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; c) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (BRASIL, 2018).

No mais, o Superior Tribunal de Justiça, no EDcl no REsp 1657156-RJ, determinou a alteração da data inicial para que os requisitos surgissem os devidos efeitos, conforme depreende-se: “modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão, ou seja, 4/5/2018.” Dessa forma, verifica-se que nas ações judiciais ajuizadas na primeira instância a partir do dia 04 de maio de 2018, devem estar presentes os requisitos estipulados no acórdão do REsp 1.657.156-RJ pelo Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL, 2018).

Com isso, o STJ entendeu que é necessário o registro na ANVISA, de modo que não é possível o fornecimento de medicamento para uso *off-label*, somente se for autorizado pela ANVISA. O medicamento chamado de *off-label*, nada mais é, do que um medicamento que o médico prescreve para uma determinada finalidade, mas essa finalidade não consta na bula. Essa indicação “fora da bula”, precisa estar igualmente autorizada pela ANVISA. (BRASIL, 2018).

Segundo o relator Benedito Gonçalves, “ainda que determinado uso não conste do registro na Anvisa, na hipótese de haver autorização, mesmo precária, para essa utilização, deve ser resguardado ao usuário do SUS o direito de também ter acesso ao medicamento”. Ainda, o ministro “destacou o caso do Avastin, que, em caráter excepcional, por meio de uma

resolução da Anvisa, teve autorização para ser usado fora das prescrições aprovadas no registro". (BRASIL, 2018).

Em regra, o Superior Tribunal de Justiça entende que não pode se exigir do Estado, a concessão de um medicamento para o uso fora da indicação prevista na bula *(off-label)*. Todavia, a exceção é que será possível exigir o fornecimento, desde que essa indicação *off-label*, seja autorizada pela ANVISA.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal decidiu no dia 22 de maio de 2019, no julgamento do RE 657.718, com repercussão geral reconhecida, impor certas restrições no que concerne ao fornecimento de medicamentos sem o registro na ANVISA, pelo Poder Público. Da mesma forma, decidiu que os medicamentos sem registro na ANVISA, que encontram-se ainda em fase de testes, não são obrigados a ser fornecidos e que esses casos serão analisados de forma individual. (BRASIL, 2019).

Salienta-se que a decisão, se deu por maioria dos votos e fixou que o Estado não pode ser obrigado a fornecer, em regra geral, os medicamentos experimentais e sem registro na ANVISA, todavia, essa regra comporta exceção, uma vez que possível o fornecimento do medicamento sem registro, em caso de mora irrazoável da ANVISA em analisar o pedido de registro do fármaco, observando-se para tanto, o prazo estipulado pela Lei nº 13.411/2016, que fixou o prazo de 365 para medicamentos comuns e 120 para os medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras. (BRASIL, 2019).

Assim, para o fornecimento de medicamentos sem o registro na Anvisa, os ministros do Supremo, decidiram sobre a obrigatoriedade de três requisitos: 1) exigência de pedido de registro de medicamento no Brasil; 2) exigência de registro em renomadas agências do exterior; 3) inexistência de substituto terapêutico registrado.

O ministro Alexandre de Moraes, argumentou que o Poder Público somente deve fornecer o medicamento sem o registro na Anvisa, caso ultrapasse o prazo para a análise do registro, 365 dias para medicamentos comuns e 120 para os medicamentos destinados ao tratamento de doenças raras. Afirmou o minsitro, que os "a arrecadação estatal é finita, o orçamento é finito, assim como a destinação à saúde pública também é finita". (BRASIL, 2019).

Ricardo Lewandowsi, votou favorável ao fornecimento de medicamentos sem o registro na Anvisa, desde que com restrições, uma vez que "em princípio, não é possível exigir-se sempre um remédio que não consta na lista da Anvisa, mas, em circunstancias excepcionais, isso pode sim ser deferido". (BRASIL, 2019).

Luiz Lux sustentou em seu voto, que os medicamentos não registrados na Anvisa, podem ser fornecidos em situações excepcionais:

> A Anvisa não é obrigada em princípio da fornecer os medicamentos não previstos na sua tabela, até porque não é o judiciário que vai se imiscuir nessa matéria por falta de expertise e de capacidade institucional. Em segundo lugar é possível que nos casos excepcionais e naqueles em que há previsão de autorização especial que, ai sim, haja fornecimento de medicamentos fora da tabela da Anvisa desde que preenchidos os requisitos legais e jurisdicionais aqui fixados. (BRASIL, 2019).

Rosa Weber, que a regra é que o medicamento para ser fornecido precisa ter o registro na Anvisa, e que os casos sem registro, devem ser exceção:

> A regra é de que é indispensável o registro do medicamento na Anvisa, e que em nenhuma hipótese há possibilidade de requerimento em fase experimental, mas em situações, excepcionais permite-se, o que a própria Anvisa em sua própria normatividade prevê, permite-se que caso a caso eventualmente se chegue a uma conclusão diversa. (BRASIL, 2019).

Destaca-se o julgamento do RE 657.718, com repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal em 22 de maio de 2019:

> **Decisão**: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: **(i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil** (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras)**;(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior**; e **(iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.** 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas **em face da União**", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Ainda, foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, que as ações para a obtenção de medicamentos sem o registro na Anvisa, devem ser necessariamente propostas na Justiça Federal, em face da União.

2.2.3 Competência comum dos entes federativos

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 23, II, preconiza que é "competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência". (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o art. 195, caput, da Constituição Federal de 1988, dispõe que a seguridade social "será financiada mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios". (BRASIL, 1988).

A Lei 8.080/90, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", preceitua:

> Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...];
> XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da **União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios** na prestação de serviços de assistência à saúde da população. (BRASIL, 1990). (Grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial 1655043 RJ 2017/0029396-2, entende que os artigos 196 e 198 da nossa Constituição Federal "asseguram aos necessitados o fornecimento gratuito de medicamentos/exames indispensáveis ao tratamento de sua saúde, de responsabilidade solidária da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios" (BRASIL, 2017). Destaca-se ainda, que o Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência consolidada no que concerne a responsabilidade na distribuição de medicamentos para pessoas carentes, "sendo dever do Estado, no qual são compreendidos aí todos os entes federativos":

> O funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) **é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios**, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no polo passivo de uma demanda que objetiva a garantia do acesso á medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (BRASIL, 2005). (Grifou-se).

Dessa forma, verifica-se que a competência entre os entes federativos na concessão de medicamentos ou tratamentos médicos está consolidada pela Constituição Federal de 1988 e também sedimentada na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Noutro norte, cabe ressaltar que mesmo o juiz determinando o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, o Estado descumpre a ordem judicial. Nesses casos, consolida-se na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a autorização para proceder-se ao bloqueio de verbas públicas, bem como a fixação de astreintes, ou seja, multa diária em caso de descumprimento

Nesse sentido, faz-se necessário firmar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DE TODOS OS ENTES DO PODER PÚBLICO.

> NÃO OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. POSSIBILIDADE. FIXAÇÃO. MULTA DIÁRIA. DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 3. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 4. In casu, não há impedimento jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra a União, tendo em vista a consolidada jurisprudência do STJ: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). 5. Está devidamente comprovada a necessidade emergencial do uso do medicamento sob enfoque. A utilização desse remédio pela autora terá duração até o final da sua gestação, por se tratar de substância mais segura para o bebê. 6. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde**. 7. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2014). (Grifou-se).

Ademais,

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**. DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 5º, DO CPC. PEQUENO VALOR. PRECEDENTES. 1. É pacífico o entendimento do STJ de que cabe sequestro ou bloqueio de verba indispensável à aquisição de medicamentos. Essa cautela é excepcional, adotada em face da urgência e imprescindibilidade de sua prestação.
> 2. Na hipótese em exame, há a certificação de descumprimento, pelo Estado, de ordem judicial no fornecimento de remédio, embora se verifique premente necessidade do paciente/substituído em fazer uso de medicamento indispensável e fundamental para o seu tratamento, visto que enfermo, portador de neoplasia maligna de próstata. 3. In casu, a desídia do ente estatal, frente ao comando judicial emitido, pode resultar em grave lesão à saúde ou mesmo pôr em risco a vida do demandante. 4. Agravo Regimental não provido. (BRASIL, 2014). (Grifou-se).

Noutro norte, é evidente a urgência do autor quando ajuíza uma ação para a concessão de um medicamento ou tratamento médico, tendo em vista que a moléstia que lhe acomete pode ser agravada em casos de delongas no trâmite processual. Por esse motivo, é bastante comum o petitório de antecipação da tutela, como demonstra-se a seguir.

3 ASPECTOS FUNDAMENTAIS ACERCA DA TUTELA PROVISÓRIA

É bastante comum o petitório de antecipação dos efeitos da tutela nos processos judiciais, ainda mais quando se trata de questões relacionadas a saúde, haja vista a delonga no trâmite processual.

Para Gonçalves (2017, p. 352), “as tutelas provisórias cumprem a função de dar maior efetividade ao processo”. O autor assevera que “a tutela provisória garante e assegura o provimento final e permite uma melhor distribuição dos ônus da demora, possibilitando que o juiz conceda antes aquilo que só concederia ao final”.

O Código de Processo Civil dispõe que a tutela será concedida quando for demonstrada a probabilidade do direito e o perigo na demora, e quando se trata de saúde, é evidente o risco do paciente, caso essa concessão demore pra acontecer. Muitas pessoas morrem ao esperar por medicamentos ou tratamentos médicos nas filas do SUS, ou em processos judiciais, motivo pelo qual, torna-se bastante comum o pedido de concessão da tutela de urgência, a fim de concretizar de forma mais célere o direito à saúde dos cidadãos.

Na maioria esmagadora das vezes, a tutela de urgência é concedida pelo juízo *a quo*, quando demonstrada a probabilidade do direito e o perigo na demora pelo enfermo. Contudo, devido aos recursos interpostos pelos entes federativos, essa tutela poderá ser reformada no tribunal.

Discute-se na concessão da tutela de urgência acerca da necessidade ou desnecessidade de devolver os gastos decorrentes do seu deferimento, quando revogadas posteriormente. Por outro lado, pode ocorrer a estabilização da tutela antecipada quando requerida em em caráter antecedente, conforme dispõe o art. 303 e 304 do Código de Processo Civil. Ademais, ressalta-se o cabimento da tutela de urgência contra a Fazenda Pública, o que será abordado posteriormente neste capítulo.

A tutelas provisórias são dividas em duas espécies, quais sejam tutelas de urgência e de evidência, conforme dispõe o art. 294 do Código de Processo Civil.

Conforme já exposto, a tutela de urgência exige a presença dos requisitos que “evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, conforme dispõe o art. 300 do Código de Processo Civil”. (BRASIL, 2015).

O que distingue-se da tutela de evidência, haja vista que esta, será “concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo”, conforme preconiza o art. 311 do Código de Processo Civil”. (BRASIL, 2015).

Tem-se na tutela de evidência a observância em cognição sumária da probabilidade do direito, haja vista que não há que se falar em precisão e segurança do mesmo, visto que para sua concessão, não foi realizada a cognição exauriente.

Desse modo, a tutela de evidência serve para conferir mais efetividade ao processo, haja vista a desnecessidade de aguardar o final do processo, fazendo com que o direito daquele indivíduo, quando munido de crebilidade documental, tenha seu direito satisfeito com mais efetividade quando comprovado sua existência. (SILVA, 2016).

Segundo Cunha (2018, p. 332), a "concessão da tutela provisória de evidência depende da prova das alegações de fato e da demonstração de probabilidade do acolhimento do pedido formulado pela parte".

Contudo, salienta-se que o instituto da tutela de evidência não será objeto de estudos mais aprofundados no presente trabalho, haja vista que para as ações de medicamentos e tratamentos médicos a tutela mais utilizada é a tutela de urgência, a qual será objeto de estudo como se verifica a seguir.

3.1 TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela serve para antecipar os efeitos da sentença, a fim de gerar menos morosidade e mais efetividade nos processos judiciais.

Para Cunha (2018, p. 310), "a tutela provisória de urgência é técnica processual que, mediante cognição sumária, se destina a antecipar uma tutela jurisdicional definitiva. Seu requisito é o perigo, a urgência, o risco da demora".

A tutela provisória de urgência possui subespécies, quais sejam a cautelar e a antecipada, que podem ser concedidas em caráter antecedente ou de forma incidental no processo, conforme dispõe o parágrafo único do art. 294 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

A tutela de urgência está prevista no art. 300 do Código de Processo Civil, que dispõe que ela "será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo". (BRASIL, 1988).

O juízo vai analisar caso a caso, e "a fundamentação da decisão que defere ou indefere a tutela provisória deve seguir as mesmas balizas racionais objetivadas e transparentes do raciocínio do julgador que se espera da fundamentação da sentença e dos acórdãos". (LAMY, 2018, p. 6).

Segundo Lamy (2018, p. 52), “a tutela jurisdicional é o resultado prático efetivo que a jurisdição proporciona à realidade vivida pelas partes”. O autor ainda vai dizer que “a tutela é o elemento de realização e satisfação do poder judiciário, refletindo nos planos fático e jurídico a situação concreta a que é aplicada”.

Para Marinoni (2017, p. 34):

> O código, ao tratar da tutela de urgência, distingue em vários lugares tutela cautelar e tutela antecipada. No § 3o do art. 300 se encontra a afirmação de que a “tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Embora essa norma não tenha qualquer sentido, na medida em que a irreversibilidade é resultado logicamente possível de toda e qualquer tutela do provável, serve ela para evidenciar que o legislador resolveu prever o óbice da irreversibilidade *apenas a uma das formas* de tutela de urgência – à tutela antecipada.

O §3º do art. 300 do Código de Processo Civil dispõe que “a tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. (BRASIL, 2015).

O Código de Processo Civil, no §2º do art. 300, dispõe que “a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia”. (BRASIL, 2015).

Dizer que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, significa dizer que essa concessão dar-se-à no ínicio do processo, ou seja, dispensando-se a citação do réu para ser concretizada.

Para Bueno (2018, p. 291), “a concessão liminar é absolutamente harmônica com o modelo constitucional. É situação bem aceita de preponderância do princípio da efetividade do direito material pelo processo sobre os do contraditório e da ampla defesa”. Nesse sentido, o autor ainda assevera que “concedida a tutela provisória, é mister que o réu seja citado (para o processo) e intimado de sua concessão para reagir a ela, inclusive, se assim entender, recorrer dela por agravo de instrumento (art. 1.015, I)”.

É comum nas ações para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos a interposição do recurso de agravo de instrumento previsto no art. 1015 do Código de Processo Civil pelos entes federativos, que encontram-se no polo passivo da demanda, a fim de que a tutela concedida pelo juízo *a quo* seja “caçada” no tribunal, ou em casos de não concessão da tutela, é o autor quem interpõe o agravo de instrumento, a fim de que seja concedida pelo tribunal.

Em que pese a obrigatoriedade da presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência, como o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, se demonstrará como esses requisitos são evidenciados nas ações que versam sobre medicamentos e tratamentos médicos, conforme será abordado a seguir.

3.1.1 Requisitos para a concessão da tutela de urgência

Como já visto anteriormente, “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”. (BRASIL, 1988).

Para Gonçalves (2017, p. 367), “o primeiro requisito para que haja o deferimento da tutela de urgência é o requerimento da parte. O CPC não previu a possibilidade de que a medida seja deferida de ofício”.

Nesse sentido, Didier (2015, p. 592), preceitua que “é necessário requerimento do interessado para a concessão da tutela provisória. É vedada a tutela provisória *ex officio*”.

O art. 302 do Código de Processo Civil, dispõe que “independentemente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa” (BRASIL, 2015).

Desse modo, a tutela provisória está acompanhada pela responsabilidade objetiva do beneficiário da tutela, haja vista que se for cassada ou reformada, o mesmo deverá ser o responsável em arcar com os prejuízos causados ao adversário. Então, não seria razoável que a tutela provisória fosse concedida de ofício pelo magistrado, pois em caso de reforma da decisão, quem vai acar com os prejuízos? Alguém que se beneficiou sem mesmo ter feito o requerimento? Não faz muito sentido. Por esse motivo, o entendimento recai sob a necessidade de requerimento da parte autora, para a concessão da tutela provisória, de modo que de forma consciente, assuma o risco de ter que reparar a parte adversa, nos casos da decisão ser revista. (DIDIER, 2015, p. 594).

De forma mais sensata, faz-se necessário observar o disposto no art. 141 do Código de Processo Civil: “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”. (BRASIL, 2015).

Além disso, outro dispositivo que nos remete a ideia de que a concessão da tutela provisória deve advir de um requerimento, é o art. 932, II, do Código de Processo Civil, ao dispor que cabe ao relator “apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal”. (BRASIL, 2015).

Desse modo, inexiste um consenso na doutrina e na jurisprudência acerca da concessão da tutela de ofício. No entanto, a maioria entende pela necessidade do requerimento da parte, haja vista que seria arriscado o juiz conceder de ofício, uma vez que recai a

responsabilidade objetiva para o beneficiário. Ademais, exige-se uma pesquisa aprofundada sobre o tema, o que não é objeto desde trabalho monográfico.

Faz-se necessário salientar mais uma vez acerca dos requisitos para configurar a obrigatoriedade do fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos que não são fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), em texe fixada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1657156-RJ, em 12/09/2018. (BRASIL, 2018).

No referido julgado, foram estipulados os seguintes requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; b) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência. (BRASIL, 2018).

Assim, para evidenciar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, é necessário que a parte autora apresente de forma cumultada esses requisitos, bem como a existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência, como exposto já neste trabalho no item “2.2.2 requisitos para a concessão de medicamentos não incorporados pelo SUS e sem registro na Anvisa”.

Assim, o juiz vai analisar caso a caso e verificar se estão presentes os requisitos autorizadores para concessão da tutela de urgência. A tutela de urgência possui duas subespécies, a antecipada e a cautelar, conforme se verifica a seguir.

3.1.1.1 Espécies de tutela de urgência

Primeiramente, cumpre ressaltar que a tutela de urgência é uma espécie do gênero de tutela provisória e possui subespécies, a qual pode ser de natureza cautelar ou antecipada, e pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. É o que dispõe o art. 294 do Código de Processo Civil:

> Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.
> Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental..(BRASIL, 2015).

A tutela cautelar não se confunde com a antecipada, uma vez que a cautelar serve como uma tutela jurisdicional e a tutela antecipada é o meio processual utilizado para antecipar os efeitos da sentença ou depois de operado o trânsito em julgado, consistindo numa técnica processual que torna mais célere a prestação jurisdicional. (CUNHA, 2018, p. 300).

Segundo Miranda (1976, p. 14, apud CUNHA, 2018, pg. 300), “a pretensão à tutela jurídica por meio de medida cautelar tem por finalidade prevenir, acautelar, assegurar. Só se assegura; não se executa”. Destaca que “haveria segurança para execução”, diferentemente da tutela satisfativa antecipada, em que há “execução para segurança”.

Pontua-se a morosidade da atuação no ordenamento jurídico brasileiro no que concerne a prestação jurisdicional, o que pode causar graves danos à saúde de quem está pleiteando em juízo em busca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos.

Toma-se como exemplo típico um paciente portador de câncer ou de doença cardíaca que necessitade de uma cirurgia urgente, ou medicamento de alto custo para sobreviver e precisa aguardar a delonga de um trâmite processual.

É evidente que esse paciente não tem condições de aguardar até o final de um processo para dar início ao tratamento de saúde. Por este motivo, a concessão da tutela de urgência mostra sua efetividade quando se trata de questões relacionadas à saúde e a proteção a vida das pessoas.

A doutrina assevera que:

> Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção. (GONÇALVES, 2017, p. 353).

Nesse sentido, Gonçalves (2017, p. 369) destaca:

> A cognição é sempre sumária, feita com base em mera probabilidade, plausibilidade. A efetiva existência do direito sob ameaça será decidida ao final, em cognição exauriente. O juiz tem de estar convencido, senão da existência do direito ameaçado, ao menos de sua probabilidade. É preciso que ele tenha aparência de verdade. A urgência e a intensidade da ameaça podem, muitas vezes, repercutir sobre o requisito da probabilidade. O exame pode ser mais ou menos rigoroso, dependendo do grau de urgência, e da intensidade da ameaça.

Ademais,

> Em casos de urgência extrema, é possível que o juiz conceda a medida sem ouvir o réu, antes mesmo que ele seja citado. Os elementos que terá para avaliar serão menores que aqueles que poderão ser obtidos se houver tempo para que o réu seja citado e possa manifestar-se. O juiz deve valer-se do princípio da proporcionalidade, sopesando as conse-quências que advirão do deferimento ou do indeferimento da medida. Tanto um quanto outro podem trazer prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação. Por isso, o grau de verossimilhança e a proporcionalidade serão bons orientadores, na aprecia-ção da tutela. O juiz não a deverá conceder em caso de inverossimilhança, mas poderá fazê-lo, ainda que o grau de verossimilhança não seja muito elevado, desde que conclua que o não deferimento inviabilizará a efetivação do direito, caso ele venha a ser reconhecido (GONÇALVEZ, 2017).

Assim, verifica-se que as tutelas possuem a finalidade de dar mais efetividade ao processo, haja vista a morosidade da prestação jurisdicional, que pode causar dano grave ou de difícil reparação quando se trata de questões relacionadas à saúde.

Pontua-se também o fato de que as pessoas com menos recursos financeiros, não possuem condições de aguardar o julgamento final do trâmite processual, tendo grande risco de vida, agravando sua doença ou na pior das hipóteses, não necessitar mais do medicamento ou tratamento médico, por ter vindo a óbito.

Dessa forma, a concessão da tutela de urgência serve para assegurar um direito que encontra-se em perigo, dando mais efetividade ao processo.

3.1.1.1.1 Tutela de urgência antecipada (satisfativa)

A tutela de urgência possui como subespécies a tutela de natureza antecipada (satisfativa) ou cautelar (conservativa), conforme dispõe o Código de Processo Civil em seu artigo 294, a qual pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 1988).

Para Cunha (2018, p. 301), "a tutela satisfativa, por seu turno, tem a finalidade de realizar, desde logo, um direito, sem qualquer ligação com outro direito. Há, aqui, "execução-para-segurança".

A tutela provisória de urgência de natureza antecipada é a mais utilizada nas ações judiciais para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, sendo firmada pela jurisprudência, mostrando sua efetividade.

Nesse sentido,

> APELAÇÃO, RECURSO ADESIVO E REMESSA NECESSÁRIA. **FORNECIMENTO DE FÁRMACOS NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA SUS. SENTENÇA QUE CONFIRMOU A TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA E JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO EXORDIAL**. CONDENAÇÃO QUE NÃO ULTRAPASSA O VALOR DE ALÇADA DE 500 (QUINHENTOS) SALÁRIOS MÍNIMOS (ART. 496, § 3º, INC. II, DO CPC/2015). REMESSA NECESSÁRIA NÃO CONHECIDA. ALEGADA FALTA DE INTERESSE DE AGIR, POR PERDA DE OBJETO, MERCÊ DA ULTERIOR DESNECESSIDADE DE PARTE DOS MEDICAMENTOS VINDICADOS. DESCABIMENTO. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DAS MEDICAÇÕES NA ESFERA ADMINISTRATIVA CLARAMENTE DEMONSTRADA. DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL, INCLUSIVE, NO CURSO DO PROCESSO, SOMADO À DEDUÇÃO DE PEÇA CONTESTATÓRIA COM PEDIDO DE IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. NECESSIDADE DE PROVIMENTO JUDICIAL QUANTO AO MÉRITO DA CAUSA. APELO DO ESTADO DESPROVIDO. PLEITO ADESIVO DA PARTE AUTORA OBJETIVANDO A MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO À SAÚDE CUJO VALOR É INESTIMÁVEL. FIXAÇÃO DO QUANTUM DA VERBA HONORÁRIA POR APRECIAÇÃO EQUITATIVA. EXEGESE DO § 8º, DO ART. 85, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO DESPROVIDOS. (SANTA CATARINA, 2019). (Grifou-se).

A tutela de urgência de natureza antecipada, faz com que o fornecimento de um medicamento ou tratamento médico ocorra de forma mais célere, não necessitando que o

autor aguarde a delonga de um trâmite processual, podendo dar início ao seu tratamento desde a sua concessão.

Assim, verifica-se a efetividade da tutela antecipada:

> AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE **TUTELA ANTECIPADA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS** À CRIANÇA PORTADORA DE "ENCEFALOPATIA TETRAPARÉTICA, SÍNDROME EPILÉTPTICA DE DIFÍCIL CONTROLE" E "SÍNDROME DE WERT". ENFERMIDADES RECONHECIDAS. **LAUDO PERICIAL JUDICIAL QUE ATESTOU A INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS REMÉDIOS POSTULADOS, POR ALTERNATIVAS TERAPÊUTICAS DISPONIBILIZADAS NA REDE PÚBLICA.** DIREITO À SAÚDE CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 196). PROCEDÊNCIA DO PLEITO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DESPROVIDO. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA, SOMENTE PARA DETERMINAR A SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA APLICADA, PELO SEQUESTRO DE VALORES PÚBLICOS, EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO JUDICIAL. (SANTA CATARINA, 2016). (Grifou-se).

Como visto, é necessário a presença dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela e para evidenciar o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* e um dos requisitos é o laudo pericial atestando a inviabilidade de substituição do medicamento pleiteado, por um disponibilizado pelo SUS.

Nesse sentido, entende o Tribunal Regional Federal da 4ª Região*:*

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS. SOLIDARIEDADE. PRAZO. MULTA. 1. Consoante a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, a análise judicial de pedidos de dispensação gratuita de medicamentos e tratamentos pressupõe que se observe se existe ou não uma política estatal que abranja a prestação pleiteada. 2. Se o medicamento ou procedimento pleiteado judicialmente não estiver incluído nas políticas públicas de saúde, mas houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador. Não obstante**, inexistindo alternativa terapêutica para o caso específico do paciente, não há como deixá-lo desassistido pelo Poder Público**. 3. Sendo a situação específica devidamente avaliada por perícia médica judicial, as conclusões favoráveis do laudo caracterizam a verossimilhança das razões que embasam o pedido judicial. **A urgência decorre do risco à vida do autor**. 4. A responsabilidade solidária quanto à obrigação de fornecer o tratamento foi amplamente reconhecida pela jurisprudência, e um dos efeitos jurídicos da solidariedade é o rateio, de forma igualitária, de todos os custos despendidos com a obtenção do fármaco por qualquer um dos réus do processo. 5. Considerando as disposições contidas no apontamento médico, **a gravidade da moléstia e o risco de morte do paciente**, tenho como razoável o prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento da tutela antecipatória. 6. Possível a imposição de multa diária à Fazenda Pública na hipótese de descumprimento da obrigação de fornecer medicamento. Precedente do STJ. 7. Valor das astreintes minorado para R$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso. 8. Agravo interno prejudicado. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Neste caso, verifica-se a urgência para início do tratamento de saúde, uma vez que o paciente corre risco de morte, motivo pelo qual, foi fixado o prazo de 15 dias para cumprimento da tutela antecipatória.

Nesse seguimento, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª região entende:

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. **TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS.**AUSÊNCIA DE PERÍCIA MÉDICA. MULTA. REDUÇÃO. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente, devendo, eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, ser realizado administrativamente ou em ação própria. 2. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 3. Em ações de fornecimento de medicamentos envolvendo doença oncológica, estando o paciente vinculado a um CACON/UNACON, é dispensável a 'prévia' avaliação médica para o deferimento de tutela de urgência, se evidenciada a submissão aos protocolos clínicos do SUS para o tratamento da doença. 4. Hipótese em que as circunstâncias do caso concreto são suficientes, em uma análise preliminar e sem prejuízo de outra conclusão após realização de perícia médica, para a caracterização da verossimilhança das razões que embasaram o pedido inicial. 5. Cabível a fixação de astreintes em prejuízo da Fazenda Pública, reduzindo-a para o valor de R$ 100,00 (cem reais) por dia. Precedentes desta Corte. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Ademais,

> **EMENTA:** DIREITO À SAÚDE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDICAMENTOS. SUSTENT. 1. O Superior Tribunal de Justiça em julgamento realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos assentou que a concessão de remédios não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa da comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento; da ineficácia do tratamento fornecido pelo sistema público de sáude; da incapacidade financeira do postulante e da existência de registro na ANVISA (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018). 2. Quanto ao registro na ANVISA, posteriormente foi assentado que devem ser observados "os usos autorizados pela agência", o que afasta a possibilidade de fornecimento para uso "off label", salvo quando autorizado pela ANVISA (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018). 3. **Caso concreto em que se demonstraram presentes os requisitos para a entrega do medicamento pleiteado a título de tutela provisória de urgência.** (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Corrobora-se o entendimento do Tibunal Regional Federal da 4: região:

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO**. BEVACIZUMABE. CÂNCER DE CÓLON METASTÁTICO. INEFICÁCIA DA POLÍTICA PÚBLICA. EFICÁCIA E ADEQUAÇÃO DO MEDICAMENTO. NÃO DEMONSTRADAS. CONCESSÃO JUDICIAL DO FÁRMACO POSTULADO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. A concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, condiciona - se à existência de probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ante a demonstração da probabilidade do direito alegado, **cabível, neste momento processual, a antecipação da tutela**. 2. Hipótese em que no julgamento do agravo de instrumento anterior foi considerada a inexistência de evidências científicas que indicassem a superioridade do tratamento postulado no seu atendimento, com vantagem terapêutica em relação ao disponibilizado pelo SUS. 3. A par dos novos argumentos trazidos pelo magistrado na origem, após a juntada de parecer do NAT-JUS - Núcleo

> de Apoio Técnico do Poder Judiciário, esta nota técnica não demonstra comprovação de efetiva superioridade da droga ora demandada frente aos medicamentos dispensados no âmbito da política pública, com a necessária segurança de que a prescrição estaria amplamente amparada pela medicina baseada em evidências. 4. Referindo-se a nota técnica a um tratamento paliativo, com ausência de evidências científicas que indiquem a preferência no atendimento do autor com vantagem terapêutica em relação ao disponibilizado pelo SUS, na medida em que poderá acrescer apenas mais de um mês à sobrevida do paciente, não há fundamento para ser deferida a dispensação judicial do fármaco postulado. 3. **Ocorre que, no caso concreto o tratamento se iniciou por força da liminar deferida, razão pela qual não seria razoável a suspensão do tratamento nesta fase**. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Percebe-se que neste caso, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu que não seria razoável a suspensão do tratamento na fase em que se encontra, haja vista que o tratamento se iniciou por força da medida antecipatória deferida. É uma situação em que o paciente é portador de câncer de cólon metastático, o qual é evidente a efetividade da tutela de urgência, uma vez que é impossível aguardar todo um trâmite processual para dar início ao tratamento, situação em que o paciente poderia vir a óbito.

Nesse sentido,

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO ONCOLÓGICO**. DEFERIMENTO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Repetitivo 1.657.156, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, não condicionou a dispensação de medicamentos oncológicos ao atendimento junto à Rede de Atenção Oncológica - CACON ou UNACON. 2. Assim, mesmo em tratamentos fora do âmbito do SUS, e considerando a inexistência de cuidados especiais no manejo e aplicação do fármaco, **a concessão da tutela de urgência é a medida adequada**. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Ainda,

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. **TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS**. 1. É devida a prestação de medicamentos quando demonstrada a sua imprescindibilidade, advinda da necessidade e adequação conjugada com a ausência de alternativa terapêutica no SUS. 2. Havendo **elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano, nos termos do artigo 300 do CPC/2015**, **deve ser mantida a decisão hostilizada que determinou o fornecimento de medicamento**. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Na jurisprudência que se segue, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, preconiza que o fato da parte autora possuir plano de saúde, não é óbice para afastar a responsabilidade do Estado, uma vez que o acesso universal e igualitário do direito à saúde está assegurado na Lei Maior. Ainda, os requisitos autorizadores para a concessão da tutela de urgência estão presentes.

Assim entende o TRF4:

> **EMENTA:** DIREITO À SAÚDE. PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPRESCINDIBILIDADE DO FÁRMACO DEMONSTRADA. TRATAMENTO REALIZADO POR PLANO DE SAÚDE

> PARTICULAR.HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HONORÁRIOS DE INDENIZAÇÃO PELA CONTRATAÇÃO DE ADVOGADO. **ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA**. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente, devendo, eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, ser realizado administrativamente ou em ação própria. 2. A saúde é um direito social fundamental de todo o cidadão, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, sendo dever do Estado garantir "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 3. O STF, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, estabeleceu os seguintes critérios que devem ser analisados nas ações que versem sobre prestações na área da saúde: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 4. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstrar a necessidade e adequação do fármaco, bem como a ausência de alternativa terapêutica ou sua ineficácia no caso concreto. 5. O fato da parte autora possuir plano de saúde não constitui motivo para afastar a responsabilidade do Estado no fornecimento da medicação, porquanto o acesso universal e igualitário à saúde é assegurado pela Constituição Federal 6. Honorários advocatícios reduzidos, conforme entendimento firmado por esta Corte em ações nas quais se postula o fornecimento de medicamentos. 7. Os honorários constituem direito do advogado, sendo que a relação contratual entre cliente e procurador, de âmbito estritamente privado, não pode ser examinada judicialmente sem ter sido veiculada pela parte interessada, especialmente porque não se encontra expressamente elencada entre as despesas previstas no art. 84 do CPC. 8. **Deferida a tutela antecipatória de urgência, uma vez que estão presentes os elementos que evidenciam a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do artigo 300 do CPC.** (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Noutro caso a seguir, o paciente é acometido por fibrose cística, situação em que foi deferida a tutela de urgência para dar início ao uso do medicamento, haja vista que a doença pode ser agravada se caso fosse necessário aguardar todo o trâmite processual.

Entende o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> **EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. IVACAFTOR + LUMACAFTOR FIBROSE CÍSTICA. **TUTELA DE URGÊNCIA. REQUISITOS PRESENTES**. 1. A Constituição Federal de 1988, após arrolar a saúde como direito social em seu artigo 6º, estabelece, no art. 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 2. Observando as premissas elencadas no julgado Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), quando da avaliação de caso concreto, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 3. Mais recentemente, a 1ª Seção do STJ,

> ao julgar o recurso repetitivo (REsp nº 1.657.156), definiu os critérios para fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exigindo, para tanto, a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e existência de registro na Anvisa do medicamento. 4. No caso, **presentes os pressupostos indispensáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do artigo 300 do CPC. 5.** Não havendo dúvida quanto à legitimidade passiva dos réus e sendo solidária a responsabilidade destes na demanda, também são igualmente responsáveis pelo fornecimento e ônus financeiro do serviço de saúde pleiteado e concedido. Eventual acerto de contas que se fizer necessário, em virtude da repartição de competências dentro dos programas de saúde pública e repasses de numerário ou restituições, deve ser realizado administrativamente, sem prejuízo do cumprimento da decisão judicial. 6. Reduzido para 30 (trinta) dias o prazo para cumprimento da medida. (BRASIL, 2019). (Grifou-se).

Assim, é forçoso destacar que tutela antecipada se mostra eficaz na judicialização da saúde, especialmente nas ações que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, uma vez que o paciente não pode aguardar até o final do processo, tendo em vista que a moléstia que lhe acomete pode ser agravada, ou em muitos casos, leva-lo a óbito.

Nos casos mais graves, como um paciente portador de câncer, a tutela antecipada pode muitas vezes ter o condão de salvá-lo, fazendo com que o paciente inicie o tratamento desde a sua concessão.

Nesse sentido,

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE **TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA**. INCONFORMISMO DA DEMANDADA. PLANO DE SAÚDE EMPRESARIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO DESTINADO AO TRATAMENTO DE CÂNCER DE MAMA. "PERJETA" (PERTUZUMAB). NEGATIVA ANCORADA NO FATO DE A INDICAÇÃO SER OFF LABEL E EM RAZÃO DO CARÁTER EXPERIMENTAL DO TRATAMENTO. TESE REFUTADA. PRESCRIÇÃO DESIGNADA POR DOIS ESPECIALISTAS RESPONSÁVEIS PELA RECUPERAÇÃO DA AUTORA. TRATAMENTO NEOADJUVANTE DE CÂNCER DE MAMA "HER2 POSITIVO LOCALMENTE AVANÇADO". SITUAÇÃO DESCRITA NA BULA. APROVAÇÃO PELA ANVISA. FORNECIMENTO QUE SE IMPÕE. CLÁUSULAS CONTRATUAIS QUE, ADEMAIS, PREVÊEM EXPRESSAMENTE O CUSTEIO DE TRATAMENTO ONCOLÓGICO QUIMIOTERÁPICO, BEM COMO O FORNECIMENTO DOS MEDICAMENTOS ADEQUADOS À ESPÉCIE. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. EXEGESE DO ART. 47 DO CDC. PRECEDENTES. **Não há falar em tratamento off label ou de caráter experimental quando a prescrição de determinado medicamento corresponder exatamente à indicação prevista na bula**, situação em que a operadora do plano de saúde deve, necessariamente, custeá-lo, mormente diante da expressa previsão contratual do tratamento quimioterápico e dos fármacos correlatos. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017). (Grifou-se).

Desse modo, é indiscutível a efetividade da tutela antecipada nas ações judiciais para a concessão de um medicamento ou tratamento médico, haja vista que concretiza o direito á saúde do paciente de forma mais célere.

Apesar da tutela provisória de urgência possuir duas subespécies, cautelar ou antecipada, esta última é a mais utilizada na judicialização da saúde, uma vez que antecipada os efeitos da sentença, quando presentes os requisitos autorizadores para tanto.

Em que pese a finalidade dessas duas espécies trazerem efetividade ao processo, contornando a morosidade na prestação jurisdicional e afastando a situação de perigo de dano ou difícil reparação, elas se diferem.

Assim, assevera a doutrina:

> A satisfatividade é o critério mais útil para distinguir a tutela antecipada da cautelar. As duas são provisórias e têm requisitos muito assemelhados, relacionados à urgência. Mas somente a primeira tem natureza satisfativa, permitindo ao juiz que já defira os efeitos que, sem ela, só poderia conceder no final. Na cautelar, o juiz não defere, ainda, os efeitos pedidos, mas apenas determina uma medida protetiva, assecurativa, que preserva o direito do autor, em risco pela demora no processo. (GONÇALVES, 2017, p. 353).

Nesse sentido, o autor ressalta que "a tutela de urgência de natureza antecipada satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação". (GONÇALVES, 2017, p. 353).

Segundo Cunha (2018, p. 301), a tutela de urgência de natureza antecipada serve para "evitar o perigo de tardança do provimento jurisdicional, resolvendo a situação litigiosa havida entre as partes de maneira provisória. A tutela antecipada precisará ser, num momento posterior, confirmada ou não. Por isso é provisória".

A tutela de urgência tem caráter provisório, haja vista que ela pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo. É o que prevê o Art. 296 do Código de Processo Civil, quando dispõe que "a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo, mas pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada". (BRASIL, 1988).

Conforme defendido por Gonçalves (2017, p. 353), caso a tutela já tivesse caráter definitivo, o autor da ação estaria satisfeito desde o momento da concessão, não necessitando nem de sentença para ter seu direito concretizado, assim, essa tutela necessita de um provimento definitivo, para se tornar permanente.

3.1.1.1.2 Tutela cautelar (conservativa)

A tutela cautelar, que é a outra sub-espécie da tutela provisória de urgência, e possue um condão de caráter assecutatório, onde é resguardado um direito, de modo que não seja prejudicado com o decorrer do tempo.

Segundo o dicionário Aurélio, "cautelar", significa "preservar, conservar ou garantir determinados direitos: medida cautelar. Capaz de acautelar, de proteger, de prevenir; que age de modo antecipado, buscando prevenir alguma coisa". (FERREIRA, 1999).

Para Nejaim (2017, p.15):

> Como a tutela provisória de urgência, a tutela cautelar, ao lado da tutela antecipada exige a demonstração da presença dos famosos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Além disso, ambas tem em comum o fato de poderem ser concedidas liminarmente, sem prévia oitiva da parte adversa (art. 300, § 2º c/c 9º, parágrafo único, inciso I), e ensejam a responsabilidade por dano processual e pelos prejuízos causados pela efetivação da tutela, nos casos do art. 302 (quando beneficiado pela tutela obtém sentença desfavorável ou não procede à citação tempestiva do requerido no caso de concessão liminar, e nos casos de cessação da eficácia da medida, bem como no reconhecimento de prescrição ou decadência).

Assevera ainda o autor:

> Não obstante as semelhanças com a tutela antecipada, a tutela cautelar possui finalidade peculiar. Enquanto a tutela antecipada objetiva satisfazer faticamente o direito da parte, garantindo a utilidade do processo (ex: **liberação imediata de um medicamento**), a tutela cautelar busca assegurar uma futura satisfação do direito (ex: sequestro de bens, que não se justifica por si só). (NEJAIM, 2017). (Grifou-se).

Assim, "a cautelar tem por finalidade evitar um *perigo de dano,* enquanto a técnica antecipatória evita um *perigo na demora*. Evita-se, com a cautelar, o dano a uma situação jurídica, a uma pretensão ou a um direito". (CUNHA, 2018, p. 301).

Para Gonçalves (2017, p. 354), "a tutela provisória cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio".

O autor ainda pontua que "se a medida apenas protege, preserva o direito, sem antecipar os efeitos da futura sentença, será cautelar". Todavia, ressalta que "nem sempre será fácil tal distinção, e ao juiz caberá decidir e definir qual a tutela provisória mais adequada para cada caso concreto, na forma do art. 297, caput, do CPC". (GONÇALVES, 2017, p. 354).

Para Cunha (2018, p. 302), "a tutela cautelar destina-se a resguardar o direito a outra tutela do direito ou a outra situação jurídica, não tendo por finalidade o resguardo do processo". Na cautelar, "há segurança-para-execução".

3.1.1.2 Cabimento e efeitos da tutela de urgência contra a Fazenda Pública

A tutela de urgência é o instrumento processual que antecipa os efeitos da sentença, quando por meio de cognição sumária, o juízo se convence da urgência, perigo e o risco na demora que pode causar, caso alguém precise esperar uma decisão terminativa, no fim do trâmite processual. (CUNHA, 2018, p. 319).

A tutela de urgência, como já mencionado, é uma espécie da tutela provisória e possui duas sub-espécies, quais sejam, tutela cautelar (conservativa) e antecipada (satisfativa) e tanto uma, quanto a outra, são cabíveis contra a Fazenda Pública, embora esse cabimento comporte algumas exceções, como é o caso da Lei 12.016/2009 veda a concessão de liminar em casos de compensação de créditos tributários, entre outros. (CUNHA, 2018, p. 322).

Pontua-se por Cunha (2018, p. 327), que existem outras execções ao cabimento da tutela de urgência, onde parte da doutrina brasileira entende que essas vedações acerca da concessão da tutela são inconstitucionais, enquanto a outra parte entende pela constitucionalidade dessas vedações legais. Verifica-se que é cabível a concessão da tutela contra a Fazenda Pública nos casos em que a Lei n. 9.494/1997 não veda. contudo, não será objeto de aprofundamento neste trabalho monográfico.

Assim, salienta-se que nas ações para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, é cabível a tutela provisória contra a Fazenda Publica.

4 A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A TUTELA DE URGÊNCIA

A tutela de urgência tem mostrado sua efetividade nas ações destinadas ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos, via judicial, uma vez que possibilita o início ao tratamento do paciente, de forma mais célere, não sendo necessário aguardar a delonga no trâmite processual para concretizar o direito à saúde.

No entanto, existem restrições para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Dessa forma, analisar-se-à a efetividade da tutela de urgência antecipada na judicialização da saúde, considerando os limites e possibilidades tanto do requerente da ação, como dos entes federativos que encontram-se no polo passivo da demanda.

4.1 A EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

No ordenamento jurídico atual, "verifica-se a insatisfação das partes em relação à prestação jurisdicional diante o atraso e a demora na solução dos litígios". (KIRCHHOFF, 2011).

Na judicilização da saúde, é forçoso destacar a urgência, uma vez que se trata do direito á saúde, que está intimamente atrelado ao direito á vida.

Nesse sentido, "se justifica a utilização do pedido de tutela antecipada nas referidas ações de medicamentos, em razão de ela possibilitar essa efetividade logo no processo de conhecimento". Ademais, "essa efetividade só vem a contribuir em situações que exigem certa rapidez, e a utilização da tutela antecipada, frente a isso, seria o melhor caminho a ser tomado". (KIRCHHOFF, 2011).

Para Schulze (2019, p. 314), "a finalidade é permitir que o magistrado delibere sobre a questão liminarmente, inclusive antes da citação do demandado, se for o caso".

Assim, quando se trata de saúde, a urgência torna-se evidente, haja vista que quanto maior o tempo para dar início a um tratamento de saúde, mais a situação vai ser agravada, que pode causar grave dano ao paciente, e em muitos casos, dano irreversível.

Desse modo, a tutela de urgência tem mostrado sua efetividade, uma vez que antecipa a concretização do direito à saúde.

Nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE **TUTELA ANTECIPADA - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS** - ADOLESCENTE COM PSORÍASE PALMO PLANTAR DESDE TENRA IDADE, COM HISTÓRICO DE TRATAMENTO ANTERIOR COM MEDICAMENTOS PADRONIZADOS SEM RESPOSTA TERAPÊUTICA - COMPROVAÇÃO DA

> ENFERMIDADE E DA IMPOSSIBILIDADE DE CUSTEAR OS FÁRMACOS NECESSÁRIOS AO SEU TRATAMENTO - PEDIDO DE CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E TUTELA ANTECIPADA - REQUISITOS DO ART. 300 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (NCPC) DEMONSTRADOS **- DIREITO À SAÚDE - PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DO ENTE PÚBLICO** - REFORMA DA DECISÃO A QUO QUE DETERMINOU EMENDA DA INICIAL E POSTERGOU A ANÁLISE DA TUTELA - RECURSO PROVIDO. (SANTA CATARINA, 2018) (Grifou-se).

A jurisprudência majoritária, entende que o direito á saúde tem prevalência sobre o direito patrimonial do Estado, uma vez que a saúde está ligada ao direito à vida, maior bem jurídico tutelado.

Com a vasta demanda na judicialização da saúde, a tutela provisória de urgência vem mostrando sua efetividade, pois dessa forma, não é necessário aguardar uma decisão terminativa ao final de uma demanda judicial para conseguir um medicamento ou tratamento médico. Na maioria das vezes, as tutelas de urgência são objetos de deferimento pelo Poder Judiciário, quando presentes os requisitos autorizadores para tanto, e em razão disso, o requerente já inicia o seu tratamento sem ter que aguardar pela sentença.

Assim, a tutela é extremamente eficiente para o fornecimento de medicamentos, pois garante a preservação da vida e da saúde.

Nesse sentido,

> APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO PARA O **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS. PROCEDÊNCIA.** INCONFORMISMO DO ESTADO. AGRAVO RETIDO. **CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA**. **PRIMAZIA DO DIREITO À VIDA EM RELAÇÃO AO INTERESSE ECONÔMICO DO PODER PÚBLICO.** REQUISITOS PARA A MEDIDA DE URGÊNCIA VERIFICADOS. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA PELO SEQUESTRO DE VALORES PÚBLICOS, SE NECESSÁRIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. MÉRITO. **DIREITO À PRESERVAÇÃO DA VIDA E DA SAÚDE.** MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS. IRRELEVÂNCIA. NEGATIVA ADMINISTRATIVA, DEMONSTRANDO O INTERESSE PROCESSUAL. NECESSIDADE DO TRATAMENTO CONFIRMADA E HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA IGUALMENTE EVIDENCIADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (SANTA CATARINA, 2017). (Grifou-se).

Ademais, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. PRESTAÇÃO DE SAÚDE. **FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS**. TRATAMENTO PRIVADO. POSSIBILIDADE. 1. O abalo considerável à saúde da parte é suficiente para a caracterização do **perigo de dano grave ou de difícil reparação**.2. A concessão de medicamento que não conste das listas de dispensação do SUS deve atender aos seguintes requisitos: (a) a inexistência de tratamento ou medicamento similar ou genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem resultado prático ao paciente ou sua inadequação a ele devido a peculiaridades que apresenta; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a moléstia que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA; e (d) a não configuração de tratamento experimental.3. **O direito à**

> **saúde deve ser garantido a todos**, inclusive a quem – no mais das vezes, com considerável sacrifício pessoal – adere a plano de saúde ou custeia tratamento particular. (BRASIL, 2019) (Grifou-se).

Assim, a jurisprudência possui o entendimento fixado que direito à saúde e a vida devem prevalecer, e o Estado deve assegurá-los, de modo que não se deve dar importância a alegação da reserva do possível e escassez de recursos financeiros.

Além disso, colhe-se da jurisprudência majoritária, a concessão da tutela provisória de urgência antecipada, sempre que presentes os requisitos autorizadores. Verifica-se que nas ações que versam sobre a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* estão presentes, na grande maioria das vezes.

No entanto, como o próprio nome já diz, essa tutela é provisória, e pode ser revogada ou modificada, como também pode se estabilizar no caso da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente.

Muito tem se discutido acerca da reversibilidade da tutela, uma vez que há divergências sobre a necessidade de devolução dos valores auferidos em decorrência da revogação da medida antecipatória.

Assim, é muito comum a interposição de recursos para reformar uma decisão que verse acerca da tutela provisória de urgência.

4.1.1 Recorribilidade das decisões de (in)deferimento da tutela de urgência

Como visto anteriormente, a concessão ou não de uma tutela de urgência dar-se-á através de decisão interlocutória do juízo *a quo*, e pode ser atacada por meio do recurso de agravo de instrumento, conforme preconiza o art. 1015, inciso I, do CPC:

> Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:
> I - tutelas provisórias; [...] (BRASIL, 2015).

Em que pese a interposição de agravo de instrumento na forma do art. 1015 do Código de Processo Civil servir para reformar a decisão que verse sobre tutela provisória, não há óbice para a propositura de Embargos de Declaração, caso a decisão do juiz contenha omissão, obscuridade ou contradição, na forma do art. 1022 do mesmo dispositivo legal.

Salienta-se que a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau, que versar sobre tutela provisória, seja para conceder, nega, modificar ou revogar essa tutela, é cabível o recurso de agravo de instrumento, na forma do art. 1015, do Código de Processo Civil. No entanto, caso a decisão seja proferida em segunda instância pelo relator, caberá o

recurso de agravo interno para o respectivo órgão colegiado, conforme dispõe o art. 1021 do mesmo dispositivo legal. (BRASIL, 2015).

Nos dizeres de Bueno (2018, p. 818), o agravo interno é cabível "contra todas as decisões monocráticas proferidas no âmbito dos tribunais, sendo competente para julgá-lo o órgão colegiado respectivo". Salienta ainda, que não lhe parece errado, "rotular este recurso a despeito da nomenclatura dada a ele pelo CPC de 2015 – "de agravo de colegiamento".

Ademais, se a decisão acerca da tutela estiver na sentença, o recurso cabível é o recurso de apelação, nos termos do art. 1009 do Código de Processo Civil. (BRASIL, 2015).

4.2 DIREITO À SAÚDE VS RESERVA DO POSSÍVEL

O direito à saúde está esculpido na Norma Maior, a qual dispõe que é um direito fundamental, de todos, onde o Estado tem o dever de assegurá-lo à toda coletividade, por meio de políticas públicas.

Em que pese a Constituição Federal de 1988 consagrar o direito à saúde, como direito de todos e dever do Estado, sabe-se que infelizmente o acesso à saúde no Brasil é bastante precário e carece de efetividade.

Além disso, é forçoso destacar a "inexorável escassez financeira", uma vez que "não se pode imaginar que a Constituição confere a todo brasileiro o direito a ter melhor prestação de saúde existente no mundo. Isso não está escrito no artigo 196 da Carta Magna e em nenhum outro dispositivo constitucional". (SCHULZE, 2019, p. 34).

Não é a toa que podemos perceber a cada dia que passa, as informações dos noticiários acerca do descaso na saúde do País e o aumento de pessoas internadas no chão dos corredores de hospitais públicos, pessoas morrendo nas filas enquanto aguardam um tratamento médico, uma cirurgia, um medicamento ou uma vaga no hospital.

Logo, percebe-se que o direito à saúde está longe de ser um direito absoluto e de acesso à todos os cidadãos.

Consigna-se que o direito à saúde está diretamente relacionado com o direito à vida e imprescindível a sua proteção pelo Estado, uma vez que na esfera de sopesamento de valores, prevalece acima da esfera patrimonial.

Para Schulze (2019, p. 34), "é inegável que a concretização dos direitos – de todas as dimensões – exige uma atuação positiva do Estado, na elaboração, na proteção, na implementação e na efetivação. Significa que a prestação dos direitos sociais tem um custo".

Para o autor, “se as necessidades humanas são ilimitadas, o mesmo não acontece com os direitos e, principalmente, com os recursos disponíveis”. (SCHULZE, 2019, p. 34).

Nesse sentido, “a Reserva do Possível consiste na realização dos direitos sociais condicionada à quantidade de recursos disponíveis, sob pena de, ao dar enfoque a apenas um desses direitos, inviabilizar a prestação de outros”. (SOUZA, 2012, p. 531).

Salienta-se que “o desvirtuamento orçamentário, somando ao baixo financiamento da saúde e, por vezes, à má gestão desses recursos, impedem que o Sistema Único de Saúde tenha um funcionamento mais eficiente”. Todavia, “a judicialização da saúde, quando atua na perspectiva do direito individual, acaba por colaborar com a má distribuição destes escassos recursos”. (GEBRAN NETO, 2019, p. 113).

Desse modo, “o possível dentro da saúde, é aquilo que o Estado pode garantir de modo isonômico para todos os indivíduos, por meio de política pública de saúde”, de modo a ser observado em três perspectivas, sendo “em primeira linha, um atendimento básicos para todos, tanto na promoção, quanto na prevenção e tratamento da saúde. Depois, com previsão de um atendimento especializado para aqueles que deles necessitem”. Destaca-se por fim, “uma atuação muito específica para tratamentos caros e raros. Tudo isto conforme as possibilidades orçamentárias e as políticas públicas instituídas. (GEBRAN NETO, 2019, p. 115).

Destaca-se que, além da alegação da reserva do possível ser utilizada como óbice para a não efetivação do direito à saúde, os entes federativos ainda se defendem, alegando a violação ao princípio da separação de poderes como um fato impeditivo na concessão da saúde. Por outro lado, está o autor da ação, afirmando que a não concessão fere a dignidade da pessoa humana, a preservação do direito à vida e o mínimo existencial. (SCHULZE, 2019, p. 58).

No entanto, ressalta-se que no Brasil, a falácia argumentativa de limitação financeira não é óbice para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, uma vez que o Poder Judiciário atua de forma a dar prevalência na invocação dos direitos fundamentais, ficando superado diante do argumento da inexorável escassez financeira do Estado. Para o autor, “a tese da ausência de limites é superável quando se analisa a saúde a partir da perspectiva coletiva, ou seja, no âmbito global, tendo em mira todos os habitantes do país”. (SCHULZE, 2019, p. 36).

Para Schulze (2019, p. 58), “cabe ao magistrado, nestes casos, verificar se há abusividade negativa decorrente da inércia da implementação do direito à saúde, já que existe o dever estatal de estabelecer um standad mínimo a fim de satisfazer as normas constitucionais”.

A respeito disso, o entendimento dos Tribunais Superiores, é no sentido de que a falta de recusos financeiros do Estado não pode ser óbice para o não fornecimento do medicamento ou tratamento médico pleiteado, haja vista que o direito à saúde e, consequentemente a vida, se sobressaem ao zelo pelo patrimônio.

Destaca-se que o Brasil "possui uma economia com referencia mundial a carga tributária que representa quase um terço do total da produção nacional, contudo, o orçamento anualmente destinado para a saúde não é o suficiente para a cobertura completa de todas as ocorrências". (SCHULZE, 2019, p. 36).

Faz-se necessário uma análise dentro das possibilidades e limites dos entes federativos e a urgência de uma ação de medicamento ou tratamento médico, haja vista que caso manejada de forma equivocada, poderá acarretar lesão ao orçamento do Estado ou prejudicar o direito à saúde.

Para Schulze (2019, p. 63), "o direito à saúde não é absoluto (nenhum direito é absoluto). Contudo, isso não serve de escudo ao gestor (e ao legislador) para não cumprir a promessa constitucional que consagra a necessidade de construção de isonomia".

Noutro norte, faz-se necessário ressaltar que muitas ações judiciais com pedido de medicamento ou tratamento médico são bastante onerosas, os chamados medicamentos de alto custo, que podem custar milhões de reais.

Ademais, "a distribuição desordenada de benefícios, além de atingir a um número muito pequeno de beneficiários, vulnera as políticas existentes em favor da coletividade". (GEBRAN NETO, 2019, p. 128).

Ressalta-se, nas palavras do autor, que o SUS é um "projeto viável, que está a depender de esforços coordenados de toda a sociedade e de recursos". No entanto, o projeto "padece de problemas estruturais que precisam ser imediatamente enfrentados, e a judicialização da saúde, nesse ponto, pouco tem contribuído". Nesse sentido, o autor pontua que "somente a judicialização coletiva pode provocar uma mudança de paradigma", o que não quer dizer que as ações individuais e a atenção especial às pessoas devam ser deixadas de lado. (GEBRAN NETO, 2019, p. 253).

Dessa forma, percebe-se que não há resposta simples e única para a questão da saúde, uma vez que deve ser analisado o caso concreto de cada situação, existindo de um lado a prevalência do direito à saúde e o mínimo existencial, e por outro lado, a reserva do possível como tentativa de óbice a efetivação da saúde, e deve ser observado os interesses da coletividade, de modo que esta não pode ser prejudicada em detrimento de prestações individuais.

4.3 ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

A estabilização da tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente é novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, introduzida no art. 304, §3º deste código. Isso quer dizer que a decisão que concedeu uma tutela provisória, vai se manter conservada, independentemente, de uma possível confirmação por decisão posterior de mérito a ser proferida em cognição exauriente. Neste caso, a decisão que concedeu a tutela provisória manterá seus efeitos como se uma decisão definitiva o fosse porque vai satisfazendo o direito daquele que pleiteou. (GAJARDONI *et al.*, 2018, p. 995).

O autor assevera que "a adoção da técnica da estabilização da tutela antecipada no Brasil é aposta ousada do legislador, na crença de que ela pode acarretar a diminuição do número de processos em trâmite perante o Poder Judiciário". Isso porque, na medida em que a estabilização da tutela se torne suficiente para satisfazer os interesses da parte, contando com a inércia do adverso, poderá ocorrer o desinteresse no prosseguimento da ação, o que se torna um reflexo positivo para o Poder Judiciário. No entanto, isso pode ter um efeito reverso, haja vista que as decisões judiciais proferidas em cognição sumária são na maioria da vezes, bastante recorríveis, o que acaba sobrecarregando a 2ª instância com recursos, principalmente os agravos de instrumentos, a fim de se evitar a estabilização da tutela. (GAJARDONI *et al.*, 2018, p. 995).

O Código de Processo Civil, dispõe no art. 304 acerca da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente:

> Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303 , torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.
> § 1º No caso previsto no caput , o processo será extinto.
> § 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput .
> § 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.
> § 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.
> § 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.
> § 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo. (BRASIL, 2015).

Desse modo, verifica-se que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente se tornará estável, caso não haja interposição de recurso da decisão que a conceder. O §1º, preceitua que no caso do *caput*, o processo será exinto. Assim, concedida a tutela antecipada, e não havendo recurso contra essa decisão, seus efeitos se estabilizam, e uma vez estabilizados, não tendo sido realizado o aditamento na forma do artigo 303, § 1.º, I, do CPC/2015, e "requerido a apreciação definitiva do pedido principal (artigo 304, § 2.º, do CPC/2015) –, o pleito de tutela antecipada antecedente será extinto com julgamento provisório do mérito, na forma do artigo 487, I, do CPC/2015". (GAJARDONI *et al*., 2018, p. 1004).

Segundo Gajardoni *et al.* (2018, p. 1004), essa é uma nova categoria de sentença, uma vez que "não está prevista no ordenamento jurídico brasileiro". O autor destaca que a sentença que trata o §1º do art. 304 do CPC/15, aprecia o mérito ainda que em cognição sumária, não sendo portanto extintiva sem mérito, pois se dá com base na probabilidade do direito. Em que pese não ser exintitiva sem mérito, haja vista que analisa o mérito ainda que de forma sumária, ela também não é definitivamente uma sentença de mérito, pois "não é alcançada pela coisa julgada material, já que pode ser revista no prazo de 2 anos (artigo 304, §§ 5.º e 6.º, do CPC/2015). Por essa razão é chamada de sentença de mérito provisória". (GAJARDONI *et al*., 2018, p. 1004).

Já o §2º e §3º do art. 304, do Código de Processo Civil, fazem menção a continuidade de conservação dos efeitos da tutela antecipada estabilizada enquanto não apreciada, modificada ou invalidada pelo julgador, por decisão de mérito, necessitando, para tanto, de ação judicial específica que vise a impugnação da estabilização da tutela, mas deve se observar o prazo decadencial de 2 anos, conforme dispõe o §5º do mesmo dispositivo legal.

O código, no §6º, fez a conceituação de que estabilização da tutela não confunde-se com coisa julgada, apesar dos efeitos da primeira manter-se durante o lapso temporal, podendo ser revista, anulada ou reformada, a segunda, por sua vez, quando atingida, a decisão se torna imutável e indiscutível.

É forçoso destacar que a decisão que concede uma tutela é fundada em cognição sumária (provisória), a qual não faz coisa julgada. No entanto, seus efeitos de estabilização irão perdurar até que seja revogada por decisão proferida em ação futura ajuizada por uma das partes, conforme dispõe o §2º do art. 304 do Código de Processo Civil. Dessa forma, os efeitos da tutela serão mantidos, até que sobrevenha sentença fundada em cognição exauriente em futura ação ajuizada por uma das partes, a fim de revogar ou modificar a tutela concedida. (GAJARDONI *et al*., 2018, p. 1005).

4.3.1 Ação impugnativa contra a tutela estabilizada

Como visto, o *caput* do art. 304 do Código de Processo Civil, dispõe que a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, "torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso". (BRASIL, 2015).

Uma vez estabilizada a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, as partes podem demandar a outra, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada, contudo, respeitando o prazo decadencial de 2 anos, conforme preconiza o §5º do mesmo dispositivo legal.

Ademais, os efeitos da tutela antecipada estabilizada, perdurarão até que sobrevenha decisão de mérito proferida em ação que busca modificar ou revogar a tutela, nos termos do §3º do art. 304 do Código de Processo Civil.

Faz-se necessário repisar, que a decisão que concede a tutela antecipada não fará coisa julgada. Todavia, os efeitos da estabilização serão mantidos até decisão proferida em ação futura por uma das partes (§6º, do art. 304, do Código de Processo Civil). A ação que tenha a finalidade de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada concedida em caráter antecedente será ajuizada por uma das partes no prazo de 2 anos, contados do conhecimento da decisão que extinguiu o processo, conforme preconiza o §5º do mesmo dispositivo legal.

Para Gajardoni *et al*. (2018, p. 1006), "a via é desimportante: ação declaratória, constitutiva, desconstitutiva, condenatória, de procedimento comum ou especial". O autor assevera que "o que importa é que haja uma ação do interessado, dirigida à revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada concedida antecedentemente".

Pontua, que "não há limitação de matéria. A ação tendente a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada concedida antecedentemente pode se fundar em qualquer causa de natureza material ou processual". (GAJARDONI *et al.*, 2018, p. 1006).

Corrobora-se ainda, nas palavras de Gajardoni *et al* (2018, p. 1006), que "não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do artigo 304 do CPC/2015, por impropriedade do meio e falta de necessidade da medida (Enunciado n.º 27 da ENFAM)". Para o autor, "a ação revisional, necessariamente, será ajuizada perante o juízo em que a tutela antecipada foi concedida". (BRASIL, 2015).

Faz-se necessário mencionar o enunciado nº 27 da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados: "Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015".

A ação revisional para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada será ajuizada perante o juízo em que foi concedida a tutela, o que é bastante correto, uma vez que o Juízo que decidiu em cognição sumária, terá melhores condições de proferir uma decisão em cognição exauriente, de modo definitivo. Verifica-se assim, a preservação do status hierárquico do Juiz, que deve ser respeitada. Corrobora-se ainda, que caso a ação revisional seja ajuizada de forma tempestiva, poderá de forma liminar, antecipar os efeitos da revisão, reforma ou invalidação da tutela, conforme dispõe o enunciado nº 26 da ENFAM. (GAJARDONI *et al.*, 2018, p. 1006).

Destaca-se o texto do Enunciado nº 26 da ENFAM:

> Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, **poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação** pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior. (Grifou-se).

É sabido do prazo de 2 anos para o ajuizamento da ação revisional que pretenda rever, reformar ou invalidar a tutela estabilizada. Contudo, caso "decorrido o prazo, extingue-se o direito de rever a tutela antecipada estabilizada. Tem-se a formação de coisa julgada sobre a decisão provisória estabilizada, cujos efeitos, doravante, são imutáveis e indiscutíveis. (GAJARDONI *et al.*, 2018, p. 1006).

4.4 EFEITOS DA REVERSIBILIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA

O art. 300, §3º, do Código de Processo Civil, dispõe que "a tutela de urgencia de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão". (BRASIL, 2015).

Em que pese o referido dispositivo legal supra dispôs que a tutela antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade, constata-se que essa regra não é absoluta, conforme dispõe o Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC: "Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis".

Corrobora-se nesse sentido, que "a irreversibilidade dos efeitos da tutela de urgência não impede sua concessão, em se tratando de direito provável, cuja lesão seja irreversível", nos termos do enunciado 40 da Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal – 2017.

Em casos assim, segundo Cunha (2018, p. 311), "cumpre examinar o que se revela mais provável, pois não se deve sacrificar um direito provável ameaçado pelo dano iminente

em prol de um direito improvável, em razão de uma irreversibilidade". O autor também vai dizer que "além de sacrificar o direito improvável, o juiz deve, igualmente, sacrificar o interesse de menor relevância para o ordenamento".

Para Bueno (2018, p. 293), "trata-se de verdadeiro "pressuposto negativo", que quer inibir a antecipação da tutela no caso do que é comumente chamado de "periculum in mora inverso". O autor vai dizer que essa vedação na concessão da tutela antecipada "não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido". Ainda, assevera que "é implícito ao sistema – porque decorrente do "modelo constitucional" – o chamado "princípio da proporcionalidade" a afastar o rigor literal enunciado pelo dispositivo".

Assim, em ações judiciais que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, é necessário observar o sopesamento de valores em questão, uma vez que a regra não pode ser absoluta, pois isso poderia prejudicar o direito à saúde que está sendo ameaçado por um dano decorrente de um direito incerto, de modo que nessa situação deve recair a ideia da proporcionalidade.

Como já visto, a tutela provisória de urgência é concedida em congnição sumária, portanto é bastante evidente que a decisão possa vir a ser revista, pois é analisada "em juízo de verossimilhança – sendo passível de revogação ou modificação-, é prudente que seus efeitos sejam reversíveis. Afinal, caso ela não seja confirmada o final do processo, o ideal é que se retorne aos status *quo ante*, sem prejuízo da parte adversária. Para o autor, "conceder a tutela provisória satisfativa irreversível seria conceder a própria tutela definitiva – uma contradição em termos. Equivaleria a antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao reu o devido processo legal e o contraditório". (DIDIER JUNIOR, 2015, p. 600).

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS DEALTO CUSTO - PACIENTE PORTADORA DE CÂNCER DE MAMA - LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO - PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL - REQUISITOS DO ART. 273, DO CPC DEMONSTRADOS - IRREVERSIBILIDADE DOS EFEITOS DA MEDIDA - DIREITO À SAÚDE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - PREVALÊNCIA SOBRE O DIREITO PATRIMONIAL DO ENTE PÚBLICO - AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA - PRAZO REDUZIDO PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL - MAJORAÇÃO. É cabível a concessão liminar contra a Fazenda Pública para o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde da paciente necessitada, não se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação

> jurisdicional definitiva, **há de se conceder antecipação de tutela obrigando o ente público a fornecer o tratamento de que necessita a agravada para manutenção de sua saúde. "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República** (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (Min. Celso de Melo). [...] A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamento ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. (SANTA CATARINA, 2015).

Assim, é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

> **EMENTA:** ADMINISTRATIVO. ação civil pública. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS OU TRATAMENTO MÉDICO. EXTINÇÃO DO PROCESSO por falta de interesse processual. HONORÁRIOS periciais. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios nas ações onde se postula fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico, sendo que a solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. 2. Comprovada a desnecessidade da utilização do insumo/fármaco requerido, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência superveniente do interesse de agir. **3. A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepetíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar**. 4. Mantida a condenação da União ao reembolso dos honorários periciais. (BRASIL, 2015). (Grifou-se).

Desse modo, a jurisprudência possui entendimento que nas ações judiciais que versam acerca da concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, não é necessário a devolução de valores auferios, haja vista que se trata de verba alimentar e valor irrepetível. Ademais,

> APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVOS RETIDOS. ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. HIPOSSUFICIÊNCIA. LEGITIMIDADE. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. MULTA (ASTREINTES). FALECIMENTO DO AUTOR. PERDA DE OBJETO. EXTINÇÃO. MULTA DIÁRIA E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCESSÃO. [...] 7. Hipótese em que, dado o falecimento da parte autora, configurada a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público é um direito intransmissível, em razão de sua natureza personalíssima, impondo-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI e IX, do CPC. 8. **A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepetíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar**. [...]. (BRASIL, 2015). (Grifou-se).

No mesmo sentido, entende o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. EFEITOS EX TUNC. INAPLICABILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES GASTOS PARA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Consoante entendimento da Sexta Turma deste Tribunal, **"a revogação de ato judicial que assegurou o fornecimento de medicamento à autora, decorrente da extinção do processo sem resolução de mérito, deve operar efeitos 'ex nunc'"** (AC n. 0031547-42.2014.4.01.3803 - Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian - e-DJF1 de 23.07.2015). 2. Extinto o processo, sem resolução do mérito, **não há que se falar em devolução dos medicamentos fornecidos e das importâncias fornecidas para a sua aquisição, considerando que os valores "que revelem natureza alimentar ou se destinem a suprir necessidades médicas, são irrepetíveis"** (STJ: AREsp n. 447.339 - Relator Ministro Benedito Gonçalves - DJe de 27.02.2014). 3. Sentença mantida. 4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas. (BRASIL, 2016). (Grifou-se).

A maioria esmagadora da doutrina e da jurisprudência, tem entendido pela desnecessidade de responsabilidade do requerente na devolução de valores decorrentes de despesas de saúde, em casos de revogação da tutela, uma vez que se trata se verba alimentar, de modo que a decisão que revogou a tutela antecipada, produza efeitos *ex nunc*, ou seja, essa decisão não deve retroagir à decisão anterior. (SCHULZE, 2016).

Existem entendimento contrários que afirmam a possibilidade de devolução de despesas ocasionadas pela tutela, desde que demonstrada a má-fé da parte autora. Todavia, o entendimento majoritário é pra isentar o autor da ação a devolver os valores. O fundamento principal é que os valores são irreptíveis, por ser de verba alimentar. (SCHULZE, 2016).

O grande problema da revogação da tutela, é que o paciente acaba ficando sem o medicamento ou o tratamento médico pleiteado, razão pela qual, sua doença pode se agravar, levando o autor à óbito, em muitos casos.

Assim, nas ações judiciais para a concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, prevalece a ideia de proporcionalidade, de modo que o juiz deve sopesar os valores tutelados de forma cautelosa, observando eventuais prejuízos financeiros ao Estado, mas por outro lado, busca-se resguardar o direito à saúde que esta diretamente ligado ao direito à vida. Dessa forma, essa medida deve ser sopesada com base na proporcionalidade.

5 CONCLUSÃO

A judicialização da saúde no Brasil está crescendo de forma desenfreada, uma vez que o Estado é inerte, onde a falta de recursos financeiros de grande parte da população que não possui condições de adquirir por seus próprios meios os medicamentos e tratamentos médicos para sua saúde, torna-se motivo para que recorram ao Poder Judiciário a fim de satisfazerem o direito à saúde.

Desse modo, é imprescindível que a questão da judicialização da saúde seja observada com mais atenção por toda a sociedade, tendo em vista que pode causar grave dano ao equilíbrio financeiro do Brasil, prejudicando toda a coletividade, em detrimento de direitos individuais.

Em que pese o direito à saúde ser um direito fundamental e estar esculpido na Constituição Federal, ele é mal gerido, encontrando-se em sério problema de gestão, razão pela qual, há um crescimento desenfreado na judicialização da saúde. No entanto, é necessário haver um equilíbrio nessa questão, de modo que não prejudique o direito á saúde de algúem, tampouco cause grave dano ao orçamento do País.

A concessão da tutela provisória de urgência na judicialização da saúde no que concerne ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos é objeto de discussão, uma vez que é necessário observar o direito fundamental à saúde, juntamente com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, e por outro lado, a privação de bens do Estado, antes mesmo do devido processo legal.

No entanto, a saúde está intimamente atrelada ao direito á vida, bem maior jurídico tutelado, e deve o Estado assegurar a preservação e proteção desse direito fundamental inerente à todo cidadão.

Um dos objetos deste estudo, é a demora no fornecimento do medicamento ou tratamento médico, motivo pelo qual, a moléstia que acomete o paciente pode ser agravada, ou na pior das hipóteses, leva-lo a óbito.

Assim, a concessão da tutela provisória de urgência na judicilização da saúde tem mostrado sua efetividade, pois faz com que o paciente dê início ao seu tratamento de forma mais célere, não sendo necessário aguardar a delonga no trâmite processual para concretizar seu direito à saúde.

Contudo, a tutela possui caráter provisório, a qual pode vir a ser revogada ou modificada a qualquer tempo. Apesar do requisito de reversibilidade da tutela, faz-ne

necessário uma flexibilização, na qual recai o princípio da proporcionalidade, devendo prevalever o que possui maior valor.

A tutela provisória de urgência é na maioria das vezes deferida, com a finalidade de resguardar o direito à saúde das pessoas, uma vez presentes os requisitos autorizadores para sua concessão. Ademais, a jurisprudencia e a doutrina fixaram entendimento majoritário pela desnecessidade de devolução dos valores auferidos em decorrência da reversibilidade da medida, uma vez que se trata de verba alimentar, sendo valor irrepetível.

Conclui-se que a judicialização da saúde não é uma questão simples de ser tratada, uma vez que a decisão recai sobre o direito à saúde, juntamente com a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, e por outro lado, a reserva do possível. Todavia, o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, é que a reserva do possível não pode servir de óbice a efetivação do direito á saúde, uma vez que em conflito de valores entre a saúde e a escassez financeira do Estado, deve-se prezar pelo direito a vida.

Ainda, viu-se que a judicialização da saúde encontra limites e restrições no que concerne ao fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS e os medicamentos sem registro na ANVISA, exigindo-se requisitos para o ajuizamento, fixados pelos tribunais superiores brasileiros.

Desse modo, não há uma resposta simples para a problematização, pois é necessário haver o sopesamento de valores. No entanto, deve-se prezar pelo direito à saúde, uma vez que está intimamente ligado ao direito à vida, bem maior jurídico tutelado, não podendo a reserva do possível servir como óbice para a efetivação do direito à saúde.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade á judicialização excessiva:** Direito a saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. 36p.. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de direito Constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books. Acesso em: 11. Jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27 ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

BRASIL. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 jun. 2019

BRASIL. **Lei n. 8.080**, **de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, **de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 11 jun. 2019.

BRASIL**.** Tribunal Regional Federal (3 Turma). **Apelação/Reexame Necessário** n. 5000833-18.2014.404.7202. Agravos Retidos. Administrativo. Fornecimento De Medicamento. Hipossuficiência. Legitimidade. Multa Por Litigância De Má-Fé. Descumprimento de Obrigação. Multa (Astreintes). Falecimento Do Autor. Perda De Objeto. Extinção. Multa Diária e Honorários Advocatícios. Sucessão. [...] 7. Hipótese em que, dado o falecimento da parte autora, configurada a perda superveniente do objeto da ação, uma vez que o fornecimento de medicamentos por parte do Poder Público é um direito intransmissível, em razão de sua natureza personalíssima, impondo-se a extinção do feito, sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI e IX, do CPC. 8. A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público não implica na necessária restituição de valores relativos à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepetíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar. [...] Relator Fernando Quadros da Silva, 10 dez de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 16 jun de 2019

BRASIL**.** Tribunal Regional Federal (6 Turma). Agravo de Instrumento 5023490-84.2018.4.04.0000. previdenciário. fornecimento de medicamento. tutela de urgência. presença dos requisitos. solidariedade. prazo. MULTA. 1. Consoante a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da apreciação do pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, a análise judicial de pedidos de dispensação gratuita de medicamentos e tratamentos pressupõe que se observe se existe ou não uma política estatal que abranja a prestação pleiteada. 2. Se o medicamento ou procedimento pleiteado judicialmente não estiver incluído nas políticas públicas de saúde, mas houver outra opção de tratamento para a moléstia do paciente, deve-se, em regra, privilegiar a escolha feita pelo administrador. Não obstante, inexistindo alternativa terapêutica para o caso específico do paciente, não há como deixá-lo desassistido pelo Poder Público. 3. Sendo a situação específica devidamente avaliada por perícia médica judicial, as conclusões favoráveis do laudo caracterizam a verossimilhança das razões que embasam o pedido judicial. A urgência decorre do risco à vida do autor. 4. A responsabilidade solidária quanto à obrigação de fornecer o tratamento foi amplamente reconhecida pela jurisprudência, e um dos efeitos jurídicos da solidariedade é o rateio, de forma igualitária, de todos os custos despendidos com a obtenção do fármaco por qualquer um dos réus do processo. 5. Considerando as disposições contidas no apontamento médico, a gravidade da moléstia e o risco de morte do paciente, tenho como razoável o prazo de 15 (quinze) dias para cumprimento da tutela antecipatória. 6. Possível a imposição de multa diária à Fazenda Pública na hipótese de descumprimento da obrigação de fornecer medicamento. Precedente do STJ. 7. Valor das astreintes minorado para R$ 100,00 (cem reais) por dia de atraso. 8. Agravo interno prejudicado. Relatora TAÍS SCHILLING FERRAZ, juntado aos autos em 06/03/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5 Turma). **Agravo de Instrumento** n. 5035548-22.2018.4.04.0000. Previdenciário. Prestação De Saúde. Fornecimento De Medicamento. Antecipação De Tutela. Requisitos. Tratamento Privado. Possibilidade. 1. O abalo considerável à saúde da parte é suficiente para a caracterização do perigo de dano grave ou de difícil reparação.2. A concessão de medicamento que não conste das listas de dispensação do SUS deve atender aos seguintes requisitos: (a) a inexistência de tratamento ou medicamento similar ou genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem resultado prático ao paciente ou sua inadequação a ele devido a peculiaridades que apresenta; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a moléstia que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA; e (d) a não configuração de tratamento experimental.3. O direito à saúde deve ser garantido a todos, inclusive a quem – no mais das vezes, com considerável sacrifício pessoal – adere a plano de saúde ou custeia tratamento particular. Relator Osni Cardoso Filho, juntado aos autos em 14 fev de 2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 16 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (Turma Regional). **Agravo de Instrumento** n 5000364-68.2019.4.04.0000. Direito à saúde. Fornecimento de medicamentos. legitimidade passiva. litisconsórcio facultativo. tutela de urgência. presença dos requisitos.ausência de perícia médica. multa. redução. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente, devendo, eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, ser realizado administrativamente ou em ação própria. 2. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, desde

que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. 3. Em ações de fornecimento de medicamentos envolvendo doença oncológica, estando o paciente vinculado a um CACON/UNACON, é dispensável a 'prévia' avaliação médica para o deferimento de tutela de urgência, se evidenciada a submissão aos protocolos clínicos do SUS para o tratamento da doença. 4. Hipótese em que as circunstâncias do caso concreto são suficientes, em uma análise preliminar e sem prejuízo de outra conclusão após realização de perícia médica, para a caracterização da verossimilhança das razões que embasaram o pedido inicial. 5. Cabível a fixação de astreintes em prejuízo da Fazenda Pública, reduzindo-a para o valor de R$ 100,00 (cem reais) por dia. Precedentes desta Corte.Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 24/04/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (Turma Regional). **Agravo de Instrumento** n 5001753-88.2019.4.04.0000. Agravo de Instrumento. Antecipação de tutela. direito à saúde. fornecimento de medicamento. bevacizumabe. câncer de cólon metastático. ineficácia da política pública. eficácia e adequação do medicamento. não demonstradas. concessão judicial do fármaco postulado. dignidade da pessoa humana. 1. A concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do CPC, condiciona - se à existência de probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Ante a demonstração da probabilidade do direito alegado, cabível, neste momento processual, a antecipação da tutela. 2. Hipótese em que no julgamento do agravo de instrumento anterior foi considerada a inexistência de evidências científicas que indicassem a superioridade do tratamento postulado no seu atendimento, com vantagem terapêutica em relação ao disponibilizado pelo SUS. 3. A par dos novos argumentos trazidos pelo magistrado na origem, após a juntada de parecer do NAT-JUS - Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário, esta nota técnica não demonstra comprovação de efetiva superioridade da droga ora demandada frente aos medicamentos dispensados no âmbito da política pública, com a necessária segurança de que a prescrição estaria amplamente amparada pela medicina baseada em evidências. 4. Referindo-se a nota técnica a um tratamento paliativo, com ausência de evidências científicas que indiquem a preferência no atendimento do autor com vantagem terapêutica em relação ao disponibilizado pelo SUS, na medida em que poderá acrescer apenas mais de um mês à sobrevida do paciente, não há fundamento para ser deferida a dispensação judicial do fármaco postulado. 3. Ocorre que, no caso concreto o tratamento se iniciou por força da liminar deferida, razão pela qual não seria razoável a suspensão do tratamento nesta fase. Relator MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, juntado aos autos em 26/04/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (3 Turma). Administrativo. **Ação Civil Pública** n. 5007368-34.2012.4.04.7201 Fornecimento de Medicamentos ou Tratamento Médico. Extinção do Processo por falta de interesse processual. Honorários periciais. 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios nas ações onde se postula fornecimento público de medicamentos ou tratamento médico, sendo que a solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. 2. Comprovada a desnecessidade da utilização do insumo/fármaco requerido, impõe-se a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por ausência superveniente do interesse de agir. 3. A improcedência ou a extinção sem resolução de mérito de ação onde se postula a prestações de serviços de saúde pelo Poder Público não implica na necessária restituição de valores relativos

à aquisição de medicamentos ou despesas com tratamentos de saúde advindos de antecipação dos efeitos da tutela deferida nos autos. Referidos valores são irrepetíveis, uma vez que possuem natureza semelhante à verba alimentar. 4. Mantida a condenação da União ao reembolso dos honorários periciais. Relator Fernando Quadros da Silva, juntado aos autos em 05 fev de 2015. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 16 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento** (6 Turma) n. 5046020-82.2018.4.04.0000**.** Direito à saúde. Agravo de instrumento. Medicamentos. sustent. 1. O Superior Tribunal de Justiça em julgamento realizado sob a sistemática dos recursos repetitivos assentou que a concessão de remédios não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa da comprovação da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento; da ineficácia do tratamento fornecido pelo sistema público de sáude; da incapacidade financeira do postulante e da existência de registro na ANVISA (REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018). 2. Quanto ao registro na ANVISA, posteriormente foi assentado que devem ser observados "os usos autorizados pela agência", o que afasta a possibilidade de fornecimento para uso "off label", salvo quando autorizado pela ANVISA (EDcl no REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 12/09/2018, DJe 21/09/2018. 3. Caso concreto em que se demonstraram presentes os requisitos para a entrega do medicamento pleiteado a título de tutela provisória de urgência. Relator para Acórdão JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 24/04/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento n.** 5042583-33.2018.4.04.0000. (Turma Regional) Agravo de instrumento. administrativo. fornecimento de medicamento oncológico. deferimento. 1. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Repetitivo 1.657.156, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, não condicionou a dispensação de medicamentos oncológicos ao atendimento junto à Rede de Atenção Oncológica - CACON ou UNACON. 2. Assim, mesmo em tratamentos fora do âmbito do SUS, e considerando a inexistência de cuidados especiais no manejo e aplicação do fármaco, a concessão da tutela de urgência é a medida adequada. Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 10/05/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 15 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento n.** 5048234-46.2018.4.04.0000. (Turma Regional). Agravo de Instrumento. Administrativo. Fornecimento de medicamento. Tutela de urgência. presença dos requisitos. 1. É devida a prestação de medicamentos quando demonstrada a sua imprescindibilidade, advinda da necessidade e adequação conjugada com a ausência de alternativa terapêutica no SUS. 2. Havendo elementos nos autos que evidenciem a probabilidade do direito alegado e o perigo de dano, nos termos do artigo 300 do CPC/2015, deve ser mantida a decisão hostilizada que determinou o fornecimento de medicamento.
Relator PAULO AFONSO BRUM VAZ, juntado aos autos em 10/05/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 14 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5 Turma) **Agravo de Instrumento** n. 5035548-22.2018.4.04.0000 Previdenciário. Prestação de Saúde. Fornecimento de Medicamento. Antecipação de Tutela. Requisitos. Tratamento Privado. Possibilidade. 1. O abalo considerável à saúde da parte é suficiente para a caracterização do perigo de dano grave ou de

difícil reparação. 2. A concessão de medicamento que não conste das listas de dispensação do SUS deve atender aos seguintes requisitos: (a) a inexistência de tratamento ou medicamento similar ou genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem resultado prático ao paciente ou sua inadequação a ele devido a peculiaridades que apresenta; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a moléstia que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA; e (d) a não configuração de tratamento experimental. 3. O direito à saúde deve ser garantido a todos, inclusive a quem – no mais das vezes, com considerável sacrifício pessoal – adere a plano de saúde ou custeia tratamento particular. Relator Osni Cardoso Filho, juntado aos autos em 14 fev de 2019. Disponível em: https://previdenciarista.com/blog/trf4-agravo-de-instrumento-previdenciario-prestacao-de-saude-fornecimento-de-medicamento-antecipacao-de-tutela-requisitos-tratamento-privado-possibilidade/. Acesso em: 15 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (Turma Regional). **Agravo de Instrumento** n 5008334-33.2017.4.04.7003. Direito à saúde. processual civil. legitimidade passiva. litisconsórcio facultativo. fornecimento de medicamentos. imprescindibilidade do fármaco demonstrada. tratamento realizado por plano de saúde particular.honorários advocatícios. honorários de indenização pela contratação de advogado. antecipação de tutela de urgência. 1. A responsabilidade dos Entes Federados configura litisconsórcio passivo facultativo, podendo a ação em que se postula fornecimento de prestação na área da saúde ser proposta contra a União, Estado ou Município, individualmente ou de forma solidária, a critério da parte proponente, devendo, eventual acerto de contas em virtude do rateio estabelecido, ser realizado administrativamente ou em ação própria. 2. A saúde é um direito social fundamental de todo o cidadão, nos termos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, sendo dever do Estado garantir "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 3. O STF, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, estabeleceu os seguintes critérios que devem ser analisados nas ações que versem sobre prestações na área da saúde: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 4. Faz jus ao fornecimento do medicamento pelo Poder Público a parte que demonstrar a necessidade e adequação do fármaco, bem como a ausência de alternativa terapêutica ou sua ineficácia no caso concreto. 5. O fato da parte autora possuir plano de saúde não constitui motivo para afastar a responsabilidade do Estado no fornecimento da medicação, porquanto o acesso universal e igualitário à saúde é assegurado pela Constituição Federal 6. Honorários advocatícios reduzidos, conforme entendimento firmado por esta Corte em ações nas quais se postula o fornecimento de medicamentos. 7. Os honorários constituem direito do advogado, sendo que a relação contratual entre cliente e procurador, de âmbito estritamente privado, não pode ser examinada judicialmente sem ter sido veiculada pela parte interessada, especialmente porque não se encontra expressamente elencada entre as despesas previstas no art. 84 do CPC. 8. Deferida a tutela antecipatória de urgência, uma vez que estão presentes os elementos que evidenciam a probabilidade do direito, o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do artigo 300 do CPC. Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 30/05/2019.

Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 13 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (6 Turma). **Apelação Cível** n. 00057214420094013300. PROCESSUAL CIVIL. TRATAMENTO DE SAÚDE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. EFEITOS EX TUNC. INAPLICABILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES GASTOS PARA AQUISIÇÃO DO MEDICAMENTO. DESCABIMENTO. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Consoante entendimento da Sexta Turma deste Tribunal, "a revogação de ato judicial que assegurou o fornecimento de medicamento à autora, decorrente da extinção do processo sem resolução de mérito, deve operar efeitos 'ex nunc'" (AC n. 0031547-42.2014.4.01.3803 - Relator Desembargador Federal Jirair Aram Meguerian - e-DJF1 de 23.07.2015). 2. Extinto o processo, sem resolução do mérito, não há que se falar em devolução dos medicamentos fornecidos e das importâncias fornecidas para a sua aquisição, considerando que os valores "que revelem natureza alimentar ou se destinem a suprir necessidades médicas, são irrepetíveis" (STJ: AREsp n. 447.339 - Relator Ministro Benedito Gonçalves - DJe de 27.02.2014). 3. Sentença mantida. 4. Apelação e remessa oficial, tida por interposta, desprovidas.[Grifado]. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, Sexta Turma, j. 02 maio de 2016, e-DJF1 Data 11/05/2016. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml;jsessionid=-wR7Epl4kpNd4G-GOCOpVm_v4SP0X55NZioKQB-L.taturana06-hc04:juris-trf1_node01. Acesso em 16 jun de 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **Agravo de Instrumento** n. 5006298-07.2019.4.04.0000 (Turma Regional). Agravo de instrumento. fornecimento de medicamento. ivacaftor + lumacaftor fibrose cística. tutela de urgência. requisitos presentes. 1. A Constituição Federal de 1988, após arrolar a saúde como direito social em seu artigo 6º, estabelece, no art. 196, que a saúde é "direito de todos e dever do Estado", além de instituir o "acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação". 2. Observando as premissas elencadas no julgado Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175 (decisão da Corte Especial no Agravo Regimental respectivo proferida em 17 de março de 2010, Relator o Ministro Gilmar Mendes), quando da avaliação de caso concreto, devem ser considerados, entre outros, os seguintes fatores: (a) a inexistência de tratamento/procedimento ou medicamento similar/genérico oferecido gratuitamente pelo SUS para a doença ou, no caso de existência, sua utilização sem êxito pelo postulante ou sua inadequação devido a peculiaridades do paciente; (b) a adequação e a necessidade do tratamento ou do medicamento pleiteado para a doença que acomete o paciente; (c) a aprovação do medicamento pela ANVISA (só podendo ser relevado em situações muito excepcionais, segundo disposto nas Leis n.º 6.360/76 e 9.782/99) e (d) a não configuração de tratamento experimental. 3. Mais recentemente, a 1ª Seção do STJ, ao julgar o recurso repetitivo (REsp nº 1.657.156), definiu os critérios para fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, exigindo, para tanto, a presença cumulativa dos seguintes requisitos: comprovação por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; incapacidade financeira de arcar com o custo de medicamento prescrito; e existência de registro na Anvisa do medicamento. 4. No caso, presentes os pressupostos indispensáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela pretendida, nos termos do artigo 300 do CPC. 5. Não havendo dúvida quanto à legitimidade passiva dos réus e sendo solidária a responsabilidade destes na demanda, também são igualmente responsáveis pelo fornecimento e ônus financeiro

do serviço de saúde pleiteado e concedido. Eventual acerto de contas que se fizer necessário, em virtude da repartição de competências dentro dos programas de saúde pública e repasses de numerário ou restituições, deve ser realizado administrativamente, sem prejuízo do cumprimento da decisão judicial. 6. Reduzido para 30 (trinta) dias o prazo para cumprimento da medida. Relator MARCOS JOSEGREI DA SILVA, juntado aos autos em 05/06/2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em 13 jun de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 657718**. Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União", vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500. Acesso em 10 jun de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial** 1553112 CE 2015/0220452-8. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. MEDICAMENTO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). FORNECIMENTO. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DO FÁRMACO. COMPROVAÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA.[...]6. A intervenção do Judiciário na implementação de políticas públicas, notadamente para garantir a prestação de direitos sociais, como a saúde, não viola o princípio da separação de poderes.7. Agravo interno a que se nega provimento. Superior Tribunal de Justiça STJ - AgInt no REsp 1553112 CE 2015/0220452-8. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443404146/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1553112-ce-2015-0220452-8?ref=amp. Acesso em 12 de jun de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1474665 RS 2014/0207479** - 7PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. 1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada

neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. 2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente. 3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008. 4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões. 5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015. 6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53). 7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Data de Julgamento: 26 abril de 2017, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 22/06/2017). Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/471215149/recurso-especial-resp-1474665-rs-2014-0207479-7. Acesso em: 15 jun. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**. Recurso extraordinário** n. 657718**,** em que se discute, à luz dos artigos 1º, III; 6º; 23, II; 196; 198, II e § 2º; e 204 da Constituição Federal, a possibilidade, ou não, de o Estado ser obrigado a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e

ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 19 set de 2011, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 04/06/2019.. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4143144&numeroProcesso=657718&classeProcesso=RE&numeroTema=500. Acesso em: 15 jun. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça**.** processual civil. **Embargos de Declaração no Recurso Especial n. Nº 1.657.156.** Estado do Rio de Janeiro. recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. tema 106. obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do sus. art. 1.022 do cpc/2015. ausência de vícios. necessidade de esclarecimento. vedação de fornecimento de medicamento para uso off label.1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto, verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento. 3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento. 4. A pretensão de inserir requisito diverso dos fixados no acórdão embargado para a concessão de medicamento não é possível na via dos aclaratórios, pois revela-se como mero inconformismo e busca de rejulgamento da matéria. 5. No caso dos autos, faz-se necessário tão somente esclarecer que o requisito do registro na ANVISA afasta a possibilidade de fornecimento de medicamento para uso off label, salvo caso autorizado pela ANVISA. 6. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, para esclarecer que onde se lê: "existência de registro na ANVISA do medicamento", leia-se: "existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência" TESE FIXADA:A tese fixadano julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=87894339&num_registro=201700256297&data=20180921&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 10 jun de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2 Turma). **Recurso Especial** nº 1.703.807 - SP (2017/0266103-7) RELATOR : MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE :

ANTONIO RIBEIRO DE BARROS ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO RECORRIDO : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO PROCURADOR : JOSE RENATO ROCCO ROLAND GOMES E OUTRO (S) - SP235016 DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto por Antônio Ribeiro de Barros, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ, fl. 133): AGRAVO RETIDO - Conhecimento, posto que cumprido o disposto no artigo 523 do Código de Processo Civil - Mandado de segurança - Medicamentos - Fixação de multa pecuniária - Inadmissibilidade - A forma de execução da ordem concedida é incompatível com a imposição de multa cominatória à autoridade impetrada - Decisão reformada para o fim de afastar a imposição de multa - Recurso provido. MANDADO DE SEGURANÇA - Portador de Hérnia de disco Torácica com Mielopatia (CID 10 M51.0) - Fornecimento de medicamentos - Obrigação do Poder Público - Direito que decorre da aplicação do art. 196 da CF - Ofensa ao princípio da separação dos poderes não caracterizada - Segurança concedida - Recursos oficial e voluntário desprovidos. Os embargos de declaração postos foram rejeitados (e-STJ, fls. 153/158). O recorrente aponta violação dos arts. 2º, § 1º, 6º, I, d, 7º, I, II e IV, e 9º, I e II, da Lei n. 8.080/1990. Afirma ter direito ao fornecimento de fármaco necessário ao tratamento de sua saúde, devendo a recorrida prestá-lo. Refere contrariedade ao art. 26 da Lei n. 12.016/2009. Alega ser possível a aplicação de astreintes em mandado de segurança, porque a norma não estabelece um rol taxativo de sanções. Contrarrazões às e-STJ, fls. 175/178. Em manifestação de e-STJ, fls. 195/199, o Ministério Público Federal opina pelo provimento do recurso. É o relatório. O presente recurso merece prosperar em parte. Os arts. 2º, § 1º, 6º, I, d, 7º, I, II e IV, e 9º, I e II, da Lei n. 8.080/1990 não serviram de embasamento a qualquer juízo de valor emitido pelo Tribunal local. Ausente o necessário prequestionamento, aplica-se a orientação da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". A Corte a quo reformou a sentença, que, reconhecendo o direito do autor ao fornecimento de remédio, fixou multa diária para a hipótese de descumprimento da obrigação de fazer. Entendeu ser incabível a medida em ação mandamental, porque "incompatível com a imposição de multa cominatória à autoridade impetrada" (e-STJ, fl. 136). Tal solução, contudo, destoa da orientação deste Tribunal Superior, que admite a fixação das astreintes mesmo nesse tipo de ação. Observe-se: PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA À PRÓPRIA AUTORIDADE COATORA. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 461, §§ 4º e 5º DO CPC. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DESPROVIDO. 1. É pacífica, no STJ, a possibilidade de aplicação, em mandado de segurança, da multa diária ou por tempo de atraso prevista no art. 461, §§ 4º e 5º do CPC. Precedentes. 2. Inexiste óbice, por outro lado, a que as astreintes possam também recair sobre a autoridade coatora recalcitrante que, sem justo motivo, cause embaraço ou deixe de dar cumprimento a decisão judicial proferida no curso da ação mandamental. 3. Parte sui generis na ação de segurança, a autoridade impetrada, que se revele refratária ao cumprimento dos comandos judiciais nela exarados, sujeita-se, não apenas às reprimendas da Lei nº 12.016/09 (art. 26), mas também aos mecanismos punitivos e coercitivos elencados no Código de Processo Civil (hipóteses dos arts. 14 e 461, §§ 4º e 5º). 4. Como refere a doutrina, "a desobediência injustificada de uma ordem judicial é um ato pessoal e desrespeitoso do administrador público; não está ele, em assim se comportando, agindo em nome do órgão estatal, mas sim, em nome próprio" (VARGAS, Jorge de Oliveira. As conseqüências da desobediência da ordem do juiz cível. Curitiba: Juruá, 2001, p. 125), por isso que, se "a pessoa jurídica exterioriza a sua vontade por meio da autoridade pública, é lógico que a multa somente pode lograr o seu objetivo se for imposta diretamente ao agente capaz de dar atendimento à

decisão jurisdicional" (MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. São Paulo: RT, 2004, p. 662). 5. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1.399.842/ES, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 3/2/2015) RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS E FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. POSSIBILIDADE. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.069,810, RS, decidiu que, "tratando- se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação" (Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia, DJe de 06.11.2013). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no RMS 42.384/GO, Rel. Ministra MARGA TESSLER JUÍZA FEDERAL CONVOCADA DO TRF 4ª REGIÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/11/2014, DJe 7/11/2014) PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS E FIXAÇÃO DE MULTA DIÁRIA. MEDIDAS EXCEPCIONAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO OU EVIDENTE AMEAÇA AO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas para garantir o cumprimento de decisão judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde. 2. Porém, o STJ entende que o bloqueio de verbas públicas é medida excepcional, só sendo legítimo "para o fim de garantir o fornecimento de medicamento à pessoa que dele necessite, quando houver o risco de grave comprometimento da saúde do demandante" (RMS 35.021/GO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 28.10.2011). 3. No caso dos autos, não há comprovação de que o Estado de Goiás esteja descumprindo a decisão judicial em comento. 4. Nesse sentido, destaco que, "conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, cabe ao magistrado, à luz dos fatos delimitados na demanda, determinar a medida que, a seu juízo, mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada. Vale dizer, se, de um lado, pode o juiz determinar a implementação de medida, ainda que não expressa na lei, como o bloqueio de contas públicas, por outro lado, é-lhe também lícito rejeitar o pedido, se entender pela sua desnecessidade. O que a ordem jurídica não tolera é que o juiz seja compelido a determinar a adoção de cautelas que não reputou necessárias, apenas para satisfazer o desejo das partes" (RMS 33.337/GO, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 25.5.2012). 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg no RMS 39.937/GO, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/8/2014, DJe 18/8/2014) Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III e V, do CPC/2015, c/c o art. 255, § 4º, I e III, do RISTJ, conheço em parte do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento para autorizar a imposição da multa cominatória. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 20 de março de 2018. Ministro Og Fernandes Relator
(STJ - REsp: 1703807 SP 2017/0266103-7, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Publicação: DJ 22/03/2018). Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559108823/recurso-especial-resp-1703807-sp-2017-0266103-7. Acesso em: 15 jun. 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600960/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

CÉSAR, Rodrigo; PINHO, Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 15. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979683/cfi/6/40!/4/458/2@0:97.8. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10 ed. Salvador. Ed Juspodivm. 2015. Disponível em: https://pt.slideshare.net/GlauberRON/didier-jr-fredie-curso-de-direito-processual-civil-ii2015. Acesso em: 11 jun. 2019.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Teoria geral do processo: comentários ao CPC 2015: parte geral / … [et. al.] ; prefácio Antonio Carlos Ferreira. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977122/cfi/6/10!/4/22/2@0:100. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.
.
ENFAM. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Seminário: O poder judiciário e o novo código de processo civil**. 2015. Disponível em:<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GEBRAN NETO, João Pedro, SCHULZE, Clenio Jair. **Direito à saúde**. 2 ed. rev. e ampliada. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado 8. ed. São Paulo : Saraiva, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547211653/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

HERCULANO, Lenir Camimura. **Integração entre saúde e direito pode contribuir para reduzir judicialização**. Brasíla: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88611-integracao-entre-saude-e-direito-pode-contribuir-para-reduzir-judicializacao. Acesso em: 12 jun. 2019.

HEERDT, Mauri Luiz. **Metodologia científica e dapesquisa: livro didático/Mauri Luiz Heerdt,Vilson Leonel;design instrucional Luciano Gamez, [Carmen Maria CiprianiPandini].–**5.ed.rev.eatual.– Palhoça: Unisul Virtual ,2007. Disponível em http://www.fatecead.com.br/mpc/aula01_ebook_unisulvirtual.pdf . Acesso em: 12 jun. 2019.

HUMENHUK, Hewerstton. O direito à saúde no Brasil e a teoria dos direitos fundamentais**.** **Jus Navigandi**, Teresina, n. 9, n. 227, p. 1-4, fev. 2004. Disponível em: http://jus.uol.com.br/revista/texto/4839. Acesso em: 9 nov. 2010.

KIRCHHOFF, Katiane. A efetividade da tutela antecipada nas ações de medicamentos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 90, p. 1-21, jul 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9931. Acesso em jun 2019.

LAMY, Eduardo. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016956/cfi/6/10!/4/20/2@0:84.3. Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de Urgência e Tutela de Evidência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MELO, Amanda Caroline Mantovani. **A Implementação do Direito à Saúde Como Fator de Desenvolvimento Humano e o Princípio Da Reserva do Possível**. 2018. 152f. Dissertação (mestrado em Direito), Universidade Paulista Julio De Mesquita Filho, Franca – SP, 2018. Disponível em: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/157427/Melo_ACM_me_fran.pdf?sequence=3&isAllowed=y. Acesso em: 15 jun. 2019

MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional:** Teoria, Jurisprudência e Questões. 27. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978761/cfi/6/10!/4/8/4@0:100 Acesso em: 11 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

NASCIMENTO, Márcio Rodrigues. **Princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia constitucional do direito à saúde**. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/45851/principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-e-a-garantia-constitucional-do-direito-a-saude#_ftn1. Acesso em: 15 jun. 2019.

NEJAIM, Eduardo Fontes. A tutela cautelar no novo CPC. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 20, n. 164, p. 1-5, set 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19649&revista_caderno=21. Acesso em: 15 jun 2019.

NIELSEN, Flávia Angeli Ghisi. **Guia prático para elaboração de monografias,** dissertações e teses em administração / Flávia Angeli Ghisi Nielsen, Rodolfo Leandro de Faria Olivo e Leandro José Morilhas. -- São Paulo : Saraiva, 2017.

NIELSEN, Flávia Ghisi, OLIVO, Rodolfo Olivo, MORTILHAS, Leandro José. **Guia prático para elaboração de monografias, dissertações e teses em administração**.. [Minha Biblioteca]. Disponível em:<https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso em: 12 jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

REAL, Keila Cristina Machado Quintão Vila. **Direito à saúde e o princípio da reserva do possível**. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.24, n. 5738, p. 1-15, mar. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67283>. Acesso em: 20 abr. 2019.

SANTANA, Edileuza Dionizio. **O Princípio da Universalidade e as Restrições de Acesso ao Benefício de Prestação Continuada.** 2018. 100f. Dissertação (mestrado em Serviço social), Pontificia Universidade Católica de Goiás - Goiânia. 2018. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PUC_GO_e2ab6ddfcd7ddc045999fdca212f92e4. Acesso em: 15 jun. 2019

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível**. nº 03103045720158240020. Conteúdo: Ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada. sentença de procedência. inconformismo da demandada. plano de saúde empresarial. Fornecimento de medicamento destinado ao tratamento de câncer de mama. "perjeta" (pertuzumab). negativa ancorada no fato de a indicação ser off label e em razão do caráter experimental do tratamento. tese refutada. prescrição designada por dois especialistas responsáveis pela recuperação da autora. tratamento neoadjuvante de câncer de mama "her2 positivo localmente avançado". Situação descrita na bula. aprovação pela anvisa. fornecimento que se impõe. cláusulas contratuais que, ademais, prevêem expressamente o custeio de tratamento oncológico quimioterápico, bem como o fornecimento dos medicamentos adequados à espécie. Interpretação favorável ao consumidor. exegese do art. 47 do cdc. precedentes. Não há falar em tratamento off label ou de caráter experimental quando a prescrição de determinado medicamento corresponder exatamente à indicação prevista na bula, situação em que a operadora do plano de saúde deve, necessariamente, custeá-lo, mormente diante da expressa previsão contratual do tratamento quimioterápico e dos fármacos correlatos. Recurso Conhecido E Desprovido. Relator: Jorge Luis Costa Beber. 26 de out. 2017, Primeira Câmara de Direito Civil. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/517076873/apelacao-civel-ac-31030457201582400 20-criciuma-0310304-5720158240020?ref=serp. Acesso em: 15 jun. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento** nº. 2015.000373-4.Conteúdo: Fornecimento de medicamentos de alto custo - paciente portadora de câncer de mama - legitimidade passiva do estado - presença de interesse processual - antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional - requisitos do art. 273, do cpc demonstrados -irreversibilidade dos efeitos da medida - direito à saúde - aplicação do princípio da proporcionalidade – prevalência sobre o direito patrimonial do ente público - ausência de dotação orçamentária - prazo reduzido para cumprimento da ordem judicial - majoração. É cabível a concessão liminar contra a Fazenda Pública para o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde da paciente necessitada, não se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, há de se conceder antecipação de tutela obrigando o ente público a fornecer o tratamento de que necessita a agravada para manutenção de sua saúde. “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (Min. Celso de Melo). [...] A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamento ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. Relator: Des. Jaime

Ramos, 03 de Setembro de 2015. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/478442477/apelacao-civel-ac-30259270201682400 23-capital-0302592-70201682400 23/inteiro-teor-478442522. Acesso em 15 de jan. 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Agravo De Instrumento**. nº 0156120-09.2015.8.24.0000. - Ação ordinária com pedido de tutela antecipada - fornecimento de medicamentos - adolescente com psoríase palmo plantar desde tenra idade, com histórico de tratamento anterior com medicamentos padronizados sem resposta terapêutica - comprovação da enfermidade e da impossibilidade de custear os fármacos necessários ao seu tratamento - pedido de concessão de assistência judiciária gratuita e tutela antecipada - requisitos do art. 300 do novo código de processo civil (ncpc) demonstrados - direito à saúde - prevalência sobre o direito patrimonial do ente público - reforma da decisão a quo que determinou emenda da inicial e postergou a análise da tutela - recurso provido. rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18 dez de 2018. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661603666/agravo-de-instrumento-ai-156120092015824000 0-palhoca-0156120-0920158240000/inteiro-teor-661603714?ref=serp . Acesso em 16 jun de 2019.

SANTA CATARINA. **Agravo De Instrumento**. nº 0156120-09.2015.8.24.0000. - Ação ordinária com pedido de tutela antecipada - fornecimento de medicamentos - adolescente com psoríase palmo plantar desde tenra idade, com histórico de tratamento anterior com medicamentos padronizados sem resposta terapêutica - comprovação da enfermidade e da impossibilidade de custear os fármacos necessários ao seu tratamento - pedido de concessão de assistência judiciária gratuita e tutela antecipada - requisitos do art. 300 do novo código de processo civil (ncpc) demonstrados - direito à saúde - prevalência sobre o direito patrimonial do ente público - reforma da decisão a quo que determinou emenda da inicial e postergou a análise da tutela - recurso provido. rel. Des. Cid Goulart, Segunda Câmara de Direito Público, j. 18 dez de 2018. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661603666/agravo-de-instrumento-ai-156120092015824000 0-palhoca-0156120-0920158240000/inteiro-teor-661603714?ref=serp . Acesso em 16 jun de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça (4 Turma). **Apelação Cível e reexame necessário** n. 0001856-12.2012.8.24. Ação para o fornecimento de medicamentos não padronizados. procedência. inconformismo do estado. agravo retido. concessão de tutela antecipada. primazia do direito à vida em relação ao interesse econômico do poder público. requisitos para a medida de urgência verificados. possibilidade de substituição da multa diária pelo sequestro de valores públicos, se necessário. recurso parcialmente provido. mérito. direito à preservação da vida e da saúde. medicamentos não padronizados. irrelevância. negativa administrativa, demonstrando o interesse processual. necessidade do tratamento confirmada e hipossuficiência financeira igualmente evidenciada. sentença mantida. recurso desprovido. rel. Des. Ricardo Roesler, Quarta Câmara de Direito Público. 26 jan de 2017. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/137206757/djsc-jurisdicional-13-02-2017-pg-354. Acesso em 16 jun de 2019.

SANTA CATARINA. **Agravo de Instrumento n. 2015.000373-4**. Processual - antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional - requisitos do art. 273, do cpc demonstrados - irreversibilidade dos efeitos da medida - direito à saúde - aplicação do princípio da proporcionalidade – prevalência sobre o direito patrimonial do ente público - ausência de dotação orçamentária - prazo reduzido para cumprimento da ordem judicial - majoração. É

cabível a concessão liminar contra a Fazenda Pública para o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento de saúde da paciente necessitada, não se podendo falar em ofensa ao disposto no art. 475, incisos I e II, do Código de Processo Civil, e na Lei n. 8.437/92, quando pende contra essas normas um direito fundamental de todo ser humano, como a vida. Havendo prova inequívoca capaz de convencer este Órgão julgador da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, há de se conceder antecipação de tutela obrigando o ente público a fornecer o tratamento de que necessita a agravada para manutenção de sua saúde. "Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida" (Min. Celso de Melo). [...] A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamento ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando.
(TJSC, Agravo de Instrumento n. 2015.000373-4, de Brusque, rel. Des. Jaime Ramos, j. 03-09-2015). (Grifou-se).

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação**, recurso adesivo e remessa necessária. fornecimento de fármacos não padronizados pelo sistema sus. sentença que confirmou a tutela antecipada concedida e julgou procedente o pedido exordial. condenação que não ultrapassa o valor de alçada de 500 (quinhentos) salários mínimos (art. 496, § 3º, inc. ii, do cpc/2015). remessa necessária não conhecida. alegada falta de interesse de agir, por perda de objeto, mercê da ulterior desnecessidade de parte dos medicamentos vindicados. descabimento. negativa de fornecimento das medicações na esfera administrativa claramente demonstrada. descumprimento da ordem judicial, inclusive, no curso do processo, somado à dedução de peça contestatória com pedido de improcedência da ação. necessidade de provimento judicial quanto ao mérito da causa. apelo do estado desprovido. pleito adesivo da parte autora objetivando a majoração dos honorários advocatícios. direito à saúde cujo valor é inestimável. fixação do quantum da verba honorária por apreciação equitativa. exegese do § 8º, do art. 85, do código de processo civil. precedentes desta corte. apelação e recurso adesivo desprovidos. Disponível em: https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/685758683/apelacao-remessa-necessaria-apl-58829620088240040-laguna-0005882-9620088240040?ref=serp. Acesso em 15 jun de 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação n. 0004652-78.2010.8.24.0030**. Ação ordinária com pedido de tutela antecipada. fornecimento de medicamentos à criança portadora de "encefalopatia tetraparética, síndrome epilétptica de difícil controle" e "síndrome de wert". enfermidades reconhecidas. laudo pericial judicial que atestou a inviabilidade de substituição dos remédios postulados, por alternativas terapêuticas disponibilizadas na rede pública. direito à saúde consagrado na constituição federal (art. 196). procedência do pleito. agravo retido não conhecido. recurso desprovido. remessa parcialmente provida, somente para determinar a substituição da multa diária aplicada, pelo sequestro de valores públicos, em caso de descumprimento da obrigação judicial. Imbituba, rel. Des. Cesar Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19 jul de 2017. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em 15 jun de 2019.

SANTOS, Frederico Fernandes. **O que são princípios? Suas fases, distinções e juridicidade**, 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/45194/o-que-sao-principios-suas-fases-distincoes-e-juridicidade. Acesso em: 21 abr. 2019.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O Princípio da Igualdade.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, v. 13, n. 72, p. 1-3, jan 2010. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7039. Acesso em: jun 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2013.

SCHULZE, Clenio Jair. **Efeitos da revogação da tutela antecipada na judicialização da saúde**. Empório do direito.com.br, Florianópolis, 2016. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/efeitos-da-revogacao-da-tutela-antecipada-na-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze. Acesso em: 15 jun. 2019.

SILVA, Clarissa Vencato Rosa. **Considerações sobre a tutela de evidência do novo Código de Processo Civil**, 2016. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243754,51045Consideracoes+sobre+a+tutela+de+evidencia+do+novo+Codigo+de+Processo. Acesso em: 11 jun. 2019

SOUSA, Aione Maria da Costa. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. **Revista Katálisis,** Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, dez. 2014. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rk/v17n2/1414-4980-rk-17-02-0227.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

SILVA, Liliane Coelho da. **Judicialização da saúde: em busca de uma contenção saudável**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 112, maio 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13182&revista_caderno=9>. Acesso em jun 2019.

SOUSA JUNIOR, Ulisses Lopes de Souza Junior. **Uma releitura do princípio da igualdade frente a tutela jurisdicional do direito fundamental à saúde**. Revista Jus Navigandi, , Teresina, ano 23, n. 5501, 24 jul. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/65937. Acesso em: 9 jun. 2019.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira. Reserva do Possível, o Mínimo Existencial e o Poder Judiciário. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional,** Curitiba, v. 4, n. 7, dez. 2012. p. 528-546. Disponível em http://www.abdconst.com.br/revista8/reservaLucas.pdf. Acesso em: 15 jun. 2019.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. **Reserva do possível e o mínimo existencial**: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. Âmbito Jurídico, Rio Grande, v.14, n. 116, p. 1-6, set 2013. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621. Acesso em: 15 jun. 2019.

SOUZA, Mírian dos Reis Ferraz de. **O princípio da proporcionalidade**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 15 abr. 2015. Disponivel em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53218&seo=1. Acesso em: 15 jun. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Primeira Seção esclarece tese sobre fornecimento de medicamento fora da lista do SUS**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Primeira-Se%C3%A7%C3%A3o-esclarece-tese-sobre-fornecimento-de-medicamento-fora-da-lista-do-SUS. Acesso em 09 de jun de 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Responsabilidade Solidária dos entes federativos. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=RECURSO+ESPECIAL+1655043&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 10 jun de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Tutela provisória de urgência de natureza antecipada**. Brasília, DF: Tribunal de justiça do distrito federal e dos territórios. 2019. Disponíve em: https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-foco/novo-codigo-de-processo-civil/da-tutela-provisoria-de-urgencia-de-natureza-antecipada. Acesso em: 15 jun. 2019.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional – atualizado até a EC n. 90/2015**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. 83p. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books. Acesso em: 11 Jun. 2019. Acesso restrito à minha biblioteca.

VERBETE. *In*: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI**. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira e Lexikon Informática, 1999